

Lars Haneberg, Thomas Heinicke, Roman Mülchen,
Jane Porath (Hrsg.)

Governance –

Entscheidungsfindung und -umsetzung
innerhalb staatlicher und wirtschaftlicher
Strukturen



BIS-Verlag der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

BIS-Verlag, Oldenburg, 2009

Verlag / Druck / Vertrieb

BIS-Verlag
der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg
Postfach 25 41, 26015 Oldenburg
Tel.: 0441/798 2261, Telefax: 0441/798 4040
E-Mail: bisverlag@uni-oldenburg.de
Internet: www.ibit.uni-oldenburg.de

ISBN 978-3-8142-2168-7

Inhalt

Geleitwort des Vize-Präsidenten für Forschung der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg	VII
Vorwort der Herausgeber	IX
<i>Lars Haneberg</i>	
Unternehmenswertorientierte Entlohnungssysteme und Corporate Governance	1
<i>Michael Schuricht</i>	
Partnerwahl im Rahmen sequentieller Venture-Capital-Syndizierung	19
<i>Bernhard H. Vollmar</i>	
Organisation und Macht – ein handlungstheoretischer Orientierungsdiskurs einer ökonomischen Denkkategorie	37
<i>Bernd Schmidt</i>	
Datenschutzrechtliche Anforderung und internationale Rechtspflichten zum Betrieb von Whistleblowing-Systemen	57
<i>Christian Jakob</i>	
Arbeitsrechtliche Implikationen des Whistleblowing	73
<i>Andreas Eiselt</i>	
Nachhaltigkeitsberichterstattung als Instrument der Corporate Governance	87
<i>Jan Kühling</i>	
Klimaschutz – Entscheidungsfindung zwischen Volkswille und Wachstumszwang am Beispiel des Kyoto-Protokolls	103

Ulrich Meyerholt

Environmental Governance Zwischen Minimalstaat und Umweltgerechtigkeit	119
---	-----

Sylke Behrends

Wirtschaftssystemwandel in der Bundesrepublik Deutschland	135
---	-----

Thomas Heinicke

Public-Private-Partnerships (PPP) – goldener Weg zwischen Privatisierung und Eigenvorname oder der „Versuch, einen Pudding an die Wand zu nageln“?	155
--	-----

Jane Porath / Wiebke Schröder

Schulinspektion – zwischen Intention und Realität	175
---	-----

Dirk Ehnts / Ronny Mazzocchi

Aufgaben und Steuerung einer Zentralbank	193
--	-----

Guntram Brandt

European citizenship	211
----------------------	-----

Tim Torsten Schwithal

European Media Governance – Regulation 2.0 and the Audiovisual Media Services Directive	223
--	-----

Victoria Chege

Addressing Structural Intersectionality and the European Employment Strategy	243
---	-----

Christina Bick

National Governance and Governance in Europe – Der EuGH als Governanceakteur	263
---	-----

Autorinnen und Autoren	281
------------------------	-----

Geleitwort des Vize-Präsidenten für Forschung der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Die Herausgeber und Autoren dieses mittlerweile sechsten Bandes des Oldenburger Forschungsnetzwerks Wirtschaft | Recht | Bildung haben ein im besten Sinne des Wortes disziplinübergreifendes Thema angepackt. Die Frage, wie und unter welchen Rahmenbedingungen Entscheidungen in Staat und Wirtschaft getroffen werden, ist ebenso grundsätzlich wie aktuell und muss aus vielerlei Blickwinkeln beleuchtet werden. Damit entspricht dieser Band der gut gepflegten Oldenburger Tradition, vernetzt und über die Grenzen des eigenen Fachgebietes hinaus zu arbeiten. Im neu gegründeten Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften der Fakultät II der Universität Oldenburg haben sich die Bereiche Betriebs- und Volkswirtschaft, Wirtschaftspädagogik und Rechtswissenschaft zu einem engen organisatorischen Zusammenschluss verbunden. Eine solche Zusammenarbeit darf nicht mit organisatorischen Fragen ihr Bewenden haben, sondern sie will mit Leben erfüllt werden.

Die in diesem Band aus vielerlei Sichtweisen behandelte Thematik „Governance“ stellt einen weiteren Baustein in der Ausgestaltung der inhaltlichen Zusammenarbeit der unterschiedlichen Disziplinen dar, die zum Teil seit vielen Jahren inhaltlich kooperieren, so beispielsweise bei der Ausbildung von Betriebswirten mit juristischem Schwerpunkt sowie in zahlreichen wissenschaftlichen Forschungsprojekten. Der vorliegende Band mag vielleicht auch ein Zeichen dafür sein, dass es an vielen Stellen gilt, ein Denken in tradierten Disziplinen zu überwinden, da die „Welt von Morgen“ umfassende Konzepte erwartet, die nicht nur geographisch, sondern auch inhaltlich Grenzen überwinden. Es ist mir eine besondere Freude, dass dieser Band mit seinem „Übermorgenthema“ in dem Jahr erscheint, in dem der Stadt Oldenburg der Titel „Stadt der Wissenschaft“ verliehen wurde und sie das Jahr unter das Motto „die Übermorgenstadt“ gestellt hat.

Prof. Dr. Dr. h.c. H.-Jürgen Appelrath

Vizepräsident für Forschung

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Vorwort der Herausgeber

*Behandle die Menschen so,
als wären sie, was sie sein sollten,
und du hilfst ihnen zu werden,
was sie sein können.*

Johann Wolfgang von Goethe

Das Oldenburger Forschungsnetzwerk Wirtschaft | Recht | Bildung an der Carl von Ossietzky Universität präsentiert in diesem Jahr den sechsten Band der im Jahre 2003 gestarteten Forschungsreihe und kann somit auf eine nunmehr langjährige Tradition zurückblicken. Zielsetzung des Forschungsnetzwerkes ist es, den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Mittelbaus der Wirtschafts- und Rechtswissenschaften der Carl von Ossietzky Universität eine Möglichkeit zu bieten, ihre vielfältigen Forschungsaktivitäten, Erkenntnisse und Meinungen zu einem aus dem Mittelbau gewählten Thema zu präsentieren.

Erstmals in diesem Jahr ist der Band an Stelle eines Begriffstrias einem Schlagwort unterstellt, zu dem Betrachtungsweisen aus den verschiedenen Fachdisziplinen zusammengeführt werden. In insgesamt 16 Beiträgen wird das Thema „Governance – Entscheidungsfindung und -umsetzung innerhalb staatlicher und wirtschaftlicher Strukturen“ diskutiert. Dabei meint der Begriff der Governance sämtliche intendierten Steuerungshandlungen und Koordinierungsaktivitäten aller beteiligten Mitglieder in netzwerkartigen Strukturen und umfasst ebenfalls Einschränkungen und Möglichkeiten, Wirkungsweisen sowie Veränderungsprozesse in den institutionellen Regelungsstrukturen. Im Zuge dieser Definition wird deutlich, dass Governance im Sinne der Corporate Governance sich nicht ausschließlich auf das Principal-Agent-Problem in ökonomischen Handlungsfeldern beschränkt, sondern auch im bildungs- und umweltpolitischen Bereich sowie auf nationaler und europäischer Betrachtungsebene eine zunehmende Relevanz besitzt.

Lars Haneberg diskutiert in seinem Beitrag unter dem Titel „Unternehmenswertorientierte Entlohnungssysteme und Corporate Governance“ die verschiedenen Möglichkeiten der Entlohnung, die mit dem übergeordneten Ziel, der Steigerung des Unternehmenswerts und damit einhergehend regelmäßig auch der Steigerung des Aktienkurses kompatibel sind und somit Möglich-

keiten bieten, dem Principal-Agent-Problem zu begegnen. *Michael Schuricht* vertieft in seinem Beitrag „Partnerwahl im Rahmen sequentieller Venture-Capital-Syndizierung“ die Betrachtungen zur Problematik der adverse selection und asymmetrischen Informationen insbesondere bei sequentiellen Investitionen und entwickelt ein Modell der sequentiellen Syndizierung, welches einen Beitrag zur Klärung der Fragen, unter welchen Bedingungen Syndizierung auftritt, wann ein Gleichgewicht existiert und zu welchen Veränderungen die Verfügbarkeit externer Informationen führt, liefert. Anschließend erörtert *Bernhard Vollmar* in seinem Beitrag „Organisation und Macht – ein handlungstheoretischer Orientierungsdiskurs einer ökonomischen Denkkategorie“ das ambivalente Konstrukt Macht hinsichtlich seiner Governancefunktion bei der Konstitution von Ordnung sowie hinsichtlich seines Einflusses auf kollektive Handlungen und Handlungsbedingungen.

Im Rahmen seines Beitrages befasst sich *Bernd Schmidt* mit den Anforderungen an die Einführung von Whistleblowing-Systemen, durch die Mitarbeiter innerbetriebliche Missstände melden können. Solche Systeme können einen wertvollen Beitrag zur Information des Managements leisten und dabei z.B. die Gewährleistung von Compliance unterstützen. *Christian Jakob* setzt sich mit arbeitsrechtlichen Fragen bei der Meldung innerbetrieblicher Missstände durch Mitarbeiter auseinander. Es wird gefragt, wie Mitarbeiter wirksam zum Whistleblowing verpflichtet werden können und welche Rolle der Betriebsrat hierbei spielt. Andererseits wird die Meldung eines Arbeitnehmers häufig als „Denunziantentum“ empfunden und gebrandmarkt, was den Blick auf mögliche Konsequenzen und damit Probleme des Kündigungsschutzes, der Haftung und der Strafbarkeit lenkt.

Andreas Eiselt befasst sich mit der Nachhaltigkeitsberichterstattung als ein Instrument der Corporate Governance. Der Beitrag beschreibt einerseits die gestiegene Bedeutung der Nachhaltigkeitsberichterstattung, kritisiert andererseits aber auch fehlende Standardisierung in Bezug auf die Erstellung von Nachhaltigkeitsberichten. Der Autor verdeutlicht, inwiefern Informationsasymmetrien durch eine Nachhaltigkeitsberichterstattung verringert werden können. *Jan Kühling* gelingt es in seinem Beitrag „Klimaschutz – Entscheidungsfindung zwischen Volkswille und Wachstumszwang am Beispiel des Kyoto-Protokolls“, den Einfluss der Einstellungen in den Bevölkerungen gegenüber dem Kyoto Protokoll als politischen Faktor empirisch nachzuweisen. In dem Beitrag wird aufgezeigt, dass die Entscheidungsfindung im Kon-

text von Global Governance demokratischen Prinzipien folgt, und dass die Beitritte zum Kyoto-Protokoll durch den Volkswillen legitimiert sind.

Ulrich Meyerholt befasst sich mit einem Bereich der Governanceforschung, der bislang noch wenig Beachtung gefunden hat. Environmental Governance legt bislang eher den Schwerpunkt auf europäische Rechtsentwicklungen. Der Blick in das deutsche Umweltrecht nach dem Scheitern des Umweltgesetzbuchs zeigt aber erneut die Innovationskraft des Umweltverwaltungsrechts in Form von neuen Instrumenten und Rechtsschutzformen. In ihrem Beitrag „Wirtschaftssystemwandel in der Bundesrepublik Deutschland“ wirft *Sylke Behrends* zu nächst einen Blick auf den Terminus der Sozialen Marktwirtschaft und entfaltet die Aufgaben des Staates in dieser Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung, die verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten des Systems, die Veränderungsprozesse von einer wettbewerbsgesteuerten, über eine globalgesteuerte hin zu einer verteilungsgesteuerten sozialen Marktwirtschaft sowie die dringend notwendig gewordenen Maßnahmen zur Reduzierung der eher wohlfahrtstaatlich, deutlich ordnungsinkonform betriebenen Wirtschaftspolitik. Der Beitrag von *Thomas Heinicke* behandelt vertragliche Beziehungen zwischen Unternehmen und dem Staat in sog. Public-Private-Partnerships. Diese Handlungsform steht symptomatisch für den Wandlungsprozess des Staates vom Obrigkeitsstaat hin zum Kooperationspartner und wirft zahlreiche mitunter grundsätzliche Rechtsfragen auf, die der Verfasser behandelt.

Jane Porath und *Wiebke Schröder* setzen sich in ihrem Artikel kritisch mit der Rolle von externen Schulinspektoren und ihrem Beitrag zu Qualitätssteigerungen an niedersächsischen Schulen auseinander. Auch wenn der Inspektionszyklus erst im Jahre 2012 beendet ist und umfassend evaluiert werden kann, zeigen die Verfasser bereits Optimierungspotentiale dieses Verfahrens auf. Vor dem Hintergrund der aktuellen Finanzkrise beschreiben *Dirk Ehnts* und *Ronny Mazzocchi* die historische Entwicklung, Aufgaben und insbesondere Versäumnisse von Zentralbanken. Darauf aufbauend entwickeln die Autoren Reformvorschläge für das internationale Finanzwesen. *Guntram Brandt* zeichnet in seinem Beitrag zur Europäischen Staatsbürgerschaft die Entwicklung vom Marktbürger zum Unionsbürger nach und zeigt auf, auf welcher Grundlage die Unionsbürgerschaft besteht und welche Rechte mit ihr einhergehen. Diese Thematik steht symbolisch für den grundlegenden Wandel des Verhältnisses zwischen Europa und seinen Bürgern in den letzten Jahrzehnten und perspektivisch in einem Europa der Bürger. *Tim Torsten*

Schwithal befasst sich in seinem Beitrag mit einer Thematik aus dem europäischen Medienrecht. Er stellt die veränderten Möglichkeiten der Einflussnahme moderner Massenmedien dar und stellt die Frage nach den Möglichkeiten ihrer Regulierung, wobei er die bestehende europäische Rechtslage in die Untersuchung einbezieht. *Victoria Chege* befasst sich in Ihrem Aufsatz mit einer Thematik aus dem Bereich des europäischen Antidiskriminierungsrechts. Sie behandelt das Phänomen der „structural intersectionality“ als Teil des neuen Konzepts der Intersektionalität und geht der Frage nach, welche Antworten die europäische Beschäftigungsstrategie für diese Herausforderung bereithält. *Christina Bick* untersucht die Rolle des EuGH bei der Entwicklung eines originär europäischen Governancebegriffs und zeigt die Koordinaten eines solchen Modells auf. Hierbei geht Sie vertieft auf die Besonderheiten ein, die Governance im europäischen Mehrebenensystem mit sich bringt.

Wir bedanken uns bei der Fakultät II, Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg für die finanzielle Unterstützung, ohne die das Erscheinen des Sammelbandes und somit die Fortführung der Publikationsreihe des Oldenburger Forschungsnetzwerkes Wirtschaft | Recht | Bildung nicht möglich gewesen wäre.

Die Herausgeber danken ebenfalls allen Autorinnen und Autoren für die zahlreiche Beteiligung an diesem Sammelband und die vielseitige und intensive Diskussion zum Thema Governance.

Wir hoffen, dass dieser fachübergreifende Diskurs auch im nächsten Jahr unter dem Thema Wissen und Wissensmanagement so erfolgreich fortgesetzt wird.

Oldenburg, im Sommer 2009

Lars Haneberg, Thomas Heinicke, Roman Mülchen und Jane Porath

<http://www.uni-oldenburg.de/forschungsnetzwerk>

Unternehmenswertorientierte Entlohnungssysteme und Corporate Governance

1 Einleitung

Die bei Kapitalgesellschaften übliche Trennung von Management und Eigenkapital kann aufgrund von unterschiedlichen finanziellen, wie auch nicht finanziellen Zielen von Managern und Anteilseignern zu Anreizproblemen führen und ist oftmals durch *Principal-Agent*-Konflikte gekennzeichnet.¹ Typisches Merkmal einer *Agency*-Beziehung sind Informationsasymmetrien zwischen den Eigentümern eines Unternehmens (Prinzipale) und Management (Agenten), die dazu führen können, dass Mitglieder der Unternehmensführung ihren Informationsvorsprung zur Maximierung ihres privaten Nutzens missbrauchen, statt das Unternehmen im Interesse der Eigentümer zu führen.

Seit der Formulierung der Berle-und-Means-Theorie im Jahr 1932, die die Trennung von Unternehmenseigentum und Führung durch das Management analysierte, wurde nach einer Lösung gesucht, um diese Separation zu überbrücken - indem man Manager leistungsorientiert beurteilt und vergütet.

Da davon auszugehen ist, dass das primäre Interesse der Anleger die Steigerung des Unternehmenswerts gemessen am Aktienkurs ist haben sich in den letzten Jahren aktienorientierte Vergütungssysteme nach US-amerikanischem Vorbild auch in Deutschland verbreitet. Ziel einer (teilweisen) Vergütung durch unternehmenswertorientierte Entlohnungssysteme ist es, dem Management durch einen Interessenausgleich mit den Aktionären einen Anreiz zu gewähren, den Unternehmenswert zu steigern und gleichzeitig das Problem des *moral hazard* zu mildern.

Inwiefern unternehmenswertorientierte Entlohnungssysteme einen Beitrag zur Verminderung von *moral hazard* leisten können, hängt davon ab, ob es gelingt das Vergütungssystem anreizkompatibel auszugestalten. Hierzu bedarf es einer dem Vergütungssystem zu Grunde liegende Zielgröße, die kom-

1 Vgl. Dietz, Aktienoptionsprogramme und Corporate Governance, 2004, S. 221.

patibel mit dem übergeordneten Ziel der Steigerung des Unternehmenswerts ist. Dieses Ziel ist i.d.R. die Steigerung des Aktienkurses.

2 Anreizkompatible Gestaltung von Entlohnungssystemen

2.1 Zielsetzung anreizkompatibler Entlohnungsmodelle

Anreizsysteme sind Bestandteil jeder Managementkonzeption und dienen als deren Teilelement zur Erreichung der betrieblichen Ziele. Sie sollen die Mitarbeiter direkt oder indirekt motivieren, zielgerichtetes und unternehmerisches Verhalten zu entwickeln. Somit setzen Sie die Rahmenbedingungen zur Motivation der Mitarbeiter.²

Inwiefern eine variable Vergütung die Motivation und die Leistung der Mitarbeiter tatsächlich erhöht, ist jedoch nicht unumstritten. Sowohl der Zusammenhang zwischen materiellen Anreizen und Motivationssteigerung als auch die Verbindung zwischen gesteigerter Motivation und steigender Produktivität werden von den Wissenschaftlern unterschiedlich betrachtet.³

Der Einsatz von Anreizsystemen beruht auf der Annahme, durch gezielte Ansprache von Bedürfnissen des Anreizempfängers diesen zu einem vom Anreizgeber gewünschten Verhalten zu veranlassen.⁴ Entlohnungssysteme sind also essentieller Bestandteil des betrieblichen Anreizsystems und honorieren die erbrachte Arbeit durch eine monetäre oder quasi monetäre Gegenleistung. Normalerweise spaltet sich die Vergütung in einen fixen und einen variablen Teil. Letzterer stellt eine Funktion der vereinbarten Leistung dar. Durch eine entsprechende Ausformung der leistungsbezogenen Vergütungskomponente lässt sich das Leistungsverhalten des Anreizempfängers steuern.

2 Vgl. *Harth*, Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: Küting/Weber (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, 2003, S. 21.

3 Einige Autoren argumentieren, dass eine variable Vergütung durch ihren Anreiz zu besseren Leistungen motiviert. Andere Wissenschaftler begründen, dass finanzielle Anreizsysteme kontraproduktiv wirken können, wenn dadurch z.B. intrinsische Motivation verdrängt wird oder eine Misstrauenskultur im Unternehmen aufgebaut wird. Dritte behaupten, dass eine variable Vergütung demotivierend wirkt. Vgl. *Knebel*, Mythos Leistungslohn, in: *Personal – Zeitschrift für Human Resource Management*, 58. Jg., H. 12, 2006, S. 18.

4 Vgl. allgemein zu Anreizsystemen *Pirchegger*, Entlohnungssysteme, 2001; *Laux*, Unternehmensrechnung, 1999.

Unter *Agency*-theoretischen Gesichtspunkten gelten Entlohnungssysteme als anreizkompatibel, sofern sie eine Angleichung der Interessen des Managements (Anreizempfänger) an diejenigen der Anteilseigner (Anreizgeber) bewirken und damit zur Reduzierung des *Agency*-Konflikts beitragen. Eine solche Harmonisierung wird erreicht „wenn bei asymmetrischer Informationsstruktur und opportunistischem Verhalten das Management seine Vergütung nur im Zuge der Erhöhung des Unternehmenswertes verbessern kann“⁵. Die Umsetzung dieser Zielsetzung obliegt der als unternehmenswertorientiert ausgestalteten variablen, leistungsbezogenen Vergütungskomponente.

Im Allgemeinen soll das Verhalten von Managern vor dem Hintergrund des Shareholder-Value-Ansatzes durch die Gewährung finanzieller Anreize verstärkt am übergeordneten Ziel der Unternehmenswertsteigerung ausgerichtet werden. Unter anderen hat H. J. Stern in empirischen Studien nachgewiesen, dass Motivationswirkung bei richtig ausgestalteter Vergütungssysteme möglich ist.⁶

2.2 Ausgestaltung anreizkompatibler Entlohnungsmodelle

Ein wertorientiertes Verhalten von Entscheidungsträgern in Unternehmen lässt sich kaum ohne die Gewährung finanzieller Anreize realisieren.⁷ Insbesondere auf den obersten Hierarchieebenen eines Unternehmens sind positive Leistungsanreize aufgrund eingeschränkter Kontrollmöglichkeiten von grundlegender Bedeutung.⁸

Zur Vermeidung von Fehlsteuerungen und den damit letztlich verbundenen negativen Konsequenzen für alle *Stakeholder* wurde immer wieder gefordert, die Vergütungspolitik adäquat mit der Wertschaffung zu verknüpfen: Durch das Vergütungssystem sollen Manager nur dann finanzielle Vorteile erzielen, wenn sich gleichzeitig die Anteilseigner finanziell verbessern.

Diese Forderung ist in der theoretischen Literatur seit langem als Bedingung der Anreizkompatibilität bekannt.⁹ Ein anreizkompatibles Vergütungssystem

5 Vgl. z. B. *Laux*, Unternehmensrechnung, 1999, S. 31.

6 Vgl. *Stern*, Vermögenshebel steigern den Aktienkurs, in: Sonderdruck aus der Neuen Züricher Zeitung vom 10.05.2007, Nr. 107.

7 Vgl. *Laux*, Unternehmensrechnung, 1999, S. 42.

8 Vgl. *Laux*, Unternehmensrechnung, 1999, S. 42.

9 Vgl. *Böcking/Wesner*, Value Reporting und Corporate Governance in: WPg Sonderheft 2004, S. 100.

führt zu einer Harmonisierung der finanziellen Interessen von Managern und Anteilseignern und impliziert dadurch ein marktwertsteigerndes und in diesem Sinne langfristig orientiertes Verhalten.

Um die Bedingungen der Anreizkompatibilität zu erfüllen, müssen sowohl die Bemessungsgrundlage für Entlohnungen als auch Entlohnungsfunktion, d.h., der funktionale Zusammenhang zwischen Bemessungsgrundlage und Entlohnung, anreizkompatibel ausgestaltet sein.¹⁰

Verletzt wird diese Bedingung beispielsweise, wenn sich Manager beispielsweise durch einen Verlustausschluss den negativen Konsequenzen ihrer Entscheidung entziehen können.

Dem Management eröffnen sich dadurch nicht nur Bereicherungsmöglichkeiten zu Lasten der Anteilseigner. Darüberhinaus kann auch die Gefahr von Unter- bzw. Überinvestitionsproblemen bestehen, d.h. wertgenerierende Projekte werden nicht realisiert bzw. wertvernichtende umgesetzt. Darüber hinaus kann fehlende Anreizkompatibilität kurzfristiges Verhalten zu Lasten von langfristig orientiertem Handeln fördern. Das Ziel der Unternehmenswertsteigerung würde dann tendenziell verfehlt.

Hinsichtlich der Ausgestaltung von variablen Vergütungsprogrammen empfiehlt der Deutsche Corporate Governance Kodex (DCGK), dass diese Programme einmalige sowie jährlich wiederkehrende, an den geschäftlichen Erfolg gebundene Komponenten und auch solche mit langfristiger Anreizwirkung und Risikocharakter enthalten.¹¹

3 Bemessungsgrundlagen erfolgsbezogener Entlohnungsmodelle

Zentrales Element eines jeden erfolgsbezogenen Entlohnungsmodells ist die Wahl der Bemessungsgrundlage. Sie bildet die Grundlage für die Ermittlung der Entlohnungshöhe und gibt somit den Handelnden ihr Ziel vor, sofern diese eine Erhöhung ihres Gehalts beabsichtigen. Um als anreizkompatibel im obigen Sinne zu gelten, muss die Bemessungsgrundlage die Entwicklung des Unternehmenswerts widerspiegeln. Nur unter dieser Voraussetzung sind eine Zielkongruenz zwischen Management und Anteilseignern und damit eine optimale Anreizvermittlung erreichbar. Zugleich sollte sie zuverlässig,

¹⁰ Vgl. *Velthuis*, ZfB 2003, S. 114-120.

¹¹ Vgl. DCGK, 2008, Abschnitt 4.2.3.

verständlich, praktikabel sowie resistent gegen Manipulationen sein.¹² Zur Bemessung der leistungsbezogenen Vergütung greifen Entlohnungsvereinbarungen regelmäßig auf den Aktienkurs, externe Rechnungslegungsgrößen oder wertorientierte Steuerungskennzahlen zurück. Strategische Erfolgsfaktoren, die in der Literatur ebenfalls als Maßgrößen für Anreizsysteme diskutiert werden, besitzen einen vergleichsweise geringen Stellenwert.¹³

In der Praxis haben sich verschiedene unternehmenswertorientierte Vergütungsmodelle etabliert. Eine vereinfachte Klassifizierung kann anhand der ihnen zugrunde liegenden Bezugsgrößen für den Unternehmenswert erfolgen:

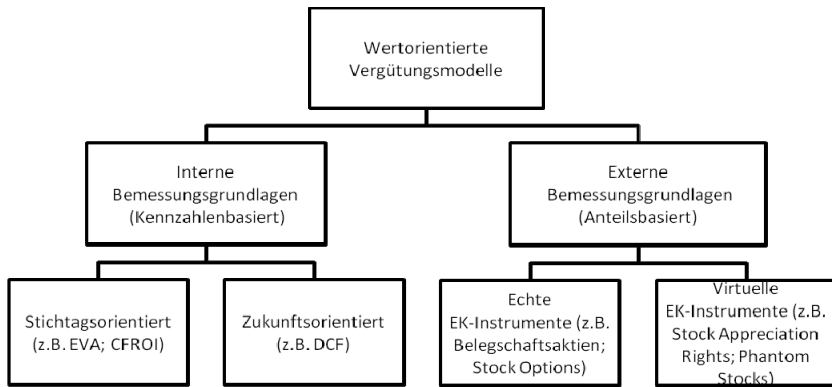


Abb. 1: Arten wertorientierter Vergütungsmodelle¹⁴

Grundlegend lässt sich zwischen einer Messung des Unternehmenswertes durch unternehmensinterne Kennzahlen sowie eine Messung durch den Aktienkurs differenzieren.¹⁵ Die Verwendung interner Kennzahlen als Bezugsgröße für unternehmenswertorientierte Entlohnungssysteme erfolgt unter der Annahme, dass eine Steigerung des ökonomischen Wertes langfristig mit einer Steigerung des Aktienkurses einhergeht und damit zu einer Vermeh-

12 Die Anforderungen sind nicht nur für die leistungsabhängige Vergütung, sondern für das Entlohnungssystem insgesamt zu erheben. Vgl. bspw. *Becker*, *Anreizsysteme*, 1990, S. 18-32.

13 Vgl. *Harth*, Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: *Kütting/Weber* (Hrsg.), *Rechnungs- und Prüfungswesen*, 2003, S. 23.

14 In Anlehnung an *Achleitner/Wichels*, *Entlohnungssysteme*, 2002, S. 12.

15 Vgl. *Bassen*, *Aktionärsrecht*, 2002, S. 378.

rung des Eigentümerwertes führt. Dementsprechend kann den internen Kennzahlen eine hohe Korrelation zur Entwicklung des Unternehmenswerts und letztendlich des Börsenkurses unterstellt werden. Als Bestandteil eines Vergütungssystems dienen interne Kennzahlen als Messinstrument für die im Rahmen eines Vergütungsplans festgelegten Ziele. In der Regel ist an die Entwicklung der Kenngröße die Zahlung der Leistungsprämie gekoppelt, wobei die Höhe der Prämie vom Grad der Zielerreichung der Planvorgaben beeinflusst wird.¹⁶

3.1 Externe Rechnungslegungsgrößen

Aus dem externen Rechnungswesen abgeleitete Erfolgs- oder Rentabilitätskennzahlen werden als Bemessungsgrundlage für die Festlegung des variablen Teils der Entlohnung in der Praxis am häufigsten verwendet,¹⁷ bedingt durch ihre einfache Ermittlung oder weitgehend automatische Bereitstellung,¹⁸ d.h., neben den für die vorgeschriebene Buchhaltung ohnehin entstehenden Aufwendungen fällt kein zusätzlicher Aufwand an. Für buchhalterische Erfolgsmaßstäbe sprechen außerdem deren Transparenz sowie eine allgemeine Akzeptanz. Zudem erlaubt die schnelle Verfügbarkeit eine zeitnahe Verknüpfung zwischen Leistung und Entlohnung.¹⁹

Als nachteilig zu werten ist, dass aus dem externen Rechnungswesen entnommene Performancemaße lediglich sehr eingeschränkt Informationen über die Veränderung des Unternehmenswerts geben. Sie vernachlässigen die unterschiedlichen Risiken verschiedener Projekte und Strategien, die veränderlichen Kapitalkosten sowie Investitionserfordernisse.²⁰ Da die bilanzielle Er-

16 In der Praxis hat sich statt der jährlichen Zahlungen einer Leistungsprämie eine Variante dieses Vergütungsmodells entwickelt, das oft als Bonusbank bezeichnet wird. Hierbei werden die Leistungsprämien über mehrere Perioden auf einem Bonuskonto angesammelt und mit potenziellen späteren Verlusten verrechnet, so dass eine Glättung der Bonuszahlungen über die gesamte Laufzeit eines Vergütungsplans erreicht wird. Darüber hinaus dient die Einrichtung einer Bonusbank dem Ziel einer langfristigen Ausrichtung des Vergütungsplans. Vgl. *Pellens/Crasselt/Rockholtz*, Entlohnungssysteme, 1998, S. 18-19.

17 Vgl. *Harth*, Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: *Kütting/Weber* (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, 2003, S. 23.

18 *Kaplan/Atkinson*, Accounting, 1998, S. 680.

19 *Kaplan/Atkinson*, Accounting, 1998, S. 682.

20 Vgl. *Harth*, Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: *Kütting/Weber* (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, 2003, S. 24.

folgsermittlung die laufende Geschäftstätigkeit „mit der Rücksichtslosigkeit einer Guillotine“ zerschneidet, verleitet eine Leistungsmessung anhand von buchhalterischen Größen obendrein zu einem Denken in Abrechnungsperioden und steht der Absicht entgegen, die Anreizempfänger zu einer langfristigen, strategischen Denkweise anzuhalten.²¹ In Anbetracht der Forderungen nach Zielidentität vermitteln sie falsche oder suboptimale Anreize und begünstigen Fehlentscheidungen des Managements. Die im Bilanzrecht kodifizierten Gestaltungs- und Bewertungsspielräume gestatten es dem Anreizempfänger, buchhalterische Größen im bestimmten Umfang i.S. eines *creative accounting* oder *window dressing* einzusetzen.²² Buchhalterische Leistungsmaße verletzen somit das Gebot der Manipulationsfreiheit.²³ Die Begrenztheit dieser Performancemaße in Bezug auf die Leistungsmessung hat Wissenschaft und Praxis veranlasst, langfristige Anreizsysteme zu entwerfen, die auf anderen Leistungsindikatoren basieren.

3.2 Aktienkurs

Aktienkursorientierte Entlohnungsmodelle sehen eine temporäre Kapitalbeteiligung der Mitarbeiter als Teil der Gesamtvergütung vor. Hierbei kann zwischen echten und virtuellen Kapitalbeteiligungen der Mitarbeiter unterschieden werden. Die Bezeichnung „echte Eigenkapitalinstrumente“ ergibt sich aus der Tatsache, dass eine Vergütung mit derartigen Instrumenten Auswirkungen auf die Kapital- bzw. Gesellschafterstruktur des Unternehmens hat.²⁴ Zu den echten Eigenkapitalinstrumenten zählen vor allem Belegschaftsaktien. Bei dieser Entlohnungsform werden Mitarbeitern Aktien des sie beschäftigenden Unternehmens zu günstigen Konditionen gewährt, wobei die Verwendung der Aktien i.d.R. Einschränkungen unterliegt.²⁵ Aktienoptionen als weitere echte Eigenkapitalinstrumente gewähren dem Begünstigten

21 Der kurzfristige Zeithorizont zählt zu den häufigsten Kritikpunkten an den buchhalterischen Erfolgs- und Rentabilitätskennzahlen; vgl. u.a. bereits *Rappaport*, Incentives, 1978, S. 81-88.

22 Vgl. *Harth*, Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: Küting/Weber (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, 2003, S. 27.

23 Vgl. *Harth*, Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: Küting/Weber (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, 2003, S. 25.

24 *Feddersen/Pohl*, Die Praxis der Mitarbeiterbeteiligung seit Einführung des KonTraG, in: AG, 46. Jg., 2001, S. 26-33.

25 Vgl. *Pellens/Crasselt/Rockholtz*, Entlohnungssysteme, 1998, S. 12.

das Recht, in der Zukunft Aktien des Unternehmens zu einem vorher festgelegten Preis zu kaufen. Je höher der Aktienkurs im Ausübungszeitpunkt, desto größer ist der Vorteil, den die Begünstigten durch die Ausübung erlangen können. Durch Aktienoptionen werden die Begünstigten an einer positiven Aktienkursentwicklung des Unternehmens beteiligt und erhalten somit den Anreiz, ihr Handeln am Unternehmenswert auszurichten, der grundsätzlich in einer Steigerung des Börsenkurses zum Ausdruck kommt.²⁶

Im Gegensatz zu echten bilden virtuelle Kapitalbeteiligungen die finanziellen Auswirkungen echter Eigenkapitalinstrumente lediglich nach.²⁷ Dem Mitarbeiter werden also keine Aktionärsrechte (Stimmrechte) eingeräumt.²⁸ *Stock Appreation Rights* als virtuelles Pendant zu Aktienoptionen gewähren dem Begünstigten bis zu einem bestimmten Zeitpunkt den Anspruch auf eine Zahlung in Höhe der Differenz zwischen dem dann geltenden Aktienkurs und einem vorher festgelegten, niedrigeren Basispreis.²⁹ Im Wesentlichen entspricht der aus diesem Vergütungsmodell resultierende Zahlungsstrom genau dem Zahlungsstrom aus einer Kaufoption auf Aktien, bei der die im Ausübungszeitpunkt erhaltenen Aktien sofort wieder verkauft werden.³⁰ Bei einer Entlohnung durch *Phantom Stocks* als virtuelles Gegenstück zu Belegschaftsaktien werden dem Mitarbeiter fiktive Anteile gutgeschrieben, deren Wertentwicklung an die Performance einer tatsächlichen Aktie gekoppelt ist, die jedoch nicht zu einer Gesellschafterstellung oder einem realen Anteil am Eigenkapital führen.³¹ Zu einem bestimmten Stichtag wird dem Begünstigten der Gegenwert der Bucheinheiten sowie inzwischen angefallenen Dividenden ausbezahlt.³² Je nach Ausgestaltung hat der Begünstigte auch inzwischen eingetretene Kursverluste zu tragen.³³

Der Kopplung der Entlohnung an den Aktienkurs liegt die einfache Annahme zu Grunde, dass das Management alles versuchen wird, den am Börsenkurs gemessenen Wert des von ihm geführten Unternehmens langfristig zu erhöhen. Eine Kurssteigerung liegt sowohl im Interesse der Anteilseigner, deren Vermögen zunimmt, als auch in dem des Managements, die über das aktien-

26 Vgl. Pellens/Crasselt, Bilanzierung, 1998, S. 217.

27 Vgl. Pellens/Crasselt/Rockholtz, Entlohnungssysteme, 1998, S. 13.

28 Vgl. Dietz, Aktienoptionsprogramme und Corporate Governance, 2004, S. 35.

29 Vgl. Pellens/Crasselt/Rockholtz, Entlohnungssysteme, 1998, S. 13.

30 Vgl. Achleitner/Wichels, Entlohnungssysteme, 2002, S. 14.

31 Vgl. Feddersen, Aktienoptionsprogramme, in: ZHR, 161 Jg., 1997, S. 285.

32 Vgl. Pellens/Crasselt/Rockholtz, Entlohnungssysteme, 1998, S. 13.

33 Vgl. Feddersen, Aktienoptionsprogramme, in: ZHR, 161 Jg., 1997, S. 285.

kursorientierte Entlohnungsmodell an den Wertsteigerungen partizipieren. Die Konzeption der aktienkursorientierten Leistungsmessung ist jedoch nicht ohne Kritik geblieben.

Die Gegner bemängeln v. a. den geringen Kausalzusammenhang zwischen Kursentwicklung und Leistung des Managements. Da eine Vielzahl von exogenen Faktoren den Aktienkurs beeinflusst, bildet dieser nur unzureichend die Leistung der Unternehmensführung ab. Eine Hausse könne selbst einem schlechten Management ungerechtfertigte (*windfall profits*) bescheren und umgekehrt könne eine Baisse auch erfolgreiche Führungskräfte bestrafen.³⁴ Oftmals bezweifeln die Kritiker, ob der Aktienkurs überhaupt ein zutreffendes Maß für die Unternehmensperformance darstellt. Zudem beschränkt sich die Anwendbarkeit von aktienkursorientierten Anreizsystemen lediglich auf börsennotierte Gesellschaften. Darüber hinaus wird kritisiert, führe eine zu enge Verknüpfung der Entlohnung mit dem Wohl der Anteilseigner zu einer Zunahme eines risikoaversen Verhaltens der Führungskräfte. Diese hätten bereits ihr Humankapital gänzlich in das Unternehmen investiert und besäßen im Gegensatz zu den Anteilseignern keine Möglichkeit, ihr Risiko zu diversifizieren.³⁵

Anhänger von aktienkursorientierten Anreizsystemen halten dem entgegen, dass der Aktienkurs mittelfristig durchaus den Unternehmenswert zutreffend widerspiegelt³⁶ und auf exogene Einflüsse zurückzuführende Kursbewegungen ließen sich durch eine relative Performancemessung weitgehend eliminieren.³⁷ Insbesondere vor dem Hintergrund der haussierenden Börsen der

34 Politische Entwicklungen, Zinsveränderungen, Gesetzesänderungen oder die allgemeine Wirtschaftslage können zu Kursbewegungen in beide Richtungen führen, ohne mit der Entscheidung oder der Geschäftspolitik des Managements in Zusammenhang zu stehen: vgl. *Feddersen*, Aktienoptionsprogramme, in: ZHR, 161 Jg., 1997, S. 271-278.

35 Vgl. *Harth, H.-J.*, Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: Küting/Weber (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, 2003, S. 26.

36 Inwieweit der Börsenkurs der Summe sämtlicher zukünftiger erwarteter Dividenden entspricht und damit den ökonomischen Wert des Unternehmens repräsentiert, ist empirisch nicht zu belegen; vgl. *Marsh, P.*, Performance, 1999, S. 67-72. Für Zwecke der Verhaltenssteuerung ist dies allerdings keine notwendige Bedingung. Es ist ausreichend, wenn der Aktienkurs alle extern verfügbaren Informationen einschließlich des Verhaltens des Managements reflektiert; vgl. *Weiss, D. M.*, Aktienoptionspläne, 1999, S. 74.

37 Hierbei ist zwischen einer implizierten und explizierten relativen Erfolgsmessung zu unterscheiden. Eine implizierte Erfolgsmessung erfolgt, wenn die Anzahl der zugewandten Vergütungsansprüche mit der Leistung schwankt. Eine explizierte Leistungsmessung liegt vor, wenn deren Wert an einen Leistungsmaßstab gekoppelt ist. Vgl. *Harth, H.-J.*, Die Bilanzie-

90er Jahre wurde mehrheitlich gefordert, die Entlohnung nicht allein von der Aktienkursentwicklung des Unternehmens, sondern von der relativen Entwicklung im Vergleich zu einem Gesamtmarkt- oder Branchenindex abhängig zu machen. Die Forderung nach einer relativen Performancemessung ist jedoch in der Literatur umstritten.³⁸

Die zu Entlohnenden werden durch das Ausbleiben der nicht von ihnen beeinflussbaren Faktoren mittels einer Indexierung vor gesamtwirtschaftlichen oder branchenspezifischen Unwägbarkeiten geschützt. Die relative Performancemessung erfüllt somit eine fundamentale Anforderung an Vergütungssysteme, die Entlohnung von nur solchen Effekten abhängig zu machen, die die Einzelnen beeinflussen können.³⁹ Da allein die relative und nicht die absolute Kursentwicklung von Bedeutung ist, wird durch das Anbinden an einen Index während eines (steigenden) Bullenmarkts die Vergütung von Zufallsgewinnen verhindert und in Zeiten eines (fallenden) Bärenmarktes dem Aufkommen von demotivierenden Einflüssen entgegen gewirkt.

Um die einer Indexierung zugeschriebene Wirkung zu erreichen, muss der gewählte Index die allgemeinen Faktoren möglichst exakt ausblenden⁴⁰. Bei diversifizierten oder global agierenden Unternehmen besteht oftmals das Problem, einen geeigneten Referenzindex zu finden.⁴¹ Gleiches gilt für Unternehmen aus innovativen Branchen. Die Wahl des passenden Index stellt nicht die einzige Herausforderung der Indexierung dar, denn die Konsequenzen auf die Anreizwirkung sind vielschichtig. Mittels einer Indexierung lassen sich die viel kritisierten *windfall profits* und die demotivierenden Effekte in einem schlechten Börsenumfeld vermindern. Gleichzeitig senkt eine Inde-

rung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: Küting/Weber (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, 2003, S. 26.

38 Die Idee der Indexierung propagierte M. Ubelhart bereits im Jahr 1981, vgl. *Johnson/Tian, Options*, 2000, S. 36. Die Literatur spricht sich dabei mehrheitlich für eine explizierte relative Performancemessung aus; Vgl. *Harth, H.-J.*, Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: Küting/Weber (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, 2003, S. 26-27.

39 Auch die Bundesregierung empfahl beim Erlass des KonTraG ebenfalls eine Indexierung; vgl. *Ernst/Seibert/Stuckert*, KonTraG 1998, S. 82.

40 Grundsätzlich ist zu unterscheiden, ob es sich um einen Performanceindex oder einen Kursindex handelt. Bei einem Performanceindex ist nicht der Aktienkurs und der Index miteinander zu vergleichen, sondern der *total shareholder return*; vgl. *Harth, H.-J.*, Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: Küting/Weber (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, 2003, S. 26-27.

41 Vgl. *Baums, T.*, Aktienoptionen, 1997, S.13; *Rappaport, A.*, Shareholder Value, 1999, S. 137.

xierung aber auch die Entlohnungswahrscheinlichkeit. Die Berechtigten messen indexierten aktienkursbasierten Vergütungsinstrumenten einen geringeren Wert als unindexierten bei. Dies wiederum verringert deren Anreizwirkung.⁴² Um die Attraktivität und damit die Akzeptanz zu erhöhen, reicht es nicht aus, diesen Effekt durch eine entsprechend gestaltete Vergütungsvereinbarung zu kompensieren; überdurchschnittliche Leistung muss vielmehr höher entlohnt werden als zuvor.⁴³

In manchen Situationen kann eine branchenbezogene relative Leistungsmessung sogar zu Fehlanreizen führen. Handelt es sich insgesamt um eine sich erfolgreich entwickelnde Branche, würden gute Leistungen durch das Management kaum honoriert werden. Die geringe Erfolgchance würde nicht nur einen geringen Anreiz zur Leistungssteigerung schaffen, sondern in der Folge auch zum Fortgang kompetenter Manager führen.⁴⁴ Gleiches gilt für Branchen, in denen die Unternehmen nicht die Kapitalkosten erwirtschaften. Eine relativ gute Leistung würde den Anreiz vermitteln, weiter zu investieren und damit den Marktwert zu vernichten.⁴⁵ Ein Gesamtmarktindex könnte dieses Defizit vermeiden, allerdings auf Kosten eines schwächeren Bezugs zum jeweiligen Unternehmen. Teilweise wird deshalb empfohlen, einen Teil an einen Branchenindex zu binden.⁴⁶ Unternehmensspezifische Faktoren, die in keinem Zusammenhang mit der Managementleistung stehen, sind nicht mittels Indexierung zu eliminieren. Dabei ist beispielsweise an Übernahmeangebote oder staatliche Eingriffe zu denken.⁴⁷ Eine Indexierung kann somit bestimmte Schwächen einer aktienkursbasierten Vergütung beheben, stellt aber „kein Allheilmittel“⁴⁸ dar.

42 Vgl. *Harth, H.-J.*, Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: Küting/Weber (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, 2003, S. 29.

43 In Bezug auf Aktienoptionen schlägt Rappaport vor, die doppelte Anzahl an Optionen zu gewähren. Dadurch würde das Wertverhältnis zwischen unindexierten und indexierten Optionen ausgeglichen. Zusätzlich empfiehlt er, den anfänglichen Bezugspries etwas unterhalb des Börsenkurses festzulegen, da dies den Begünstigten erlaubt, auch bei einer geringfügig unterdurchschnittlichen Leistung von den Optionen zu profitieren; vgl. *Rappaport, A.*, Thinking, 1999, S. 95-112.

44 Vgl. *Winter, S.*, Gestaltung, 1996, S. 156.

45 Vgl. *Harth, H.-J.*, Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: Küting/Weber (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, 2003, S. 30.

46 Vgl. *Winter, S.*, Gestaltung, 1996, S. 156.

47 Vgl. *Baums, T.*, Aktienoptionen, 1997, S. 12.

48 Vgl. *Baums, T.*, Aktienoptionen, 1997, S. 13.

Im Vergleich zu anreizkompatiblen Entlohnungsverträgen, deren Hauptbestandteil die Zahlung von Boni oder Tantiemen ist, deren Höhe an unternehmensinterne Kennzahlen geknüpft sind, haben Aktienoptionen den Vorteil, durch eine Kopplung an den Aktienkurs unmittelbar von der Zielgröße abzuhängen, die entscheidungsrelevant für den Anteilseigner ist.⁴⁹

Unbestreitbare Vorteile des Aktienkurses als Bemessungsgrundlage sind außerdem seine einfache Handhabbarkeit, Transparenz und Manipulationsresistenz. Verschiedentlich wird Letzteres jedoch unter Hinweis auf den zu beobachtenden kurssteigernden Effekt von Aktienrückkäufen angezweifelt. Die positiven Kursbewegungen werden mit Informationsasymmetrien auf dem Kapitalmarkt begründet, da bei dem „richtigen“ Kaufpreis das Anwachsen der Beteiligung bei den verbleibenden Anteilseignern den gleichzeitigen Mittelabfluss bei dem Unternehmen kompensieren würde.⁵⁰

Sicherlich nicht unbegründet ist die Besorgnis, die Ausschüttungspolitik könnte als Instrument zur Beeinflussung des Aktienkurses missbraucht werden.⁵¹ Die Aktienkursentwicklung spiegelt die erreichte Marktwertentwicklung des Unternehmens nur dann zutreffend wieder, wenn zwischenzeitlich keine Eigenkapitaltransaktionen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern vorgenommen werden. Da Ausschüttungen an Anteilseigner den Unternehmenswert und damit den Aktienkurs vermindern, besteht der Anreiz – so zumindest die Befürchtung – verteilungsfähige Gewinne zu thesaurieren. Um dem entgegenzuwirken, wird vorgeschlagen die Kurseffekte von Dividendenzahlungen bei der Ausformulierung des Entlohnungssystems zu berücksichtigen.⁵²

Nicht ausgeschlossen werden kann betrügerisches Verhalten der Berechtigten mit dem Ziel, den Aktienkurs zu steigern,⁵³ oder ein bewusstes Verzögern der Bekanntmachung negativer Informationen, um Aktien (noch) zu einem günstigeren Kurs verkaufen zu können.

49 Vgl. Dietz, S., Aktienoptionsprogramme und Corporate Governance, 2004, S. 36.

50 Vgl. Harth, H.-J., Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: Küting/Weber (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, 2003, S. 31-32.

51 Vgl. Baums, T., Aktienoptionen, 1997, S. 14.

52 Vgl. Baums, T., Aktienoptionen, 1997, S. 101-109.

53 Vgl. Harth, H.-J., Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: Küting/Weber (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, 2003, S. 31-32.

3.3 Wertorientierte Steuerungsgrößen

Die mit einer aktienkursorientierten Entlohnung verbundenen Schwächen sollen Anreizsysteme überwinden, die auf interne wertorientierte Steuerungsgrößen zurückgreifen. In ihrer Funktionsweise ähneln sie einer Entlohnung anhand von Erfolgs- oder Rentabilitätskennzahlen, die aus dem externen Rechnungswesen abgeleitet werden.⁵⁴ Die internen Steuerungskennzahlen ersetzen diese traditionellen Kennzahlen. In der Literatur und in der Unternehmenspraxis findet sich eine Vielzahl von unterschiedlichen wertorientierten Steuerungskennzahlen. Zu den bekanntesten Vertretern zählen *DCF*, *CFROI*, *EVA* oder *CVA*.

Als unternehmensinterne Bezugsgrößen kommen sowohl stichtagsbezogene als auch zukunftsorientierte Kennzahlen in Betracht. Als stichtagsbezogene Kennzahlen kämen theoretisch auch klassische Bilanzkennzahlen wie der Umsatz, Gewinngrößen oder Renditekennzahlen in Frage. Vor dem Hintergrund einer wertorientierten Unternehmenspolitik unterliegen diese Kennzahlen jedoch einigen Schwächen: Da sie auf Größen des externen Rechnungswesens basieren, sind sie manipulierbar. Darüber hinaus beziehen sich die Renditekennzahlen auf periodenbezogene Buchwerte und nicht auf Zahlungsströme, vernachlässigen Zeit- und Risikopräferenzen und sind primär vergangenheitsorientiert.⁵⁵

Beispiele für stichtagsbezogene Kennzahlen sind der *Economic Value Added* (EVA), der den betrieblichen Übergewinn einer Periode nach Abzug der Kapitalkosten misst, sowie der *Cash Flow Return on Investment* (CFROI), der die durchschnittliche Verzinsung auf das eingesetzte Kapital ermittelt. Aufgrund ihrer Zukunftsorientierung werden jedoch oftmals *Discounted Cash Flow*-Größen dem EVA und dem CFROI vorgezogen, die beide als stichtagsorientierte Größen Wachstumstrends und Renditeveränderungen in der Zukunft nicht berücksichtigen.⁵⁶ An allen internen Kennzahlen lässt sich jedoch ihre Manipulationsfähigkeit kritisieren, da sie teilweise auf Daten des externen Rechnungswesens zurückgreifen und zur Berechnung zukunftsorientierter Kenngrößen Schätzungen notwendig sind.

54 Vgl. Pellens/Crasselt/Rockholtz, Entlohnungssysteme, 1998, S. 13.

55 Für eine detaillierte Kritik an klassischen Kennzahlen als Messinstrument für den Unternehmenswert vgl. Rappaport, A., Shareholder Value, 1999, S. 15-38.

56 Vgl. Pellens/Crasselt/Rockholtz, Entlohnungssysteme, 1998, S. 18.

Werden zukunftsorientierte Kennzahlen oder Kapitalwertgrößen wie DCF zur Bemessung der Vergütung herangezogen, muss auf Plandaten und Schätzungen zurückgegriffen werden. Die damit verbundene Prognoseunsicherheit birgt gleichzeitig auch die Gefahr einer Verstärkung des Hockeyschlägereffekts in sich. Hiermit wird die in der Praxis bei Planungen häufig zu beobachtende Neigung bezeichnet, stets von einer Besserung der gegenwärtigen Situation auszugehen.⁵⁷ Da es für Planungsverantwortliche relativ einfach ist, Zukunftseinschätzungen zu beeinflussen, und eine Plausibilitätsprüfung dieser Prognose durch nicht mit dem Geschäft vertraute Außenstehende kaum möglich ist, sind diese Verfahren besonders anfällig für Manipulationen durch die Anreizempfänger und eröffnen die Möglichkeit einer ungerechtfertigten Bereicherung.⁵⁸

Vergleichsweise gering ist das Manipulationspotenzial bei Kennzahlen wie EVA oder CFROI, die sich nur auf eine Periode beziehen. Da es sich allerdings um periodenbezogene Maßgrößen handelt, haftet ihnen ebenso wie den aus dem externen Rechnungswesen entnommenen Größen der Makel an, ein kurzfristiges Denken zu unterstützen und dadurch den Aufbau langfristiger Erfolgspotenziale zu vernachlässigen.⁵⁹ Um derartigen Fehlanreizen vorzubeugen, können mehrperiodige Zielvorgaben festgelegt werden.⁶⁰ Manipulationsmöglichkeiten bestehen aber bei der Berechnung der Kennzahlen, wenn deren Definition Interpretationsspielräume eröffnen oder durch Sachverhaltsgestaltungen beeinflussbar sind. Die im Vergleich zu den aktienkursorientierten Anreizsystemen geringere Transparenz aufgrund oftmals umfangreicher Berechnungsverfahren ist auch negativ zu vermerken.⁶¹

In bestimmten Abschnitten der Unternehmensentwicklung kann sich eine an internen Performancemaßstäben orientierende Entlohnung als wenig praktikabel erweisen. Eine sich nach internen Steuerungskennzahlen bemessende Vergütung setzt regelmäßig die Vorgabe von Erfolgszielen voraus. In dynamischen Wachstumsphasen oder in Sanierungs- und Krisenphasen lassen sich konkrete Leistungsvorgaben oftmals jedoch nur unscharf formulieren.⁶²

57 Vgl. *Dietz, S.*, Aktienoptionsprogramme und Corporate Governance, 2004, S. 34-35.

58 Vgl. *Dietz, S.*, Aktienoptionsprogramme und Corporate Governance, 2004, S. 35.

59 Vgl. *Harth, H.-J.*, Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: Küting/Weber (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, 2003, S. 34.

60 Vgl. *Kaplan/Atkinson*, Accounting, 1998, S. 685.

61 Vgl. *Pellens/Crasselt/Rockholtz*, Entlohnungssysteme, 1998, S. 19.

62 Vgl. *Weiss, D. M.*, Aktienoptionspläne, 1999, S. 74.

4 Fazit und Ausblick

Nach Achleitner/Wichels wird sich „eine erfolgreiche Implementierung und Realisierung einer [...] wertorientierten Unternehmensführung [...] erst dann einstellen, wenn die Wertsteigerung auch zur Orientierungsgröße betrieblicher Entlohnungssysteme wird. Zur Lösung oder zumindest zur Entschärfung dieses Problems werden in fremdgeführten Unternehmen Corporate Governance Strukturen implementiert.

Lediglich durch dieses Bindeglied kann die Verbreitung des Shareholder Value als Handlungsmaxime im Unternehmen gewährleistet werden.“⁶³ Unternehmenswertorientierte Entlohnungssysteme stellen somit eine Verknüpfung des Shareholder Value-Gedankens mit dem im Rahmen der *Agency Theorie* entwickelten Lösungsmechanismus „anreizkompatibeler Entlohnung“ zur Vermeidung von *moral hazard* dar, denn Ziel unternehmenswertorientierter Vergütungsmodelle ist es, einen Interessenausgleich zwischen dem Manager als Agent und dem Aktionär als Prinzipal durch eine Kopplung der Vergütung der Manager an die Entwicklung des Unternehmenswerts herzustellen.

Ein wertorientierter Bonusplan stellt sicher, dass Entscheidungen im Unternehmen zur langfristigen Wertsteigerung beitragen. Der Leistungslohn sollte so ausgelegt sein, dass er immer diejenigen Leistungen honoriert, die zum Wertwachstum beitragen, unabhängig von verbindlichen Vorgaben für das tägliche Geschäft.

Kurzfristige Gewinnoptimierung ist nicht im Sinne des Investors. Mit einer langfristigen Orientierung werden Manager ambitionierter in der Zielsetzung und bereitwilliger, ihre Budgets realitätsnah, d. h. im Bereich des Möglichen und nicht im Bereich des erwünschten Bonus anzusiedeln. Dafür muss dem Management schon heute bekannt sein, welcher Bonus morgen unter welchen Bedingungen erzielbar ist, so dass er die Entscheidungen zwischen sofortigen und langfristigen Gewinnen richtig treffen kann. Mit einem Bonusplan-Design, welches auf Langfristigkeit ausgerichtet ist, löst sich der Konflikt zwischen heute und später realisierten Gewinnen auf.

Eine einzige, aber umfassende finanzielle Kennzahl, welche mit der modernen Bewertungstheorie kompatibel ist, ist für die Bonusberechnung ausreichend. Somit kann auch das mehr oder weniger willkürlich gewählte Neben-

63 Achleitner/Wichels, in: Achleitner/Wollmert (Hrsg.), Stock Options, 2002 S. 2.

einander aller möglichen Kennzahlen umgangen werden. Der Auswahl der finanziellen Kennzahl, welche für die Bestimmung des Bonus verwendet wird, kommt eine große Bedeutung zu. Eine möglicherweise gewichtete Kombination traditioneller Kennzahlen kann diese Wertorientierung nicht vollständig abbilden und sollte im Sinne der Wertorientierung nicht als zu maximierende Größe(n) im Bonusplan verwendet werden.

Damit jedoch für das Management keine „unbegrenzte Option auf gute Zeiten“ geschaffen wird, sollte die Bonusfunktion zur Harmonisierung der Interessen zwischen Investoren und Managern auch nach unten geöffnet werden, d. h., Manager können sowohl einen Bonus als auch einen Malus erhalten. Das Management erhält somit einen verstärkten Anreiz, die Leistung auf der gesamten Performance-Linie zu verbessern – und nicht nur zwischen den cap- und floor-Grenzen.

Die Einführung einer Bonusbank⁶⁴ ermöglicht den Umgang mit derartigen negativen Boni: Die Bonusbank ist ein für jeden Planteilnehmer etabliertes individuelles Konto, das sich mit den erzielten Leistungen verändert. Der berechnete Bonus wird zunächst nicht ausgezahlt, sondern auf die Bonusbank gebucht. Falls der Saldo aus Anfangsbestand und der Bonusbank und aktuellem Bonus positiv ist, wird ein Teil davon anhand eines vorher festgelegten Schemas ausgezahlt. Der Restbetrag wird auf das nächste Jahr fortgeschrieben. Dieses Vorgehen erlaubt, dass bei schlechter Leistung auch negative Boni deklariert werden können, welche dann mit einem möglichen positiven Anfangssaldo verrechnet werden.

Mit der Einführung einer Bonusbank sollten die Performanceziele der folgenden Perioden verbindlich vorgegeben werden. Nur so kann sich ein Manager auf ein langfristig orientiertes Handeln einstellen. Es stellt für ihn dann auch kein Problem dar, wenn er Ausgaben oder Investitionen tätigt, die kurzfristig seinen Erfolgsanteil reduzieren, denn langfristig kann er mit einem höheren Bonus rechnen. Mehrjahresziele könnten dementsprechend direkt aus dem Marktwert abgeleitet und beispielsweise in Form eines *Value Added* Zieles ausgedrückt werden.

64 So hat beispielsweise die in der Schweiz im Mittelpunkt der öffentlichen Kritik stehende Bank UBS Ende 2008 beschlossen, seine Ausschüttungen über mehrere Jahre zu strecken und einen Teil der Boni einzubehalten, falls aus den Gewinnen der Banker später Verluste werden.

Literatur

- Achleitner, Ann-Kristin/Wichels, Daniel:* Stock Option-Pläne als Vergütungsbestandteil wertorientierter Entlohnungssysteme – Eine Einführung, in: Achleitner, Ann-Kristin/Wollmert, Peter (Hrsg.), Stock Options. Finanzwirtschaft, Gesellschaftsrecht, Bilanzierung, Steuerrecht, Arbeitsrecht und Unternehmensbewertung, Stuttgart 2002, S. 1-24.
- Bassen, Alexander:* Die Einführung von Stock Options aus Aktionärssicht, in: Achleitner, Ann-Kristin/Wollmert, Peter (Hrsg.), Stock Options. Finanzwirtschaft, Gesellschaftsrecht, Bilanzierung, Steuerrecht, Arbeitsrecht und Unternehmensbewertung, Stuttgart 2002, S. 373-392.
- Baums, Theodor:* Aktienoptionen für Vorstandsmitglieder, in: Martens, Klaus-Peter/Westermann, Harm Peter/Zöllner, Wolfgang (Hrsg.), Köln u. a. 1997, S. 3-48.
- Becker, Fred G.:* Anreizsysteme für Führungskräfte: Möglichkeiten zur strategisch-orientierten Steuerung des Managements, Stuttgart 1990.
- Böcking, Hans.-J./Wesner, Peter:* Value Reporting und Corporate Governance in: WPg Sonderheft 2004, S. 100.
- DCGK – Deutscher Corporate Governance Kodex*, in der Fassung vom 06. Juni 2008, Berlin, 2008.
- Dietz, Stephanie:* Aktienoptionsprogramme und Corporate Governance, Frankfurt a. M. 2004.
- Ernst, Christoph/Seibert, Ulrich/Stuckert, Fritz:* KonTraG. Textausgabe mit Begründungen der Regierungsentwürfe, Stellungnahmen des Bundesrates mit Gegenäußerungen der Bundesregierung, Berichten des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, Düsseldorf 1998.
- Feddersen, Dieter:* Aktionsprogramme für Führungskräfte aus kapitalmarktrechtlicher und steuerlicher Sicht, in: ZHR, 1997, S. 269-299.
- Feddersen, Dieter/Pohl, Marcus:* Die Praxis der Mitarbeiterbeteiligung seit Einführung des KonTraG, in: AG 2001, S. 26-33.
- Harth, Hans-Jörg.:* Die Bilanzierung von Aktienoptionen und anderen unternehmenswertorientierten Entlohnungsmodellen nach US-GAAP, in: Küting, Karlheinz/Weber, Claus-Peter (Hrsg.), Rechnungs- und Prüfungswesen, Berlin 2003.

- Johnson, Shane A./Tian, Yisong S.:* Indexed executive stock options, in: Journal of Financial Economics, 2000, S. 35-64.
- Kaplan, Robert S./Atkinson, Anthony A.:* Advanced management accounting, Upper Saddle River (NJ) 1998.
- Knebel, Heinz.:* Mythos Leistungslohn, in: Personal-Zeitschrift für Human Ressource Management, 12/ 2006, S. 18.
- Laux, Helmut:* Unternehmensrechnung, Anreiz und Kontrolle. Die Messung, Zurechnung und Steuerung des Erfolges als Grundproblem der Betriebswirtschaftslehre, Berlin/Heidelberg 1999.
- Marsh, Paul:* Market Assesment of Company Performance, in: Dimsdale, Nicholas/Prevezer, Martha (Hrsg.), Capital markets and corporate governance, Oxford 1999, S. 66-98.
- Pellens, Bernhard/Crasselt, Nils:* Bilanzierung von Stock Options, in: DB 1998, S. 217-223.
- Pellens, Bernhard/Crasselt, Nils/Rockholtz, Carsten:* Wertorientierte Entlohnungssysteme für Führungskräfte – Anforderungen und empirische Evidenz, in: Pellens, Bernhard (Hrsg.), Unternehmenswertorientierte Entlohnungssysteme, Stuttgart 1998, S. 1-28.
- Pirchegger, Barbara:* Aktienkursabhängige Entlohnungssysteme und ihre Anreizwirkungen, Wiesbaden 2001.
- Rappaport, Alfred:* Executive incentives vs. corporate growth, in: Harvard Business Review, 1978, S. 81-88.
- Rappaport, Alfred:* New thinking on how to link executive pay with performance, in: Harvard Business Review, 1999, S. 91-101.
- Rappaport, Alfred:* Shareholder value, Stuttgart 1999.
- Stern, Hermann. J.:* Vermögenshebel steigern den Aktienkurs, in: Sonderdruck aus der Neuen Züricher Zeitung vom 10.05.2007, Nr. 107.
- Velthuis, Louis:* Managemententlohnung auf Basis des Residualgewinns: Theoretische Anforderungen und praxisrelevante Konzepte. In: ZfB, Ergänzungsheft 4, 2003, S. 111-135.
- Winter, Stefan:* Prinzipien der Gestaltung von Managementanreizsystemen, Wiesbaden 1996.

Partnerwahl im Rahmen sequentieller Venture-Capital-Syndizierung

1 Einleitung

Venture Capital (VC) lässt sich inzwischen als eine der bedeutendsten Finanzierungsformen für hoch innovative, junge Unternehmen charakterisieren. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass die Diskussion um die Rahmenbedingungen für Finanzierungen durch Venture Capital oder Private Equity verstärkt in den Fokus des akademischen und privatwirtschaftlichen Interesses gerückt ist.

Die Hauptaufgabe von VC-Gebern wurde im Rahmen dieser Diskussion klar charakterisiert.¹ Sie stellen Kapital für junge Unternehmen mit einem hohen Risikoprofil zur Verfügung und tragen darüber hinaus mit ihrer Expertise und ihrem Branchen-Know-How zum Erfolg des Ventures bei. Das damit verbundene Risiko soll über eine Rendite oberhalb des Marktniveaus abgegolten werden. Der VC-Geber ist dabei meist Intermediär zwischen einem Investor und dem Entrepreneur. Ihm stehen begrenzte Mittel zur Verfügung, die er in eine begrenzte Anzahl von jungen Unternehmen investiert.

VC-Geber wirken bei der Bereitstellung von Wagniskapital oft nicht allein. Vielmehr ist der Zusammenschluss mehrerer VC-Geber zu VC-Syndikaten im amerikanischen und europäischen Raum weit verbreitet. Laut OECD² sind sie, im Venture Capital und Private Equity Bereich, sogar die häufigste Kooperationsform.

In der Literatur wird Syndizierung meist aus der traditionellen Finanzperspektive oder der Ressourcenperspektive begründet. Im Rahmen der klassischen Finanzperspektive wird Syndizierung als ein Mittel zur Bildung eines gut diversifizierten Portfolios gesehen, in dem sich so das inhärente Risiko bei gegebenen Renditeparametern minimieren lässt.³ Die Ressourcenperspek-

1 Vgl. z.B. *Schefczyk*, Erfolgsstrategien deutscher Venture Capital-Gesellschaften, 2000, S. 28 ff.

2 Vgl. OECD, *Financial Market Trends*, 1996, S. 15 (37 ff.).

3 Vgl. *Manigart/Lockett/Meuleman/Wright/Landström/Bruining et al.*, *Financial Market Trends*, 2006, S. 131 (137 ff.).

tive differenziert zwischen den Phasen vor und nach der Investitionsentscheidung und sieht den Markt für Venture Capital als einen Pool von verschiedenen Ressourcen, indem sich ein VC-Geber mittels einer Syndizierung einer neuen Ressource zur Beurteilung der Qualität und zur Steigerung der Marktchancen des Investments bedienen kann.⁴ Die Chance zur Risikominimierung und zur Bereitstellung neuer Ressourcen ist jedoch auch mit Kosten verbunden. Neben dem offensichtlichen Zwang Gewinne zu teilen, sind vor allem – durch asymmetrische Informationsverteilung verursachte – *Moral Hazard* und *Adverse Selection* Probleme zu beachten.⁵

Als Erweiterung zu anderen Arbeiten auf diesem Gebiet, sollen in dieser Arbeit sequentielle Investments betrachtet werden. Im Gegensatz zu simultanen Investments⁶ ist die Erstinvestition der Syndizierungspartner dort auf verschiedene Zeitpunkte verteilt.⁷ Das Problem der *Adverse Selection* tritt hier besonders hervor. Unsicherheit über die Qualität des ersten Investors⁸ führt zu einer mittleren Bewertung einer Syndizierungsmöglichkeit und zwingt gute Investoren frühzeitig aus dem Markt für Syndizierungen auszuscheiden. Das erste Ziel dieser Arbeit ist es deshalb ein Grundmodell für die agencytheoretische Analyse sequentieller VC-Investments zu entwickeln, das dazu beiträgt nachzuweisen, dass ein Screening-Mechanismus existiert, der zwischen guten und schlechten Seed-Investoren separiert und diesen Auflösungstendenzen entgegen steht. Gleichzeitig sind die Bedingungen für die Existenz eines solchen Mechanismus herauszuarbeiten und zu diskutieren.

In einer weitergehenden Betrachtung ist dann der Effekt öffentlicher Informationen herauszustellen. Nach Abschluss einer Investition wird die Qualität des Seed-Investors zwar nicht direkt, aber indirekt über den Erfolg des Investments öffentlich bekannt. Diese Informationen können durch einen unteiligten Follow-Up-Investor⁹ genutzt werden, was gleichzeitig zu geringeren Anforderungen an den Screening-Mechanismus führt. Als zweites Ziel der

4 Vgl. Brander/Amit/Antweiler, Journal of Economics & Management Strategy, 2002, S. 422 (440 ff.).

5 Vgl. Filatotchev/Wright/Arberk, Small Business Economics, 2006, S. 337 (338 ff.).

6 Das Problem simultaner Investments beschreibt z. B. Lerner, FM: The Journal of the Financial Management Association, 1994, S. 16 (16 f.).

7 Vgl. Admati/Pfleiderer, Journal of Finance, 1994, S. 371 (373 ff.).

8 Im Folgenden auch Seed-Investor genannt.

9 Der Begriff Follow-Up-Investor bezeichnet im Folgenden die Inverstoren, die ihr Erstinvestment nach dem Seed-Investor vornehmen.

Arbeit ist deshalb ein Nachweis der Vorteilhaftigkeit der Wahl eines erfahrenen Partners zu sehen.¹⁰

Die Arbeit ist im Weiteren wie folgt strukturiert: In Abschnitt 2 wird das Theoriekonstrukt entwickelt, Parameter und Strukturen werden erklärt. Abschnitt 3 ist das zentrale Element der Arbeit. Hier wird untersucht, unter welchen Bedingungen Syndizierung auftritt, wann ein Gleichgewicht existiert und zu welchen Veränderungen die Verfügbarkeit externer Informationen führt. In diesem Abschnitt werden ebenfalls Elemente der komparativ-statischen Analyse präsentiert. In Abschnitt 4 werden die Ergebnisse zusammengefasst und es werden Implikationen für weitere Arbeiten formuliert.

2 Formierung des Modells

In dieser Arbeit wird ein theoretisches Modell für eine sequentielle Syndizierung eingeführt. Dieses Modell basiert auf drei wesentlichen Charakteristika sequentieller VC-Investments:¹¹

1. Seed-Investoren treffen Investitionsentscheidungen auf Basis einer eigenständigen Analyse der Situation, der Rahmenbedingungen und der Qualität des Startups (Deal-Selection). Nach einer positiven Investitionsentscheidung sind VC-Investoren aktiv in die Weiterentwicklung eines Startups involviert (Value-Adding).
2. Erfolg oder Misserfolg eines Investments wird durch fondsspezifische Veröffentlichungspflichten bekannt und ist somit für potenzielle Syndizierungspartner beobachtbar. Informationen über Vertragsstrukturen in Syndizierungspartnerschaften sind privat und somit nur den beteiligten Partnern bekannt.
3. Follow-Up-Investoren können im Rahmen der Deal-Selection auf die öffentliche und private Investitionshistorie eines Startups zurück greifen. Ihre Investitionsentscheidung findet auf Basis einer Qualitätsbeurteilung bereits investierter VC-Geber statt. Auch sie sind, nach Investment, aktiv in die Weiterentwicklung des Startups involviert.

Die Einbindung dieser Charakteristika in das Modell wird im Folgenden erklärt.

10 Diesen Nachweis wurde z.B. durch *Casamatta/Haritchabalet*, CEPR Discussion Paper 2003, den Fall eines simultanen Investments bereits erbracht.

11 Vgl. u. a. *Admati/Pfleiderer*, Journal of Finance, 1994, S. 371 (373 ff.).

2.1 Adverse Selection im Grundmodell einer typischen sequentiellen Syndizierung

Der grundlegende Konflikt im Rahmen einer sequentiellen VC-Syndizierung lässt sich anhand der zeitlichen Struktur eines typischen sequentiellen Investments erläutern. Wie die folgende Abbildung zeigt, werden drei Zeitpunkte unterschieden. In $t=0$ führt der Seed-Investor (VC^{SE}), auf Basis seiner Investitionsbeurteilung, eine erste Finanzierungsrunde allein durch. Bei einer positiven Syndizierungsentscheidung folgt ihm der Follow-Up-Investor (VC^{FU}) in $t=1$ nach. Jeder Investor leistet im Rahmen seines Erstinvestments einen finanziellen Beitrag, eine Nachschusspflicht besteht nicht. Der finanzielle Beitrag bemisst sich an der Bewertung des Investitionsprojektes durch VC^{FU} , dieser bietet VC^{SE} Finanzmittel gegen eine Beteiligung am Unternehmen an. Die Anteile des Seed-Investors werden verwässert. In $t=2$ wird ein gemeinsamer Exit organisiert, der Output wird realisiert und die Anteile werden verteilt.

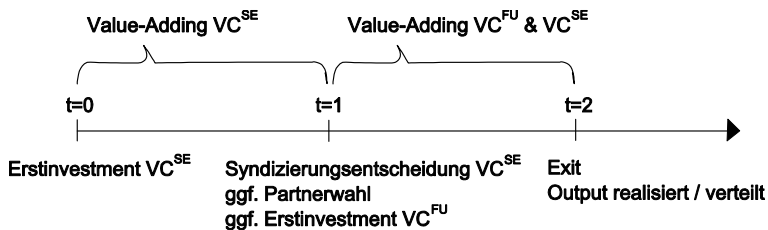


Abb. 2: zeitliche Struktur eines sequentiellen Investments

Das Problem der Adverse Selection, wie erstmals bei (Akerlof, 1970) beschrieben, tritt in diesem Szenario besonders hervor.¹² Nur der Seed-Investor wird bei seiner Investitionsentscheidung nicht durch die Syndizierungspartner beeinflusst, denn er wählt das Investitionsobjekt völlig eigenständig aus. Abhängig von seinen Fähigkeiten, die nur ihm selbst bekannt sind, ist diese Auswahl gut oder schlecht. Ebenso sind nur gute Investoren in der Lage, während der Investitionszeit zur Wertsteigerung des Investments beizutragen. Der Follow-Up-Investor kann die Qualität des Seed-Investors, und somit die Qualität der Auswahlentscheidung und Wertsteigerung, nicht direkt beobachten. Folglich bietet er dem Seed-Investor nur eine mittlere Finanzmittel-/Be-

12 Vgl. Akerlof, The Quarterly Journal of Economics, 1970, S. 488 (488 ff.).

teilungskombination an. Überdurchschnittlich gute Seed-Investoren werden ihre Anteile höher bewerten. Sie haben somit keinen weiteren Anreiz an einer Syndizierung teilzunehmen und werden aus dem Markt ausscheiden. Für unterdurchschnittliche Seed-Investoren bleibt eine Syndizierung solange attraktiv, bis der Follow-Up-Investor seine Erwartungen anpasst und sein Angebot weiter senkt.

2.1.1 *Screening-Modell*

Im Folgenden wird, in Anlehnung an (Rothschild/Stiglitz, 1976), angenommen, dass die uninformierten Investoren versuchen, die zuvor beschriebene Informationsasymmetrie abzubauen, indem sie einen Vertrag in Form einer Beteiligungs-/Investitionsrelation anbieten, der gute von schlechten Investoren separiert.¹³

2.1.2 *Struktur des Modells*

Das Modell befindet sich in einem Szenario mit mindestens zwei Investoren und einem Projekt, das zu zwei Zeitpunkten eine externe Finanzierung benötigt. In dem Investitionsprojekt gibt es einen Seed-Investor (VC^{SE}) und einen Follow-Up-Investor (VC^{FU}).

Es gibt zwei Typen risikoneutraler Seed-Investoren: H und L. Ein Typ H Investor ist ein sehr guter Investor, er zeichnet sich durch seine herausragenden Fähigkeiten in der Deal-Selection aus. Die Wahrscheinlichkeit, dass er in ein erfolgreiches Projekt investiert ist p_H . Ein Typ H Investor kann einem Startup weiterhin wertvolle Hilfestellungen bei der Weiterentwicklung des Unternehmens geben, pro Periode steigert er die Erfolgswahrscheinlichkeit eines Projektes um ϵ . Ein Typ L Investor ist hingegen ein Neuling in der Branche. Er hat kaum Erfahrungen im VC-Geschäft und kann deshalb die Erfolgswahrscheinlichkeit eines Projektes nicht steigern. Die Wahrscheinlichkeit, dass er ein erfolgreiches Projekt auswählt ist p_L . Es gilt:

$$p_H > p_L \quad (1)$$

Zur Vereinfachung des Modells gibt es nur einen Typ Follow-Up-Investor, dieser entspricht dem Typ H. Pro Periode steigert sein Engagement die Erfolgswahrscheinlichkeit eines Projektes ebenfalls um ϵ . Seine Investitionsentscheidung trifft er auf Basis seiner Erwartungen bzgl. des Projekterfolges,

13 Vgl. *Rothschild/Stiglitz*, The Quarterly Journal of Economics, 1976, S. 630 (630 ff.).

diese passt er als Outside-Investor seinen Erwartungen bzgl. der Qualität des Inside-Investors (hier des Seed-Investors) an.¹⁴

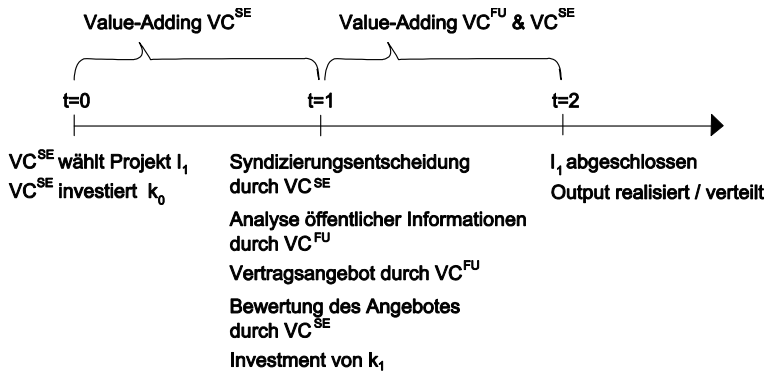


Abb. 3: zeitliche Struktur des Screening-Modells

Wie Abbildung 3 zeigt, wird das Modell analog zum Grundmodell konstruiert.

In $t=0$ wählt VC^{SE} ein Projekt aus und investiert k_0 . Nach dem Investment kann er zur Wertsteigerung des Projektes beitragen. In $t=1$ ist eine weitere Finanzierungsrunde notwendig. Es wird angenommen, dass der Seed-Investor finanziellen Beschränkungen unterliegt.¹⁵ Ein Alleininvestment ist für ihn nicht möglich, er entscheidet deshalb ausschließlich zwischen Syndizierung und Projektverkauf. Im Falle der Syndizierung bietet der Follow-Up-Investor, nach einer Analyse öffentlich verfügbarer Informationen, einen Anteil α in Gegenleistung für ein Investment von k_1 an. Diesen Screening-Vertrag gleicht VC^{SE} mit seinen Erwartungen ab.¹⁶ Bei positiver Bewertung nimmt er das Angebot an. Nach erfolgreicher Syndizierung schließen beide Investoren das Projekt I_1 in $t=2$ ab. Der Output des Projektes wird realisiert und unter den Investoren verteilt.

14 Vgl. *Admati/Pfleiderer*, Journal of Finance, 1994, S. 371 (379 f.).

15 Vgl. *Lockett/Wright*, Omega, 2001, S. 375 (383).

16 Dieses Vorgehen ist analog zu *Rothschild/Stiglitz*, The Quarterly Journal of Economics, 1976, S. 630 (630 f.).

2.1.3 Anpassung des Beliefs

Je nach Investitionshistorie und öffentlich verfügbaren Informationen über einen Seed-Investor hat ein Follow-Up-Investor verschiedene Annahmen über die Qualität des Seed-Investors. Diese Annahmen werden auch Beliefs genannt.

$$\theta_{H1} = \theta_{L1} = 0,5 = \theta_1 \quad (2)$$

Ein Follow-Up-Investor kann einen guten Seed-Investor ex ante (ohne Existenz eines Gleichgewichts) nicht von einem schlechten unterscheiden. In seinen Augen sind die Wahrscheinlichkeiten θ für das Syndizieren mit einem bestimmten Typ Investor gleich. Ein zahlenmäßiges Übergewicht einer Investorenkategorie besteht annahmegemäß nicht.

$$\theta_{H2} = \Pr(H|PE_1) = \frac{\Pr(PE_1|H)\Pr(H)}{\Pr(PE_1|H)\Pr(H) + \Pr(PE_1|L)\Pr(L)} \quad (3)$$

$$\theta_{H2} = \frac{(p_H + 2\epsilon)\theta_1}{(p_H + 2\epsilon)\theta_1 + p_L\theta_1} = \frac{p_H + 2\epsilon}{(p_H + 2\epsilon) + p_L} > 0,5 \quad (4)$$

Kann ein erfolgreiches Investment¹⁷ beobachtet werden, passt ein nicht beteiligter Follow-Up-Investor seine Erwartungen für Runde 2 über den VC^{SE} nach Bayes-Logik an (vgl. Formel 3). Der angepasste Belief ist größer als der Belief des VC^{FU} ohne diese Information. Dies gilt, da: $p_H + 2\epsilon > p_L$, mit $\epsilon \geq 0$ und $p_H > p_L$ (Formel 4).

$$\theta_{L2} = \frac{p_L\theta_1}{(p_H + 2\epsilon)\theta_1 + p_L\theta_1} = \frac{p_L}{(p_H + 2\epsilon) + p_L} < 0,5 \quad (5)$$

Gleiches gilt, wenn ein nicht erfolgreiches Investment beobachtet werden kann. Auch in diesem Fall passt der nicht beteiligte Follow-Up-Investor seine Erwartungen bzgl. der Qualität des VC^{SE} auf Basis der öffentlichen Informa-

17 Im Modell kann maximal ein externes Investment beobachtet werden. Weitere Investments steigern den Erklärwert des Modells nicht, der beobachtete Effekt würde nur verstärkt.

tionen an. Wie Formel 5 zeigt, ist der angepasste Belief hier jedoch geringer als der ursprüngliche Belief ohne externe Information.¹⁸

$$\theta_{L2} = \frac{p_L}{(p_H+2\epsilon)+p_L} = 1 - \frac{p_H+2\epsilon}{(p_H+2\epsilon)+p_L} = 1 - \theta_{H2} \quad (6)$$

Wie Formel 6 zeigt, lässt sich der Belief über einen schlechten Seed-Investor durch simple Umformung in eine Funktion, abhängig von den Erwartungen über das Auftreten eines guten Investors, überführen.

2.1.4 Allgemeine Gewinnfunktionen

In Vorbereitung auf die Gleichgewichtsanalyse ist es abschließend notwendig, die Gewinnfunktionen beider Investoren allgemein zu definieren.

$$G_H = (1 - \alpha)[(p_H + \epsilon + 2\epsilon)R] - k_0 \quad (7)$$

Ein Typ H Seed-Investor erzielt bei Syndizierung einen Gewinn gemäß Formel 7. Einer Investitionssumme von k_0 stehen Erlöse in Form von Erwartungen über die Rendite R des Investitionsobjektes gegenüber. Ein Seed-Investor erhält bei Syndizierung einen Anteil $(1-\alpha)$ am Gesamtoutput. Ein guter VC^{SE} kann einen Projekterfolg mit der Wahrscheinlichkeit p_H erwarten. Er trägt zur Wertsteigerung mit 2ϵ bei. Der VC^{FU} steigert den Wert um ein ϵ .

$$G_L = (1 - \alpha)[(p_L + \epsilon)R] - k_0 \quad (8)$$

Ein Typ L Seed-Investor erzielt bei Syndizierung einen Gewinn gemäß Formel 8. Er hat identische Investitionskosten wie Typ H, allerdings geringere Erwartungen bzgl. der Erfolgswahrscheinlichkeit seines Investitionsprojektes. Einen Beitrag zur Wertsteigerung leistet er nicht. Ein Vergleich der beiden Funktionen zeigt, dass der erwartete Gewinn von Typ H größer ist als von Typ L.¹⁹

$$G_{FU} = \alpha[(\theta_H p_H + (1 - \theta_H)p_L + \epsilon + 2\theta_H \epsilon)R] - k_1 \quad (9)$$

¹⁸ Der Beweis ist analog zu (4).

¹⁹ Dies folgt logisch aus der Annahme $p_H > p_L$.

Die Gewinnfunktion von Follow-Up-Investoren in der Syndizierung folgt der Formel 9. Einem Investment von k_1 steht ein Anteil am Gesamtoutput von α gegenüber. Abhängig von VC^{FU} 's Belief über die Qualität von VC^{SE} wird ein Projekterfolg mit p_H bzw. p_L erwartet. Der Follow-Up-Investor trägt ϵ zur Wertsteigerung des Projektes bei. Mit einer Wahrscheinlichkeit von θ_H werden weitere 2ϵ durch den VC^{SE} geleistet.

3 Gleichgewicht

Im Folgenden wird ein separierendes Gleichgewicht konstruiert. Damit ein solches Gleichgewicht existiert, sind vier Bedingungen zu erfüllen:

$$(1 - \alpha)[(p_H + 3\epsilon)R] - k_0 \geq (0,5p_H + 0,5p_L + 0,5\epsilon)R - k_0 \quad (10)$$

$$(1 - \alpha)[(p_L + \epsilon)R] - k_0 \leq (0,5p_H + 0,5p_L + 0,5\epsilon)R - k_0 \quad (11)$$

Die ersten beiden Bedingungen spiegeln die Anreizstruktur der Seed-Investoren wider. Für einen Typ H Investor (Bedingung 10) ist eine Syndizierung im Gleichgewicht vorteilhaft. Sein erwarteter Gewinn übersteigt den Erlös eines Projektverkaufs zu einem fairen Durchschnittspreis. Für einen Typ L Investor (Formel 11) ist eine Syndizierung hingegen nicht vorteilhaft, daher entscheidet er sich im Gleichgewicht für den Verkauf.

$$(1 - \alpha)[(p_H + 3\epsilon)R] - k_0 \geq (1 - \alpha)[(\theta_H p_H + (1 - \theta_H)p_L + \epsilon + 2\theta_H \epsilon)R] - k_0$$

bzw. $(p_H + 3\epsilon)R \geq (\theta_H p_H + (1 - \theta_H)p_L + \epsilon + 2\theta_H \epsilon)R \quad (12)$

Bedingung (12) zeigt, welches Vertragsangebot ein Follow-Up-Investor im Zustand mit und ohne Gleichgewicht unterbreitet. Das Angebot ist im Gleichgewicht, aufgrund der Sicherheit über die Qualität des VC^{SE} ($\theta_H = 1$), höher als im Fall ohne Separation. Das Angebot leitet sich aus der Erlösfunktion, dem linken Teil der Gewinnfunktion, des VC^{FU} ab. Diese Bedingung ist für alle θ_H erfüllt, die Differenz ist jedoch Grundlage der Betrachtung der Werthaltigkeit externer Informationen im nächsten Schritt.

$$\alpha[(p_H + 3\epsilon)R] - k_1 \geq 0 \quad (13)$$

Analog zu (Rothschild/Stiglitz, 1976) wird für den VC^{FU} Nichtnegativität unterstellt.²⁰ Kompatibel mit den Voraussetzungen aus Bedingung (12) wird die Differenz aus dem Anteil am erwarteten Output des Projektes (im Gleichgewicht) und der Investitionssumme k_1 größer gleich Null gesetzt.

3.1 Lösung ohne externe Informationen

Im Gleichgewicht sind die Bedingungen (10) – (13) gleichzeitig zu erfüllen. Beide Investoren streben Maximalgewinn an. Für den Seed-Investor ist es vorteilhaft, ein möglichst kleines α zu realisieren, wohingegen der Follow-Up-Investor auf ein möglichst großes α drängt. Die jeweilige Realisation von α hängt von der Verhandlungsstärke beider Parteien im Gleichgewicht ab. Für die folgenden Ausführungen erscheint es sinnvoll das Intervall der möglichen Realisationen zu interpretieren.

$$\alpha_{max} \leq \frac{0,5p_H - 0,5p_L + 2,5\epsilon}{p_H + 3\epsilon} \quad (14)$$

Aus Bedingung (10) folgt Gleichung (14). Diese zeigt den maximalen Anteil α , den ein Seed-Investor vom Typ H bereit ist, im Rahmen der Syndizierung, abzugeben.

$$\alpha_{min1} \geq \frac{0,5p_L - 0,5p_H + 0,5\epsilon}{p_L + \epsilon} \quad (15)$$

Unter gleichen Bedingungen folgt auch Gleichung (15). Dies ist der Mindestanteil α , der gefordert werden muss, damit ein Seed-Investor vom Typ L im Gleichgewicht nicht syndiziert. Es gilt: $\alpha_{min1} < \alpha_{max}$.

Beweis:

Um zu zeigen, dass $\alpha_{min1} < \alpha_{max}$ zutrifft, wird gezeigt, dass $\alpha_{min1} \geq \alpha_{max}$ zu einem Widerspruch führt.

$$\alpha_{min1} \geq \alpha_{max}$$

²⁰ Vgl. *Rothschild/Stiglitz*, The Quarterly Journal of Economics, 1976, S. 630 (634 f.).

$$\frac{0,5p_L - 0,5p_H + 0,5\epsilon}{p_L + \epsilon} \geq \frac{0,5p_H - 0,5p_L + 2,5\epsilon}{p_H + 3\epsilon}$$

$$0 \geq -0,5p_L^2 + 0,5\epsilon p_L + \epsilon^2 + 0,5p_H^2 + 1,5p_H\epsilon \quad \text{↯}$$

Da $p_H > p_L$ gilt, ist die rechte Seite der Gleichung größer Null. Dies führt zu einem Widerspruch, α_{max} ist somit immer größer als α_{min1} .

$$\alpha_{min_2} \geq \frac{k_1}{R} \frac{1}{0,5p_H + 0,5p_L + 2\epsilon} \geq 0 \quad (16)$$

Gleichung (16) folgt aus Bedingung (12) und (13). Diese ist der minimale Anteil α , für den der Follow-Up-Investor bereit ist einen Screening-Vertrag anzubieten. Durch einfache Umformung können folgende Aussagen getroffen werden:

$$\alpha_{min1} \leq \alpha_{min2} \text{ gilt, wenn } \frac{k_1}{R} \geq \frac{(0,5p_L - 0,5p_H + 0,5\epsilon)(0,5p_H + 0,5p_L + 2\epsilon)}{p_L + \epsilon} \quad (17)$$

$$\alpha_{min_2} \leq \alpha_{max_1} \text{ gilt, wenn } \frac{k_1}{R} \leq \frac{(0,5p_H - 0,5p_L + 2,5\epsilon)(0,5p_H + 0,5p_L + 2\epsilon)}{p_H + 3\epsilon} \quad (18)$$

Gleichung (18) ist eine notwendige Bedingung für das Gleichgewicht. Sie zeigt, dass eine Obergrenze für die Relation $\frac{k_1}{R}$ existiert. Ist k_1 im Verhältnis zu R zu groß, ist der Follow-Up-Investor nicht mehr bereit, das Risiko einer Syndizierung einzugehen. Die Nichtnegativitätsbedingung der Erwartungen wird verletzt. Gleichung (17) ist eine hinreichende Bedingung für das Gleichgewicht. Sie zeigt jedoch, dass der Screening-Vertrag, bei zu geringem k_1 , für VC^{SE} an Bedeutung verliert. Ein Typ H Seed-Investor wird sich dann stärker auf die Separation von einem TYP L Investor konzentrieren.

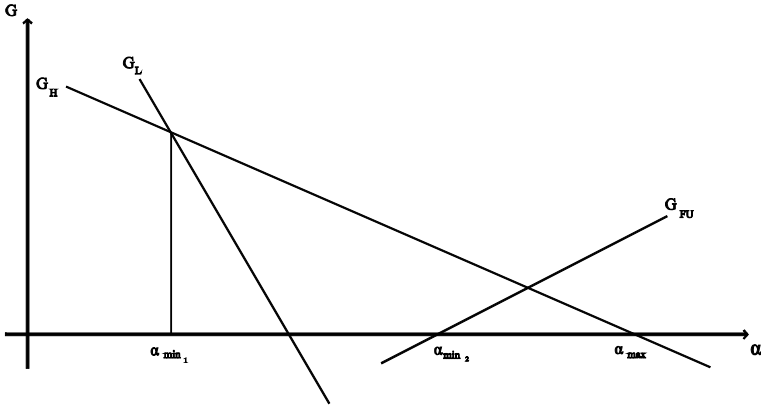


Abb. 4: Vergleich der Ausprägungen des Anteils α im Gleichgewicht

Das Ergebnis der Gleichgewichtsbetrachtung im Fall ohne externe Informationen wird in Abbildung 4 nochmals zusammengefasst. Für den Anteil α existieren zwei Minima und ein Maximum. Im Gleichgewicht wird eine Beteiligung zwischen dem größten α_{min} und α_{max} realisiert. Ein Screening Gleichgewicht existiert, wenn das größere α_{min} größer als Null ist und wenn α_{max} rechts von α_{min} liegt. Da gemäß Gleichung (12) $\alpha_{min2} > 0$ ist die erste Bedingung unproblematisch erfüllt. Bzgl. der zweiten Bedingung gilt: α_{min1} ist immer kleiner als α_{max} , wohingegen die Lage von α_{min2} von der Relation $\frac{k_1}{R}$ abhängig ist. Das Screening-Gleichgewicht ist somit unter Bedingung (18) immer existent.

3.2 Lösung mit externen Informationen

Das Modell aus Abschnitt 3.1 wird nun durch externe Informationen ergänzt. Die Resultate für α_{min1} und α_{max} bleiben von dieser Änderung unberührt. Für α_{min2} werden die Ergebnisse in Abhängigkeit des Beliefs θ_H dargestellt.

$$\alpha_{min2} \geq \frac{k_1}{R} \frac{1}{\theta_H p_H + (1 - \theta_H) p_L + \epsilon + 2\theta_H \epsilon} \geq 0 \quad (19)$$

Gleichung (19) folgt wiederum aus Bedingung (12) und (13). Durch einfache Umformung können folgende Aussagen getroffen werden:

$$\alpha_{min1} \leq \alpha_{min2}$$

gilt, wenn $\frac{k_1}{R} \geq \frac{(0,5p_L - 0,5p_H + 0,5\epsilon)(\theta_H p_H + (1 - \theta_H)p_L + \epsilon + 2\theta_H \epsilon)}{p_L + \epsilon}$ (20)

$$\alpha_{min2} \leq \alpha_{max1}$$

gilt, wenn $\frac{k_1}{R} \leq \frac{(0,5p_H - 0,5p_L + 2,5\epsilon)(\theta_H p_H + (1 - \theta_H)p_L + \epsilon + 2\theta_H \epsilon)}{p_H + 3\epsilon}$ (21)

Ist die Investitionshistorie des Seed-Investors positiv, gilt der Belief aus Gleichung (4). Der Follow-Up-Investor geht mit größerer Sicherheit, als im Fall ohne externe Informationen, von einer hohen Qualität des VC^{SE} aus. Sein Vertragsangebot baut auf der Erwartung über eine geringere Erlösdifferenz (vgl. Gleichung (12)) auf. Ist die Investitionshistorie des Seed-Investors hingegen negativ, gilt der Belief aus Gleichung (5). Eine größere Erlösdifferenz wird antizipiert. Bedingungen (20) und (21) werden in beiden Fällen analog zu Abschnitt 3.1 als hinreichende bzw. notwendige Bedingung interpretiert.

3.3 Vergleichende Statik

Um die Vorteilhaftigkeit der Verwendung externer Informationen zu prüfen, sind die im Gleichgewicht möglichen Realisationen des Anteils α für die beiden Informationstypen und den Fall ohne externe Informationen gegenüberzustellen und miteinander zu vergleichen. Da α_{max} sowie α_{min1} über alle drei Typen konstant bleibt, wird in folgender Tabelle nur α_{min2} aufgeführt und nur dessen Veränderung interpretiert.

Tab. 1: Vergleich der α_{min2} im Fall mit und ohne externe Informationen

	α_{min2} im Gleichgewicht	Vergleich
keine externen Informationen ($\theta_H = 0,5$)	$\alpha_{min2} \geq \frac{k_1}{R} \frac{1}{0,5p_H + 0,5p_L + 2\epsilon}$	mittleres α_{min2}
positive externe Informationen ($\theta_H > 0,5$)	$\alpha_{min2} \geq \frac{k_1}{R} \frac{1}{\theta_H p_H + (1-\theta_H)p_L + \epsilon + 2\theta_H \epsilon}$	kleinstes α_{min2}
negative externe Informationen ($\theta_H < 0,5$)	$\alpha_{min2} \geq \frac{k_1}{R} \frac{1}{\theta_H p_H + (1-\theta_H)p_L + \epsilon + 2\theta_H \epsilon}$	größtes α_{min2}

Der Term $\frac{k_1}{R}$ ist in allen drei Fällen konstant, der Vergleich ist demzufolge auf den Nenner der Brüche zu konzentrieren. Die Auflistung in Tabelle 1 zeigt, dass die Größe des Nenners wiederum aus der Veränderung von θ_H abgeleitet werden kann. Existieren keine externen Informationen, ist der Belief 0,5, ein mittleres α_{min2} wird realisiert. Positive externe Informationen führen zu einem Belief größer als 0,5, der Nenner des Bruches wird größer, α_{min2} sinkt. Negative externe Informationen führen zu einem Belief kleiner als 0,5, der Nenner des Bruches wird kleiner, α_{min2} steigt.

Im Fall positiver externer Informationen wird demzufolge das kleinste α_{min2} und somit das größte Intervall zwischen α_{min} und α_{max} realisiert. Die Summe der Screeningkosten ist für beide Parteien deshalb gering. Partnerschaften, in denen positive externe Informationen über den Seed-Investor existierten, werden folglich bevorzugt.

Tab. 2: notwendige Bedingungen im Fall mit und ohne externe Informationen

	notwendige Bedingung für $\frac{k_1}{R}$	Vergleich
keine externen Informationen ($\theta_H = 0,5$)	$a(0,5p_H + 0,5p_L + 2\epsilon)$	mittleres $\frac{k_1}{R}$
positive externe Informationen ($\theta_H > 0,5$)	$a(\theta_H p_H + (1 - \theta_H)p_L + \epsilon + 2\theta_H \epsilon)$	größtes $\frac{k_1}{R}$
negative externe Informationen ($\theta_H < 0,5$)	$a(\theta_H p_H + (1 - \theta_H)p_L + \epsilon + 2\theta_H \epsilon)$	kleinstes $\frac{k_1}{R}$

Für alle drei Fälle lassen sich verschiedene notwendige Bedingungen formulieren. In Tabelle 2 sind diese nochmals zusammenfassend dargestellt, konstante Terme wurden durch a bzw. b substituiert. Auch hier wird eine Abhängigkeit von θ_H festgestellt. Die Relation $\frac{k_1}{R}$ ist im Fall positiver externer Informationen am größten, im Fall negativer externer Informationen hat sie ihr Minimum erreicht.

Auch hier wird die Dominanz der Existenz positiver externer Informationen deutlich. Das Gleichgewicht existiert, im Vergleich zu den anderen beiden Fällen, auch bei geringem Unterschied zwischen k_1 und R . Durch den Follow-Up-Investor werden geringere Ansprüche an die zu erwartende Rendite gestellt.

4 Zusammenfassung und Implikationen für weitere Arbeiten

Wie in vielen Segmenten des Finanzmarktes, ist auch im Venture-Capital-Bereich Syndizierung ein häufig zu beobachtendes Phänomen. In der Praxis sind Syndikatsstrukturen jedoch nicht immer gleich. Investoren verschiedener Größen und Qualitätsstufen investieren unterschiedlichste Summen, zu gleichen oder verschiedenen Bewertungen, simultan oder sequentiell.

Die Bedeutung sequentieller Investments wird in der Literatur häufig belegt.²¹ In einer ersten Annäherung scheint dies verwunderlich, da im Rahmen sequentieller Investments *Adverse Selection* ein großes Problem darstellt. Wie im Grundmodell dargelegt, kann Unsicherheit über die Qualität des Seed-Investors zu Marktversagen führen. In Abschnitt 3 dieser Arbeit wurde jedoch gezeigt, dass ein Screening-Mechanismus existiert, der diesen Auflösungstendenzen entgegen steht. Die Bedingungen für die Existenz eines solchen Mechanismus sind klar definiert und in der Praxis oft unproblematisch erfüllt. So darf die Investitions-/Renditerelation $\frac{k_1}{R}$, die in Tabelle 2 zusammengefassten Obergrenzen nicht überschreiten. Der vom Follow-Up-Investor erbrachte Investitionsbeitrag muss in angemessener Relation zu der erwarteten Rendite stehen.

Im Rahmen der Arbeit wurden auch externe Informationen eingeführt. Follow-Up-Investoren und Käufer haben nicht nur die Möglichkeit das Verhalten der Seed-Investoren im Gleichgewicht zu antizipieren, sie können auch auf dessen Investmenthistorie zurück greifen. Dabei kann zwischen zwei möglichen Informationstypen unterschieden werden. Hat der Seed-Investor ein früheres Investment bereits erfolgreich abgeschlossen, wirkt sich das positiv auf den Belief des VC^{FU} aus. Er konstruiert einen Vertrag, der geringere Anforderungen an die Zahlungsbereitschaft (α_{min2}) des Seed-Investors stellt. Er selbst kann auch von der gestiegenen Sicherheit profitieren, seine Anforderungen an die Investitions-/Renditerelation werden gesenkt.

Generell lässt sich festhalten, dass Screening die Informationsasymmetrie zwischen den beiden Investoren auflöst. Follow-Up-Investoren sind angehalten aktiv nach externen Informationen zu suchen und diese in ihre Investitionsentscheidung mit einzubeziehen. Sind externe Informationen vorhanden, werden Investoren mit einer positiven Investitionshistorie bevorzugt. Investoren mit einer negativen Investitionshistorie werden bei Syndizierung stark bestraft. Aufbauend auf diese Erkenntnisse, bietet sich, analog zu (Tykvová, 2007), eine Erweiterung des hier entwickelten Grundmodells auf mehrere Perioden für spätere Arbeiten an.²²

21 So zeigt z. B. Lerner, FM: The Journal of the Financial Management Association, 1994, S. 16 (20), dass die Anzahl der VC-Investoren zwischen der ersten und zweiten Finanzierungsrunde um den Faktor 1,5 steigt. Von der zweiten zur dritten Runde steigt die Anzahl wiederum mit dem Faktor 1,3.

22 Vgl. Tykvová, Review of Financial Economics, 2007, S. 5 (5 ff.).

Einfach zu erkennen ist, dass ein erfolgreiches Screening in der ersten Periode zu weiteren Informationsvorteilen in einer zweiten oder dritten Periode führt. Ohne Einbeziehung von externen Informationen wird der Typ des Investors, auch im Einperiodenmodell, erkannt. Ein Seed-Investor, der im Grundmodell den separierenden Vertrag wählt, ist mit Sicherheit vom Typ H. Ein Screening ist danach nicht mehr notwendig. Follow-Up-Investoren handeln unter Sicherheit, Screeningkosten entfallen ganz. Nicht ganz so klar ist, wie sich diese Tatsache auf einen Typ L auswirkt. Unter Umständen wird für diesen ein Anreiz zur Lüge kreiert. Die Sicherheit in Periode zwei würde für ihn neue Finanzierungsmöglichkeiten eröffnen und Kosten senken. Dies könnte er wiederum antizipieren und in Periode eins einen Vertrag mit negativem Payoff akzeptieren. Zu prüfen bleibt, wie sich dies auf die Existenz eines Gleichgewichts auswirkt und welche Implikationen diese Situation für Mehrfachsyndizierungen hat.

Unter Einbeziehung externer Informationen ergibt sich ein ähnliches Bild. Ein Seed-Investor vom Typ H sieht sich bei einer negativen Investitionshistorie hohen Screeningkosten gegenüber. Diese ist er nur in Abhängigkeit zu der erwarteten Rendite bereit zu akzeptieren. In Abschnitt 3 wird gezeigt, dass er weniger oft syndiziert, als in den anderen beiden Fällen. Ein Zweiperiodenmodell könnte auch für ihn Vorteile bieten. Ähnlich wie Typ L kann er Kosteneinsparungen aus der zweiten Periode antizipieren und trotz eines negativen Payoffs bereits in Periode eins einem Syndikat beitreten. Zu prüfen bleibt, in welchen Fällen ihn diese Möglichkeit besser stellt und welche Implikationen für Mehrfachsyndizierungen unter Existenz externer Informationen abzuleiten sind.

Literatur

- Admati, Anat R.; Pfleiderer, Paul:* Robust Financial Contracting and the Role of Venture Capitalists. In: Journal of Finance, Jg. 49, H. 2, 1994, S. 371-402.
- Akerlof, George A.:* The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism. In: The Quarterly Journal of Economics, Jg. 84, H. 3, 1970, S. 488-500.

- Brander, James A.; Amit, Raphael; Antweiler, Werner:* Venture-Capital Syndication: Improved Venture Selection vs. the Value-Added Hypothesis. In: *Journal of Economics & Management Strategy*, Jg. 11, H. 3, 2002, S. 422-451.
- Casamatta, Catherine; Haritchabalet, Carole:* Learning and Syndication in Venture Capital Investments, CEPR Discussion Paper, No. 3867, 2003. "<http://ssrn.com/abstract=41340>" (15.02.2009).
- Filatotchev, Igor; Wright, Mike; Arberk, Mufit:* Venture Capitalists, Syndication and Governance in Initial Public Offerings. In: *Small Business Economics*, Jg. 26, H. 4, 2006, S. 337-350.
- Lerner, Joshua:* The Syndication of Venture Capital Investments. In: *FM: The Journal of the Financial Management Association*, Jg. 23, H. 3, 1994, S. 16-27.
- Lockett, Andy; Wright, Mike:* The syndication of venture capital investments. In: *Omega*, Jg. 29, H. 5, 2001, S. 375-390.
- Manigart, Sophie; Lockett, Andy; Meuleman, Miguel; Wright, Mike; Landström, Hans; Bruining, Hans:* Venture Capitalists' Decision to Syndicate. In: *Financial Market Trends*, Jg. 30, H. 2, 2006, S. 131-153.
- OECD:* Venture capital in OECD countries. In: *Financial Market Trends*, Jg. 63, 1996, S. 15-39.
- Rothschild, Michael; Stiglitz, Joseph E.:* Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information. In: *The Quarterly Journal of Economics*, Jg. 90, H. 4, 1976, S. 630-649.
- Schefczyk, Michael:* Erfolgsstrategien deutscher Venture Capital-Gesellschaften eine Analyse der Investitionsaktivitäten und des Beteiligungsmanagements von Venture Capital-Gesellschaften. 2. überarb. und erw. Aufl., Schäffer-Poeschel, Stuttgart, 2000.
- Tykvová, Tereza:* Who chooses whom? Syndication, skills and reputation. In: *Review of Financial Economics*, Jg. 16, H. 1, 2007, S. 5-28.

Organisation und Macht – ein handlungstheoretischer Orientierungsdiskurs einer ökonomischen Denkkategorie

1 Einführung und Problemstellung

Große Aufmerksamkeit erregen in der Öffentlichkeit regelmäßig Ereignisse der ökonomischen Handlungspraxis, die auf anschauliche Weise die kontraproduktiven Effekte von ökonomischer Macht verdeutlichen. Gerade bei gravierenden Fällen, wie bspw. Unternehmensschieflagen, schlagen die Wellen der Entrüstung besonders hoch. Das sich dann jeweils offenbarende Managementversagen deutet – in Verbund mit institutionellem Versagen – auf Probleme in der Unternehmenssteuerung, verfehlte Steuerungsprinzipien und auch auf illegitimen Machtgebrauch der Entscheidungsträger hin.¹ In jedem Fall kommen die Fragen nach der Notwendigkeit und der Grenze von Macht und – im Umkehrschluss – von ökonomischer Handlungsfreiheit und deren ungewünschter Ausnutzung zulasten anderer Akteure auf.² Aber was ist eigentlich Macht? Im Diskussionsraum stehen Erklärungsversuche dahingehend, wie vor dem Hintergrund des Zusammenspiels von Handlungsbedingungen und -folgen kollektive Handlungsbindungen zustandekommen, inwiefern Macht hierbei Einfluss hat und welche Rolle Macht ganz grundsätzlich als Steuerungs- bzw. Governanceobjekt bei der Konstitution von Ordnung spielt. Zu überlegen ist u. a., ob der üblichen negativen Konnotation von Macht – gerade im Organisationskontext gegenüber dem Management – ein konstruktiver Beitrag entgegengesetzt werden kann und, wenn überhaupt, worin er begründet liegt. Als Ziel dieser Abhandlung gilt es, sich grundsätzlich mit dem ambivalenten Konstrukt der Macht eingehender auseinanderzusetzen. Zu fragen ist, ob Macht als prinzipielles Steuerungsprinzip in ökonomischen Leistungs- und Entscheidungsprozessen eine theoretische Leerstelle in den Wirtschaftswissenschaften einnimmt und damit handlungs- und ent-

-
- 1 Angesichts von mikro- und makroökonomischen Krisensituationen von verheerendem Ausmaß werden Forderungen nach stärkerer Regulierung, Überwachung und Kontrolle und damit wiederum nach Machtausübung auf höherer Aktionsebene, wie bspw. vermittelt durch den Corporate Governance Kodex, erhoben.
 - 2 Organisationen stellen gerade pluralistische soziale Systeme dar, die von einer Vielfalt von verfolgten Interessen und damit potentiellen Konfliktherden durchsetzt sind. Vgl. *Sandner, Macht*, 1990, S. 55.

scheidungstheoretisch überhaupt hinreichend aufgegriffen wird. Antworten kann nur eine systematische handlungstheoretische Erklärung und Verankerung bieten.

2 Macht – eine ökonomische Denkkategorie?

2.1 Überlegungen zum theoretischen Status quo: prinzipielles Steuerungsprinzip in ökonomischen Leistungsprozessen oder weitgehend theoretische Leerstelle?

Trotz der immer wieder aufkommenden Thematisierung, die auf eine allgegenwärtige Relevanz für die ökonomische Handlungspraxis hinweisen kann, ist Macht, das ist vorauszuschicken, als theoretisches Konstrukt mit Sicherheit keine feste Größe im ökonomischen Theoriegebäude. Gerade weil nur eine überschaubare thematische Aufbereitung vorliegt, kann in einem ersten Zugriff von einer theorieseitigen Zurückhaltung bis hin zur bewussten Ausblendung ausgegangen werden. Als eine ökonomische Denkkategorie kann sie an sich nicht gelten, sind doch, um es deutlich zu machen, Machtphänomene bis heute weitgehend ein Desiderat ökonomischer Forschung geblieben und aus der ökonomischen Theoriebildung bisher weitgehend verdrängt.³ Ökonomische Theorien sind weitgehend machtneutral bzw. -blind konstruiert. Das dominierende ökonomische Menschenbild eines autonomen Individuums, wonach „die“ sozio-ökonomische Wirklichkeit allein auf individuelles Handeln baut, hat diese entscheidende Denkrichtung und -position befördert.⁴ Die Berechtigung der These von der Irrelevanz von Macht ist selbst weitgehend unhinterfragt geblieben, handelt es sich doch bei Macht und ökonomischer Handlungspraxis um eine unpopuläre Verhältnisbestimmung, die sehr schnell in den Bereich des Politischen abzudriften droht – einem Terrain, das disziplinspezifisch gesehen sehr deutlich ein ideologisches Tabu beschreibt.⁵ Auch die semantische Unschärfe und damit die unerwünschte

3 Vgl. *Männel*, Sprache, 2002, S. 53, 56. Diese Einschätzung gilt ganz grundsätzlich für die Wirtschaftswissenschaften. Zur Theoriediagnose bei der Teildisziplin Volkswirtschaftslehre siehe u. a. *Berger/Nutzinger*, Gesetz, 2008; *Held/Kubon-Gilke/Sturn*, Ökonomie, 2008.

4 Jenes tief verfestigte Leitbild macht es nachhaltig schwer, Macht zu integrieren, da Akteure als autonome, quasi „a-soziale“ Wesen agieren und gar nicht zur Machtausübung in der Lage seien. Vgl. *Kesting*, Diskurs, 1999; *Männel*, Sprache, 2002, S. 56. Aus dieser Sicht leiste Macht keine Erklärungskraft für die Verhaltensbindung im Zuge kollektiver Handlungsabläufe und ist nicht als prinzipielles Steuerungsprinzip anerkannt.

5 Vgl. *Ortmann*, Formen, 1995, S. 43.

Vagheit und Konfusion, die aufgrund der Vielfalt an kursierenden Begriffsverständnissen entsteht, sorgt dafür, dass Macht nicht greifbar und schwer operationalisierbar wird.⁶ Macht bildet schlechthin eine Irritation für die theoretischen Grundfesten, weil sie per se zu interdisziplinärem Arbeiten verpflichtet.⁷

2.2 Grundzüge des theoretischen Machtdiskurses: von der machtvollen Vermeidung bis zum beschränkten Zugang

Machttheoretische Ausführungen haben in der Betriebswirtschaftslehre immer ein gewisses Schattendasein geführt.⁸ Wenn man so will, wurde eine Theorieintegration – pointiert ausgedrückt – machtvoll verhindert. Dies ist insofern äußerst verwunder- und bedauerlich, als das Phänomen „Macht“ im Kontext von ökonomischem Handeln allgegenwärtig beherrschend ist, gerade wenn davon auszugehen ist, dass die Durchsetzung von Eigeninteressen der ökonomischen Akteure nicht nur konfliktfrei abläuft.⁹ Die Disziplin ist lange Zeit von der Idee der Entwicklung werturteilsfreier Aussagensysteme beherrscht worden, in denen es darum gehen sollte, sämtliche Gestaltungsfragen unter dem Aspekt vorgegebener Ziele einer rationalistischen Analyse zu unterziehen. Wesentliches Argument für die Vernachlässigung von Macht und die zurückhaltende Zuwendung in der Theorie der Betriebswirtschaftslehre ist gerade diese Rationalitätsvorstellung, wenngleich diese im Rahmen der Organisationstheorie selbst mittlerweile gründlich erschüttert worden ist.¹⁰

In den Management- bzw. Organisationswissenschaften stellen im Detailblick Organisation bzw. Management und Macht immer noch ein Verhältnis

6 Vgl. *Boudon/Bourricaud*, Stichworte, 1992, S. 302.

7 Darüber hinaus signalisiert diese Theoriediagnose zumindest, dass es sich um ein komplexes Konzept handeln muss, das nicht mit einfachen Erklärungsmustern handhabbar wird.

8 Vgl. *Sandner*, Macht, 1990, der einen relativ umfassenden Überblick über den machttheoretischen Forschungsstand in der Betriebswirtschaftslehre liefert. Siehe dazu auch *Kesting*, Diskurs, 1999, S. 167.

9 Vgl. *Wolf*, Management, 2005, S. 203.

10 Vgl. *Becker/Küpper/Ortmann*, in: Küpper/Ortmann (Hrsg.), Mikropolitik, 1992; *Ortmann*, Formen, 1995, S. 48. Wolf hält die Zurückhaltung nicht für gerechtfertigt und geht sogar davon aus, dass die in den Teilbereichen (Organisations-, Management- und Unternehmensführung) der Betriebswirtschaftslehre fallenden Entscheidungen noch viel stärker als zahlreiche der in anderen Teilbereichen angesiedelten durch Machtphänomene geprägt sind. Vgl. *Wolf*, Management, 2005, S. 203.

dar, das ungern offiziell thematisiert wird.¹¹ Im traditionellen organisations-theoretischen Verständnis wurden, das wird nachhaltig deutlich, Macht und auch Politik als unerwünschte Rand- bzw. Nebenerscheinungen aufgefasst, die außerhalb der legitimen Organisation angesiedelt werden.¹² Allgemein wird angenommen, dass mit dem Abbau formeller Strukturen und der Vergrößerung des organisationalen Freiraums Macht und politische Prozesse in der Organisation zunehmen werden und postbürokratische Organisationen darum einer immanenten „Politisierungsgefahr“ ausgesetzt sind.¹³ Dass Macht lange Zeit nicht auf der Agenda der Organisationsforschung stand, liegt vermutlich auch an dem nachhaltigen Einfluss des Aufsatzes „The power of power“¹⁴ von March, in dem er das Machtkonzept mit großer Langzeitwirkung für unfruchtbar erklärt hat.¹⁵ Vergewissert man sich der Ursprünge und der Geschichte der Management- und Organisationstheorie dürfte diese Einschätzung an sich irritieren, denn ein Rückblick zeigt, dass organisationale Prozesse stets auch machtbefahete politische Prozesse in diesem weiten Sinne sind.¹⁶

Wird Macht überhaupt aufgegriffen und in den betriebswirtschaftlichen Erklärungsrahmen eingebunden, dann typischerweise in der traditionellen Annahme, in der sich eine spezifische Akzentuierung widerspiegelt, Macht sei

11 Vgl. *Ortmann*, Formen, 1995, S. 43.

12 Vgl. *Ortmann*, Formen, 1995, S. 44; *Schütz*, Handlungssystem, 2004, S. 67. Allenfalls tauchte Macht als Außenwirkung der Organisation auf die Gesamtgesellschaft auf. Vgl. *Schütz*, Handlungssystem, 2004, S. 67.

13 Vgl. *Heckscher*, in: *Heckscher/Donnellon* (Hrsg.), *Post-Bureaucraticity*, 1994; *Bacharach/Lawler*, in: *Kramer/Neale* (Hrsg.), *Influence*, 1998; *Kühl*, *Hierarchien*, 1998, S. 83; *Baecker*, *System*, 1999; *Schütz*, *Handlungssystem*, 2004, S. 68. Gerade mit Hilfe bürokratischer Strukturen sollten Macht und politische Prozesse eingedämmt und in den Dienst der formellen Organisation gestellt werden. „The art of ‚leadership‘ in a bureaucracy is largely a matter of understanding these subterranean processes -, how things really work around here‘ - and turn them toward support of collective goals.“ *Heckscher*, in: *Heckscher/Donnellon* (Hrsg.), *Post-Bureaucraticity*, 1994, S. 22. Siehe dazu auch *Schütz*, *Handlungssystem*, 2004, S. 67 f.

14 Siehe dazu *March*, in: *Easton* (Hrsg.), *Varieties*, 1966.

15 Vgl. *Ortmann*, *Als Ob*, 2004, S. 121. *March*s Urteil lautet folgendermaßen: „Wenn ich die jüngsten Forschungen richtig interpretiere, ist die Kategorie von sozialen Entscheidungssituationen, in denen Macht ein signifikant brauchbares Konstrukt ist, wesentlich kleiner als ich zu Beginn glaubte. Folglich denke ich, daß die Behauptung ziemlich irreführend ist, daß von dem Augenblick an, in dem die Entscheidungsfindung als einer der Brennpunkte empirischer Forschungen in den Sozialwissenschaften anerkannt ist, offenkundig die Notwendigkeit besteht, die operationale Bedeutung und die theoretischen Dimensionen des Einflusses zu ergründen.“ *March*, *Entscheidung und Organisation*, 1990, S. 165.

16 Vgl. *Ortmann*, *Formen*, 1995, S. 43.

primär mit der Begrenzung der Handlungsfreiheit bzw. der Beschränkung des Freiraums anderer Akteure verknüpft, sei es durch Zwang, der wirksam von entsprechenden (ontischen, als vorgegeben gedachten) (Regel-)Strukturen ausgeübt wird (strukturelle Macht) oder durch die Aktivitäten einzelner, machtvoller Individuen (interaktionelle Macht).¹⁷ Aufgrund der Beschränkung des Freiraums anderer Akteure fungiert in dieser Auffassung Macht immer als eine „Macht über“ andere. Macht wird zu etwas, das dem sozialen bzw. ökonomischen Handeln äußerlich sei, aber auf das beim Handeln zurückgegriffen werden könne. Hierbei stützt man sich – auch geprägt von der Idee einer objektiv zugänglichen ökonomischen Wirklichkeit – nach diesem konventionellen Muster sehr deutlich auf ein entitatives Verständnis von Strukturen und handelnden Individuen.¹⁸

2.3 Resümee mit sich aufzeigenden Theorieperspektiven

Eine deutlich ausgeprägte betriebswirtschaftliche Theorie der Macht liegt in summa nicht vor bzw. hat sich nicht entwickelt, zumal die wenigen erkennbaren Ansätze mit beträchtlichen theoretischen, methodischen und methodologischen Problemen behaftet sind. Meist liegt der Fokus auf der Auseinandersetzung mit spezifischen Problembereichen, denen Machtbezüge zuerkannt werden, so die Einordnung von Sandner.¹⁹ Einer der Ausschnitte der Machtzusammenhänge, der einen vorrangigen Schwerpunkt und Nachweis für die Akzentuierung bildet, wird unter dem Schlagwort „Mikropolitik“ thematisiert. Macht wird relativ einseitig als bewusst wählbares Instrument der bereichsspezifischen Manipulation, der Eigeninteressenverfolgung und des Beherrschungswillens verstanden. Daher wird den Barrieren bzw. Widerständen organisatorischen Handelns – als Reflex von bestehenden Machtstrukturen – nachgegangen, die vornehmlich auf die destruktive Wirkung von Macht zurückgeführt werden.²⁰ Betriebswirtschaftliche Ansätze bieten im Erklärungs- und Begründungsgerüst als offene Flanke keine Aufklärung

17 Während der strukturelle Machtbegriff im Sinne von Politik als unternehmerische Aufgabe auf Herrschaft rekurriert, wird hingegen der interaktionelle Machtbegriff bzw. eine Macht(ausübung) i. e. S. tangiert, wenn die persönliche Interessenverfolgung im Vordergrund steht.

18 Vgl. *Schütz*, Handlungssystem, 2004, S. 77.

19 Vgl. *Sandner*, Macht, 1990, S. 47, 54.

20 Vgl. *Schanz*, Organisationsgestaltung, 1994, S. 31-35; *Schütz* Handlungssystem, 2004, S. 72. Das Konzept Mikropolitik neigt zum Handlungsvoluntarismus, vgl. insbesondere *Bosetzky*, ZfO 1977, S. 121.

darüber, worin denklologisch Macht besteht, wie sie entsteht und sich entwickelt. Vor allem die dort zumeist angewandte ressourcen- oder dependenzorientierten Erklärungswege für Macht haben ein apriorisches Kausalmodell, d. h. das Vorhandensein von Machtquellen oder Abhängigkeiten wird mit Machtausübung selbst gleichgesetzt.²¹ Die Rekursivität zwischen Struktur und Akteur fehlt dabei, da es an einer handlungstheoretischen Begründung und Erklärung mangelt.

Im Zuge einer langsam eintretenden Relevanzerkennung wurde mittlerweile die Einsicht gewonnen, man müsse wohl doch „die Machtstruktur der Organisationen als den letztlich entscheidenden Bestimmungsfaktor der Organisationsstruktur ansehen.“²² Dennoch liegen in der Folge, von wenigen Ausnahmen abgesehen, kaum betriebswirtschaftlich orientierte Untersuchungen zur Vorstellung der Organisation als „negotiated order“ vor, d. h. zur Vorstellung, dass die interne Ordnung der Organisation von den Organisationsmitgliedern machtvoll ausgehandelt werde.²³ Nicht in den Blick geraten sind Überlegungen, wie über kommunikative Akte organisatorische Handlungen beeinflussbar sind und das „Organisieren“ per se Kommunizieren bedeutet.²⁴ Insbesondere wird nicht deutlich genug darauf eingegangen, dass Sprache als Kommunikationsinstrument zur wechselseitigen Verhaltensbeeinflussung und damit zur Aktivierung und zum Einsatz von Macht genutzt wird.²⁵

21 Vgl. *Kesting*, Diskurs, 1999, S. 44; *Schreyögg*, in: *Ortmann/Sydow/Türk* (Hrsg.), *Theorien der Organisation*, 2000, S. 481.

22 *Kieser/Kubicek*, *Organisation*, 1983, S. 386; Hervorh. im Orig. Siehe dazu auch *Ortmann*, *Formen*, 1995, S. 45.

23 Vgl. *Sandner*, *Macht*, 1990, S. 65. Sandner fasst sein Verhandlungsmodell der Macht als Pioniertat im Rahmen der Betriebswirtschaftslehre. Zu anderen Ansätzen zu einer mehr relationalen Verhandlungstheorie von Macht siehe bspw. *Gergen*, in: *Hosking/Dachler/Gergen* (Hrsg.), *Management*, 1995; aber auch *Crozier/Friedberg*, *Macht und Organisation*, 1993; *Sandner/Mayer*, in: *Schreyögg* (Hrsg.), *Dramaturgie*, 1994, S. 202, und die dort angegebene Literatur.

24 Vgl. *Kieser*, *Industrielle Beziehungen* 1998, S. 45 (46f.); *Luhmann*, *Entscheidung*, 2000, S. 59.

25 Eine Folge der Einsicht einer Nicht-Neutralität von Sprache als gegenseitiges Beeinflussungsmedium ist, dass es zu den grundlegenden Funktionsbedingungen von Sprache gehört, dass Sprachhandeln Machtausübung versucht. Vgl. *Männel*, *Sprache*, 2002, S. 55.

3 Grundlegung eines Theoriekonzepts zur Begründung und Erklärung von Macht

3.1 Konzeptionelle Anforderungen an eine Theorie der Macht

Als Quintessenz der bisherigen Erörterungen ist sicherlich von der Annahme auszugehen, dass ökonomische Prozesse nicht machtfrei sind und daher per se nicht ohne Machtbezug theoretisch beobachtet werden sollten. Eine alleinige Beschäftigung mit der „dunklen Seite der Macht“ ist nicht hilfreich.²⁶ Der Mächtige sorgt in der Regel für die Bestimmung und Festlegung der Handlungsziele und legt mit seiner (Eigen-)Machtposition bewusst die Richtung im Ereignisstrom fest. Macht impliziert jedoch nicht automatisch Konflikt, sondern ja oft genug die Beförderung von kollektivem Handeln. Vielmehr geht es unter diesem Aspekt um einen bewertungsneutralen Ansatz, so dass die konstruktive wie auch destruktive Wirkungsweise von Macht verständlich werden kann.²⁷ Um Macht nicht zu marginalisieren, ist eine systematische erkenntnis- und handlungstheoretische Begründung und Erklärung und theoretische Verortung in Grundzügen zu entwickeln, damit ein angemessenes Verständnis von der Entstehung und Stabilisierung von Macht erarbeitet werden kann.²⁸ Zudem ist grundsätzlich der Einsicht Rechnung zu tragen, dass einerseits Macht als Aspekt von Handeln adäquat nur unter Rückgriff auf ein Strukturkonzept verständlich wird und andererseits Machtstrukturen nur unter Bezug auf einen Handlungsbegriff erklärbar werden. Daher ist eine konzeptionelle Verbindung von Struktur- und Handlungselementen auf der Basis von Rekursivität zu schaffen.²⁹

26 Vgl. *Bies/Tripp*, in: Kramer/Neale (Hrsg.), *Power*, 1998.

27 Sandner bspw. unterscheidet nicht zwischen konfligierender und konsensueller Macht im Sinne von *Lukes*, *Power*, 1974, S. 134.

28 Vgl. *Schütz*, *Handlungssystem*, 2004, S. 80.

29 Vgl. *Ortmann*, *Formen*, 1995, S. 49.

3.2 Grundzüge einer non-dualistischen Erkenntnis- und Handlungstheorie: systematisches Zusammenspiel von Handlungsbedingungen und -folgen bei der Konstitution zukünftiger Wirklichkeit

Hat Macht etwas mit (Selbst- und Fremd-)Bestimmungsfähigkeit des Verlaufs der Welt zu tun? „To define the world [...] is to exercise power.“³⁰, so ist jedenfalls die erklärte Annahme von Burr. Wenn Macht, wie behauptet, so etwas wie den Motor darstellen soll, der den sozialen Konstruktionsprozess der organisationalen Wirklichkeit antreibt und konstituierend für die Entstehung von Ordnung ist, dann muss es sich um eine wesentliche Erklärungskomponente handeln, die über die genaue Handlungsevolutorik Aufschluss gibt. Macht wird, das lässt die Vermutung zu, wohl damit auch zum Thema einer Erklärung, wie Organisation zustande kommt.³¹ Wird Macht allerdings als eine „Definitionsleistung“ aufgefasst, die soziale Wirklichkeit durch einen definitiven Akt schafft, dann ist zumindest in Bezug auf Wirklichkeit Vorsicht walten zu lassen. Schon allein um epistemologischen Problemen zu entgehen, muss mit Bedacht vorgegangen werden.³² Dies führt zur Frage nach Wirklichkeit und bewusst nicht nach „der“ Wirklichkeit oder Realität im Verständnis einer metaphysischen, vorgegebenen „Welt an sich“ zurück.³³ Hier wird der non-dualistischen Perspektive gefolgt, und zwar mit der relativ neutralen Basisfestlegung, dass als Mindestepistemologie davon auszugehen ist, dass Operationen geschehen.³⁴ Dichotome Bestimmungen als Ur-Unterscheidungen, wie u. a. zwischen Erkenntnissubjekt und -objekt, werden somit abgelöst, um Verjenseitigungen des Denkens zu vermeiden. Diese Theoriesetzung hat zur Folge, dass Wirklichkeit den (akteursspezifischen) Stand der Operationen bildet, von dem ausgehend zukünftige Operati-

30 Burr, Constructionism, 1995, S. 64.

31 Vgl. Ortman, Formen, 1995, S. 42 f.

32 Gioia/Chittipeddi machen bspw. Macht als soziale Fähigkeit für das „sensegiving“ im Prozess der organisationalen Konstitution von zukünftiger Wirklichkeit verantwortlich. Vgl. Gioia/Chittipeddi, Sensemaking, 1991.

33 Vgl. Vollmar, Vertrauen, 2007, S. 157 ff. „Order-on-order“ vollziehen sich die (Wirklichkeits-) Operationen von gegenwärtiger Wirklichkeit zu zukünftiger Wirklichkeit. Der modus operandi ist geprägt durch die Vertrauensgenese, mit der die Verhaltensbindung an die Bewältigung der multiplen Kontingenz einer unsicheren Zukunft gelingen muss. Die gelingende Kontingenzbearbeitung setzt die Fähigkeit voraus, wirkungsvoll und d. h. konsequenzenreich zu agieren.

34 Vgl. Mitterer, Philosophie, 2000; Mitterer, Beliebigkeit, 2001; Weber, Non-Dualismus, 2005. Der epistemische Prozess ergibt sich prozessual aus den Phasen der Setzung, Umsetzung und Fort- bzw. Neusetzung. Vgl. Vollmar, Vertrauen, 2007, S. 161 f.

onen angestrengt werden, aus denen sich wiederum rekursiv mit der bisherigen Operationsbasis die zukünftige Wirklichkeit entwickelt.

Wird auf Handeln als Typus von Operation abgestellt, erklärt sich die Zeitdimension jeder Handlung demzufolge aus dem Tatbestand, dass heutige Handlungen die künftigen eigenen Handlungsbedingungen prägen. Der einzelne Akteur kann seine eigenen künftigen Handlungsbedingungen gestalten. Er schafft durch sein Handeln operative Bedingungen, denen sein künftiges Handeln unterliegt und auf die er rekurriert.³⁵ Die zu treffenden, zugrundeliegenden Entscheidungen orientieren sich in der Regel an bestimmten Zielsetzungen und das sind meist spezifische Handlungsergebnisse bzw. -folgen, die erreicht werden sollen. Das Handeln kann prinzipiell nicht-intendierte und intendierte Folgen zeitigen. Wesentlich dabei ist, dass die Konsequenzen heutiger Handlungen immer auch weiter reichen, indem sie unweigerlich auch künftige Handlungsbedingungen bestimmen, denen das zukünftige Handeln unterliegt. Die erreichten Handlungsergebnisse bilden mit den vorherigen Erfahrungen jeweils die aktuellen Handlungsbedingungen, von denen ausgehend neue Handlungsentwürfe erfolgen und in Umsetzung gehen.³⁶

3.3 Zur Verankerung von Macht: ein Bestimmungskonzept mit handlungstheoretischer Konsequenz

Konstitutiv für den Handlungsprozess ist nun Folgendes: Der einzelne Akteur muss in der Lage dazu sein, operative Fiktionen zu entwickeln und so umzusetzen, dass die erwartungskompatiblen Fakten entstehen. Dazu ist es notwendig, die durch die Offenheit der Zukunft sich zwangsläufig ergebenden Handlungsspielräume frei zu nutzen. Der Handelnde agiert stets mit einer „nicht wegbedingbaren relativen Autonomie“³⁷ bzw. verfügt über (Entscheidungs- und Handlungs-)Spielraum.³⁸ Die Verfügbarkeit von Setzungs-, Umsetzungs- und Neu- bzw. Fortsetzungsfähigkeiten – also einem je nach Hand-

35 Handlungsbedingungen sind all das, was dem Handelnden zum Zeitpunkt der Handlung als operative Basis erscheint, die sich jedoch im Zeitablauf verändern kann und wird. Vgl. *Hesse*, in: Witt (Hrsg.), *Evolutorische Ökonomik*, 1990, S. 59 f.; *Koch*, *Wirtschaftspolitik*, 1996, S. 30 ff.

36 Jede Handlung kann, wenn man so will, in gewisser Weise qua Konstitutionierung künftiger Handlungsbedingungen auch als eine Investition in die Zukunft interpretiert werden. Entscheidungen sind folglich nicht nur im Hinblick auf ihre unmittelbaren Wirkungen zu treffen. Vgl. *Suchanek/Waldkirch*, *Verträge*, 2000, S. 13.

37 *Schütz*, *Handlungssystem*, 2004, S. 77, Hervorh. i. O.

38 Vgl. *Schütz*, *Handlungssystem*, 2004, S. 77.

lungsphase anzusetzenden folgenreichen Vermögen – bei der Bewältigung multipler Kontingenz muss bestehen, damit die Konstitution zukünftiger Wirklichkeit gelingt.³⁹ Verfügt der Akteur über die Fähigkeit und Möglichkeit, die Offenheit der Zukunft und damit der Ausnutzung der Handlungsfreiheit wunschgemäß zu bewältigen und die entsprechenden Handlungsfolgen entstehen zu lassen, dann ist er 'Herr der operativen Lage und des operativen Verlaufes' und somit handlungsmächtig. Er macht (sich und evtl. anderen) Vorgaben und kann dem operativen Pendel den Schwung und die Richtung geben. In dieser Fähigkeit, zu steuern bzw. den operativen Prozess und die Prozessresultate seiner Bestimmung zuzuführen und damit operative Fiktion zu Fakten werden zu lassen, wird Macht systematisch verortet.⁴⁰ Danach impliziert in diesem Begründungs- und Erklärungsrahmen Macht die „Fähigkeit, Konsequenzen hervorzubringen“⁴¹, d. h. zur operativen Steuerung – wie weit sie auch reichen mag.⁴² Im Rückschluss ist Macht als „die“ Handlungsermöglichungskompetenz nicht eine Macht über irgendwen oder irgendetwas. Vielmehr handelt es sich um eine „Macht zu“, die etwas geschehen oder nicht geschehen machen bzw. lassen kann.⁴³

Daraus folgt die grundlegende Einsicht bzw. Erkenntnis, dass Macht bzw. Machtausübung primär nicht eine spezifische Form von Handeln darstellen

39 Wenn man so will, muss der einzelne Akteur in allen Phasen der „Handlung in der Zeit“ fähig bzw. in der Lage sein, vom bisherigen Stand der Operationen ausgehend den Gang der Operationen in seinem Verlauf und/oder Ergebnis zu bestimmen, ansonsten büßt er seine Handlungsautonomie ein.

40 Diese kann sich individuell unterscheiden je nach Lebenslage und -situation. Die Potentialität der Steuerung bzw. Einwirkung schwingt mit. Wer mächtig ist, hat Möglichkeit zur Einflussausübung. Hinter Macht steht somit das Potential zur Bestimmung, das die Ausübung von Einfluss bzw. die Steuerungsoption ermöglicht. Vgl. *Collins/Raven*, in: Lindzey/Aronson (Hrsg.), *Social Psychology*, 1969. Kenntnisleitend ist u. a., dass Macht nicht, wie vielleicht zu vermuten ist, von „machen“, sondern von „vermögen“ abstammt (Vgl. *Neuberger*, in: Kieser/Reber/Wunderer (Hrsg.), *Führung*, 1995). In der Tat kommt Macht etymologisch gesehen vom Althochdeutschen „mugan“ und dieses geht auf die indogermanische Wurzel „magh“ zurück, was soviel wie „Können“ oder „Vermögen“ bedeutet. Vgl. *Becker*, *Industrielle Organisation* 1984, S. 233. Macht ist somit mit dem Ermöglichen von etwas verbunden, impliziert also die Möglichkeit oder Potenz, das Können, etwas in Bewegung zu setzen. Vgl. *Wolf*, *Management*, 2005, S. 205.

41 *Schütz*, *Handlungssystem*, 2004, S. 75, Hervorh. i. O.

42 Vgl. *Schütz*, *Handlungssystem*, 2004, S. 78.

43 Dies korrespondiert mit neueren Entwicklungen in der Machttheorie, so *Schütz*, *Handlungssystem*, 2004, S. 75, die sich viel versprechend auf die konzeptionellen Vorstellungen von Lukes und Foucault beziehen. Vgl. *Lukes*, *Radical View*, 1974; *Foucault*, *Mikrophysik*, 1976; *Foucault*, *Dispositive*, 1978.

kann, sondern ein konstitutiver Bestandteil von Handeln ist.⁴⁴ Mit der Erklärungsformel, im Wirklichkeitsprozess potentiell Konsequenzen hervorzu- bringen im Sinne einer 'licence to operate with consequences', ist bewusst ein allgemeiner und unbestimmter verlaufs- und ergebnisneutraler Ansatz entwickelt, so dass darunter alles fällt, was als Ergebnis jeder Handlung bzw. Handlungsfolge, wie bspw. im Rahmen einer sozialen Beziehung, vorstellbar ist.⁴⁵ Sowohl Innovation bzw. Transformation als auch Routine bzw. Kontinuität sind „machtvoll“ zu erklären. Macht stellt keine exogene oder vorgegebene Größe oder (Handlungs-)Ressource dar, sondern ist integraler Bestandteil und Aspekt der Konstitution von zukünftiger Wirklichkeit. In jedem Handeln ist der Machtmechanismus eingelagert und durchläuft aufgrund der Funktion der (Selbst- bzw. Fremd-)Bestimmung alle Handlungsphasen. Macht steckt durchweg in der Rekursivität des Operierens.

3.4 Macht als Grundkonstituens organisatorischen Handelns

Mit Blick auf die Erläuterung von Macht als Grundkonstituens organisatorischen Handelns darf nicht vernachlässigt werden, dass jeder ökonomische Akteur zwar kognitiv autonom, aber auf soziale Ko-Orientierung angewiesen ist.⁴⁶ Neben der Inhalts- bzw. Sachdimension und Zeitdimension der Operation „Handlung“ ist die Sozialdimension aufzugreifen, die auf die generelle Eingebundenheit eines jeden Akteurs in gesellschaftliche Handlungsbereiche abstellt, so dass er in ein soziales Interdependenzgeflecht eingebunden ist. Vor allem verdeutlichen diese Handlungsbezüge, dass schon aus Eigeninteresse die Interessen anderer Akteure zur Kenntnis zu nehmen sind, weil sie wesentlich die eigenen Handlungsmöglichkeiten und das eigene Wohlergehen in der Zukunft mitbestimmen.⁴⁷ Insbesondere bei sozialen Handlungsverläufen besteht strategische Interdependenz, die impliziert, dass kein einzelner Akteur vollständige Kontrolle hinsichtlich der Realisierung eines von ihm gewünschten sozialen Ergebnisses und jede individuelle Handlung Nebeneffekte für eigene und fremde Handlungen hat. Genau diese freie, nicht determinierbare Möglichkeit der Gestaltung künftiger Handlungsbedingungen eröffnet die Steuerungsoption jedes Beteiligten, weil er sich in den Hand-

44 Vgl. *Ortmann*, Formen, 1995, S. 50.

45 Vgl. *Schütz*, Handlungssystem, 2004, S. 75, Fn. 78. Zu unterschiedlichen sozialen Beziehungsarten siehe *Vollmar*, Vertrauen, 2007, S. 418 ff.

46 Vgl. *Vollmar*, Vertrauen, 2007, S. 269 ff.

47 Vgl. zur Vernetzung des Handelns *Koch*, Wirtschaftspolitik, 1996, S. 33 f.

lungsverlauf performativ frei einbringt und in ihn mit seinem Leistungsbeitrag eingebunden ist. Macht ist hier im obigen Sinne verankert. Denn jeder Akteur verfügt über diskretionäre Handlungsspielräume und damit potentielle Kontrolle, mit denen er das Ergebnis anderer Akteure bzw. den kollektiven Handlungsprozess beeinträchtigt. Er übt also im Rahmen seiner Möglichkeiten, der performativen Autonomie, Macht aus, weil von ihm die rollengerechte Fähigkeit, Konsequenzen zu erzielen, erwartet wird.⁴⁸

Dieser Zusammenhang gilt grundsätzlich in sozialen Handlungsbereichen und damit zwangsläufig auch für die organisationale Handlungspraxis. Organisationen als soziale operative Systeme sind auf ihre permanente Neukonstitution im Handeln angewiesen. Sie reproduzieren sich durch das Handeln hindurch und damit auch durch die rekursive Bezugnahme der Unternehmensmitglieder auf die Machtstrukturen im Sinne von normativer und kognitiver Ordnung bzw. Regeln als Vorstrukturierung des Handelns, auf die sich der aktive Einsatz von Machtressourcen in der kulturellen Handlungspraxis bezieht.⁴⁹ In dieser prozessualen Perspektive vereinen sich struktur- und handlungsorientierte Aspekte von Macht in einem rekursiven Prozess. Macht basiert keinesfalls nur auf der Kontrolle von aktivierbaren Ressourcen – autoritative und alloкатive –, sondern drückt sich ebenso in kognitiven und normativen Ordnungen aus, vor deren Hintergrund der Handlungsablauf bestimmt wird.⁵⁰

48 Vgl. *Mintzberg*, Power, 1983, S. 4, *Ortmann*, Formen, 1995, S. 46, 50. Die Fähigkeit, auch anders als erwartet handeln zu können, also zur Handlungsfreiheit, wird von Giddens als Macht im Sinne einer „transformative capacity“ definiert. Vgl. *Giddens*, Central Problems, 1979, S. 88.

49 Vgl. *Sandner/Meyer*, in: Schreyögg (Hrsg.), Dramaturgie, 1994, S. 204, und die dort angegebene Literatur. Organisationsstrukturen konstituieren sich durch Kommunikation, also Ko-Orientierung mit Konsequenzen, und konkretem Erfüllungshandeln. Folglich werden mit ihnen der machtfördernde und -fördernde Handlungsspielraum und dessen (Aus-)Nutzung geregelt. Sie werden ständig durch Kommunikation intersubjektiv interpretiert, auch neu interpretiert, und damit stabilisiert bzw. verändert. Organisationsstrukturen sind als nicht technisch, sondern ohne objektive Charakteristik als sozial konstruiert aufzufassen. Vgl. *Kieser*, Industrielle Beziehungen 1998, S. 45 (52). In dem Verständnis lässt sich auch Mikropolitik anders konnotieren: „Mikropolitik – das meint gerade nicht, daß sich die Perspektive auf einen innerorganisationalen Kleinkrieg von Macchiavellisten à la Bosetzky richtet, sondern daß es um eine mikroskopische Analyse der wechselseitigen Konstitutionen von organisationalem Handeln und (Organisations-)Strukturen geht. Macht wird hier zum Thema der Analyse der Erklärung, wie Organisation zustande kommt.“ *Ortmann*, Formen, 1995, S. 48.

50 Ortmann verweist auf Parallelen bei Giddens, bei dem die Dualität von Struktur u. a. bedeutet, dass sich die Handelnden in ihrem Handeln auf Struktur beziehen, also auf eine kognitive und normative Ordnung sowie auf ein Muster von Ressourcenverteilung. Vgl. *Ortmann*, Formen, 1995, S. 56. Die organisationalen Machtbedingungen wirken einfach auf das orga-

In dem für Organisation typischen Spannungsfeld von Arbeitsteilung und wechselseitiger Koordination entstehen Handlungsspielräume mit Freiheitsgraden, deren Ausgestaltung, Nutzung bzw. Ausnutzen kaum kontrolliert werden können, gerade weil sich die Betroffenen in den immanent entstehenden Ungewissheitszonen der (Fremd-)Beherrschung von Handlungsverlauf und -folgen aussetzen müssen.⁵¹ Jeder erbringt seinen Beitrag zum kollektiven Handlungsergebnis und erhält durch die Aufgabenübertragung zwangsläufig Steuerungsmöglichkeiten, die er autonom performativ nutzen kann. Das wird einfach darin deutlich, dass die Unternehmensmitglieder den Leistungserstellungsprozess gewährleisten und über das organisatorische Wohlergehen und den organisatorischen Wohlverlauf mitentscheiden.⁵² Machtrelationen bestehen bzw. sind aktiv, weil allgegenwärtig Akteure, die an kollektiven Handlungen beteiligt sind, „gerade insofern sie freie Akteure sind, gar nicht anders können als bei der Lösung von Sachproblemen Macht zur Geltung zu bringen“⁵³, denn nur so treten die organisatorisch erwünschten Folgen ein – unter der Bedingung, dass Macht funktional genutzt wird. Dies unterstreicht die ermöglichende Wirkung von Macht für den Erhalt und die Fortentwicklung von Ordnung bzw. Organisation. Besonders wichtig ist es somit, Machthandlungen von allen Beteiligten zu parallelisieren bzw. kompatibel zu halten. Die Ausübung von Macht kann daher a priori keine Beschränkung der Handlungsfähigkeit bzw. Handlungsmächtigkeit anderer Akteure vorsehen, ist sie doch gerade auf die Handlungsfähigkeit der anderen angewiesen, um

nisationale Machtbeziehungsgeflecht „in Aktion“ zurück, das wiederum den zukünftigen operativen Machtstatus der Unternehmensmitglieder mitbestimmt.

- 51 Vgl. *Schanz*, Organisationsgestaltung, 1994, S. 11 f. Im organisatorischen Bezug setzt Arbeitsteilung spezifische Investitionen voraus und impliziert wechselseitige Abhängigkeiten. Infolgedessen ist sie, wie andere Formen der Zusammenarbeit zum gegenseitigen Vorteil stets ausbeutungsgefährdet. Vgl. *Crozier/Friedberg*, Macht und Organisation, 1993; *Suchanek/Waldkirch*, Verträge, 2000, S. 5. Die prozessuale Lenkungshoheit und der Beitrag zum kollektiven Handlungsergebnis derjenigen, die konsequenzenreich handeln sollen, sind nicht ausgemacht, weil es nicht zu steuernde Handlungsspielräume gibt. Hierin zeigt sich u. a. der Unterschied zwischen formalen Vorgaben und tatsächlich wirksam werdenden stark informal geprägten Aktivitäten.
- 52 Vgl. *Ortmann*, Formen, 1995, S. 54. Koordiniertes Handeln in Unternehmen beruht ja wohlbedacht auf Leistungszusagen der Akteure, die in kommunikativ gestützten Verhandlungsprozessen vereinbart werden, aber permanent auch faktisch unter Beweis gestellt werden müssen. Vgl. *Sandner/Meyer*, in: Schreyögg (Hrsg.), Dramaturgie, 1994, S. 199. Organisationen gelten nicht umsonst als „ongoing systems of negotiation.“ *Maines*, ARS 1977, S. 235 (253).
- 53 Vgl. *Ortmann*, Formen, 1995, S. 46.

die gewünschten Konsequenzen kollektiv hervorbringen zu können.⁵⁴ Die Ergebnisse in jeder Phase sind rückgebunden an die kognitiven und normativen Ordnungsvorstellungen, die durch den Rekurs reproduziert werden. Erst nach dem Aktivwerden kann darüber befunden werden, ob der geforderte Machteinsatz funktionaler oder dysfunktionaler Natur war, weil das Ausmaß und die Qualität der Steuerung zwar restringierbar, aber nicht determinierbar sind. Die organisationalen Handlungsabläufe brauchen Bestimmtheit hinsichtlich der Inhalte der Handlungsausrichtung, der Art und Weise der Umsetzung und den Zielsetzungen als erwünschte Handlungsfolgen. Insofern ist mit ihr die Anleitung zum Handeln im vorgedachten erwünschten Handlungsrahmen verbunden. Macht muss allerdings nicht automatisch und permanent zum Steuerungsobjekt werden. Sie ist nicht von vornherein regelbedürftig und steht nicht unter dem Verdacht der Kontraproduktivität, sofern die Machteinsätze der Beteiligten in den einzelnen Handlungsphasen im Einklang mit dem selbstauferlegten Zielsystem stehen.⁵⁵

Bei Weber heißt es denkstilprägend für viele Autoren, die Macht theoretisch aufgreifen: „*Macht* bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht.“⁵⁶ Ortmann macht darauf aufmerksam, dass das „auch“ in der Formulierung bedeuten kann, sich nicht immer gegen Widerstreben anderer durchzusetzen, so dass Macht durchaus mit Konsens einhergehen kann.⁵⁷ Dennoch bildet bemerkenswerterweise damit der Regelfall die Ausnahme. Aus der hier entwickelten Perspektive steht die denk- und handlungslogisch begründete konstruktive, also ermöglichende Wirkung von Macht im Vordergrund. Macht sorgt für Fokussierung und gibt dem Handeln

54 Vgl. *Schütz*, Handlungssystem, 2004, S. 80. Auf diese Weise wird klar, dass es nicht darum gehen kann, dass interrelative Machtpositionen zwischen den Eingebundenen bestehen, sondern wie und in welchem Ausmaß und mit welchen Handlungskonsequenzen gehandelt und die Handlungsoptionalität genutzt wird. Die Abstraktheit von „Macht“ kann aufgelöst werden, indem konkret der Frage nachgegangen wird, wer in welchem Umfeld, gegenüber wem, mit Blick auf was, in welcher Weise und mit welchen Folgen Macht in der ökonomischen Handlungspraxis ausübt und damit seine Handlungsautonomie ausspielt.

55 An die Ausübung von Macht wird dennoch nicht grundlos die Bereitschaft und Fähigkeit gebunden, gesellschaftliche bzw. unternehmerische Verantwortung zu tragen, und dies nach den sozial legitimierten bzw. normativen Grundsätzen für eine akzeptable („gute“) Unternehmensführung, der Corporate Governance, die sich nicht nur in Krisensituationen zu bewähren hat. Dies macht eigentlich nur die Wirkung von Verhaltensbindung an regelkonformes Handeln, das einen Beitrag zur Geordnetheit der Abläufe darstellt, deutlich.

56 *Weber*, *Wirtschaft*, 1980, S. 28.

57 Vgl. *Ortmann*, *Formen*, 1995, S. 44.

Struktur, da ansonsten keine Handlungsfolgen eintreten würden.⁵⁸ Dass mit fungierenden Machtbezügen sich strukturelle oder interaktionelle Zwänge etabliert haben können, ist zwar nicht zu negieren, doch es wird die Möglichkeit betont, dass jeder Handelnde permanent auch die immanente Handlungsoption hat, im Sinne einer multiplen Kontingenz anders als erwartet oder nicht zu handeln.⁵⁹ Aus den bisherigen Ausführungen folgt, dass Macht und Ko-Orientierung einander nicht ausschließen.⁶⁰ Die gegenseitige Einflussnahme und Motivierung erfolgt durch sprachliche Kommunikationsakte, mit denen eine partiell überlappende gemeinsame, aber keine objektive Wirklichkeit der Kommunizierenden geschaffen werden kann.⁶¹ Die organisationale Machtposition wird jeweils aktuell in der wechselseitigen Auseinandersetzung neu bestimmt, so dass sich in den folgenden Handlungsoperationen die Machtnutzungspraxis dynamisch und ergebnisoffen, also mit Routine- und Innovationspotential, entwickelt.

4 Schlussbemerkung

Handeln ist in seinem operativen Verlauf und Vollzug durchsetzt mit Machtbezügen. Dies darf nicht negativ konnotiert sein. Macht sorgt für Bestimmtheit im Handeln, und zwar in all seinen Phasen. Jeder Akteur ist von sich und anderen abhängig und hat selbst oder gewährt anderen Handlungsfreiräume, die mit Eigen- bzw. Fremdmacht ausgefüllt werden. Dies kann funktionale wie auch dysfunktionale Folgen haben. Zur Konstante sozialen und damit

58 Darauf, dass Macht, um erfolgreich zu sein, auf Diskurse und Praktiken angewiesen ist, die in eine jeweilige bestimmte Wirklichkeitsbestimmung einbinden, hat bspw. Gergen verwiesen. Vgl. *Gergen, Konstruierte Wirklichkeiten*, 2002, S. 257 ff.

59 Vgl. *Schütz, Handlungssystem*, 2004, S. 77. Keineswegs ist es der Fall, dass Machtressourcen gleich verteilt sind. Dennoch können auch hierarchieniedrigere Akteure in Organisationen durchaus in bestimmten Bereichen ihren Einfluss auf das Organisationsgeschehen empfindlich geltend machen. „Das Gegenseitig-aufeinander-Angewiesensein geht damit über die vereinzelte Machtbeziehung hinaus und erweitert diese über die *dyadische* Interdependenz auf *multiple* Machtrelationen, bei denen derselbe Akteur je nach Problembereich Machtüberlegener und dann wieder Machtunterlegener ist.“ *Sandner, Macht*, 1990, S. 98, Hervorh. i. O.

60 Vgl. *Ortmann, Formen*, 1995, S. 51.

61 Vgl. *Hesse*, in: Witt (Hrsg.), *Evolutorische Ökonomik*, 1990, S. 70; Vgl. *Vollmar, Vertrauen*, 2007, S. 328 ff. Damit korrespondiert die Überlegung, dass Machtpositionen bzw. -salden nicht „objektiv“ aufgrund gegebener Ressourcenverteilungen im organisationalen Handeln bestehen, sondern intersubjektiv in den kognitiven Systemen der jeweiligen Akteure dynamisch situations- und beobachterrelativ geführt werden. Vgl. *Männel, Sprache*, 2002, S. 611 f.

auch ökonomischen Handelns gehört nicht nur dem Anschein nach, dass es stets solche kaum zu vermeidende Handlungsbereiche der Eigenmacht und -mächtigkeit gibt, die einerseits in der ökonomischen Leistungskoordination zu fordern sind, aber andererseits u. U. wenig im Einklang mit kollektiven Interessen stehen – sei es die Gesellschaft oder das betroffene Unternehmen – und nicht erwünschte Folgen zeitigen können. Eine einseitige negative Akzentuierung von Macht, soweit die gewonnene Einsicht, ist grundsätzlich nicht sinnvoll. Macht ist, so wie in diesem Beitrag vorgeschlagen, ohne normativ aufgeladen zu sein, in den gedanklichen Theorierahmen der Wirtschaftswissenschaften, gerade mit Bezug auf das Zusammenspiel von Handlungsbedingungen und -folgen, mit Bedacht systematisch einzubinden.

Literatur

- Bacharach, Samuel B; Lawler, Edward J.*: Political Alignments in Organizations. In: Kramer, Roderick M.; Neale, Margaret A. (Hrsg.): Power and Influence in Organizations. Thousand Oaks 1998, S. 67-88.
- Baecker, Dirk*: Organisation als System. Aufsätze. Frankfurt a. M. 1999.
- Becker, Albrecht; Küpper, Willi; Ortmann, Günther*: Revisionen der Rationalität. In: Küpper, Willi; Ortmann, Günther (Hrsg.). Mikropolitik. Rationalität, Macht und Spiele in Organisationen. 2. Aufl., Opladen 1992, S. 89-113.
- Becker, Horst*: Effizienz und Macht in Organisationen: Grundlagen, Wechselbeziehungen u. Veränderungsmöglichkeiten. In: Industrielle Organisation, Bd. 53, 1984, Heft 5, S. 233-238.
- Berger, Johannes; Nutzinger, Hans G.* (Hrsg.): Macht oder ökonomisches Gesetz? Jahrbuch Ökonomie und Gesellschaft, Band 21. Marburg 2008.
- Bies, Robert J.; Tripp, Thomas M.*: Two Faces of the Powerless. Coping With Tyranny in Organizations. In: Kramer, Roderick M.; Neale, Margaret A. (Hrsg.): Power and Influence in Organizations, Thousand Oaks 1998, S. 203-219.
- Bosetzky, Horst*: Machiavellismus, Machtkumulation und Mikropolitik. In: Zeitschrift für Organisation. Wiesbaden, Bd. 46, 1977, 3, S. 121-125.
- Boudon, Raymond; Bourricaud, François*: Soziologische Stichworte. Ein Handbuch. 2. Aufl., Opladen 1992.
- Burr, Vivien*: An Introduction to Social Constructionism. London 1995.

- Collins, Barry; Raven, Bertram:* Group structure: attraction, coalitions, communicatin, and power. In: Lindzey, Gardener; Aronson Elliot (Hrsg.): The handbook of social psychology. Vol. 4 Reading, Mass. 1969, S. 102-204.
- Crozier, Michel; Friedberg; Erhard:* Macht und Organisation: die Zwänge kollektiven Handelns. Königstein 1993.
- Foucault, Michel:* Mikrophysik der Macht. Berlin 1976.
- Foucault, Michel:* Dispositive der Macht. Berlin 1978.
- Gergen, Kenneth J.:* Relational Theory and the Discourse of Power. In: Hosking, Dian-Marie; Dachler, H. Peter; Gergen, Kenneth J. (Hrsg.): Management and Organization. Relational Alternatives to Individualism. Aldershot 1995, S. 29-50.
- Gergen, Kenneth J.:* Konstruierte Wirklichkeiten. Eine Hinführung zum sozialen Konstruktivismus. Stuttgart 2002.
- Giddens, Anthony:* Central problems in social theory: action, structure and contradiction in social analysis. London [u.a.] 1979.
- Gioia, Dennis A.; Chittipeddi, Kumar:* Sensemaking and Sensegiving in Strategic Change Initiation. In: Strategic Management Journal, Jg. 12, 1991, S. 433-448.
- Heckscher, Charles:* Defining the Post-Bureaucratic Type. In: Heckscher, Charles; Donnellon, Anne (Hrsg.): The Post-Bureaucratic Organization. New Perspectives on Organizational Change. Thousand Oaks 1994, S. 14-62.
- Held Martin; Kubon-Gilke, Gisela; Sturn, Richard (Hrsg.):* Macht in der Ökonomie. Jahrbuch Normative und institutionelle Grundfragen der Ökonomik; Bd. 7. Marburg 2008.
- Hesse, Günter:* Evolutorische Ökonomik oder Kreativität in der Theorie. In: Witt, Ulrich (Hrsg): Studien zur Evolutorischen Ökonomik I, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. 195, I. Berlin 1990, S. 49-73.
- Kesting, Stefan:* Diskurs und Macht: ein Beitrag zur ökonomischen Handlungstheorie. Pfaffenweiler 1999.
- Kieser, Alfred:* Über die allmähliche Verfertigung der Organisation beim Reden. Organisieren als Kommunizieren. In: Industrielle Beziehungen, Jahrgang 5, Nummer 1, 1998, S. 45-75.

- Kieser, Alfred; Kubicek, Herbert:* Organisation. 2., neubearbeitete und erweiterte Aufl., Berlin 1983.
- Koch, Lambert T.:* Evolutorische Wirtschaftspolitik: eine elementare Analyse mit entwicklungspolitischen Beispielen. Tübingen 1996.
- Kühl, Stefan:* Wenn die Affen den Zoo regieren. Die Tücken der flachen Hierarchien. 5. Aufl., Frankfurt a. M. 1998.
- Luhmann, Niklas:* Organisation und Entscheidung. Opladen 2000.
- Lukes, Steven:* Power: A Radical View. London 1974.
- Maines, David:* Social Organization and Social Structure in Symbolic Interactionist Thought. In: Annual Review of Sociology, 3, 1977, S. 235-259.
- Männel, Beate:* Sprache und Ökonomie: über die Bedeutung sprachlicher Phänomene für ökonomische Prozesse. Marburg 2002.
- March, James G.:* The Power of Power. In: Easton, David (Hrsg.): Varieties of Political Theory. Englewood Cliffs, N.J., 1966, S. 39-70.
- March, James G.:* Entscheidung und Organisation: kritische und konstruktive Beiträge, Entwicklungen und Perspektiven. Wiesbaden 1990.
- Mintzberg, Henry:* Power in and around organizations. 2. Aufl., Englewood Cliffs, N.J. [u.a.] 1983.
- Mitterer, Josef:* Das Jenseits der Philosophie: wider das dualistische Erkenntnisprinzip. 3., durchgesehene Aufl., Wien 2000.
- Mitterer, Josef:* Die Flucht aus der Beliebigkeit. Frankfurt a. M. 2001.
- Neuberger, Oswald:* Führungstheorien, Machttheorien. In: Kieser, Alfred; Reber, Gerhard; Wunderer, Rolf (Hrsg.) Handwörterbuch der Führung. 2. Aufl., Stuttgart 1995, S. 953-968.
- Ortmann, Günther:* Formen der Produktion: Organisation und Rekursivität. Opladen 1995.
- Ortmann, Günther:* Als Ob: Fiktionen und Organisationen. 1. Aufl., Wiesbaden 2004.
- Sandner, Karl:* Prozesse der Macht: zur Entstehung, Stabilisierung und Veränderung der Macht von Akteuren in Unternehmen. Berlin [u.a.] 1990.
- Sandner, Karl; Meyer, Renate:* Verhandlung und Struktur: zur Entstehung organisierten Handelns in Unternehmen In: Schreyögg, Georg (Hrsg.):

- Dramaturgie des Managements - laterale Steuerung. Berlin [u.a.] 1994, S. 185-218.
- Schanz, Günther*: Organisationsgestaltung: Management von Arbeitsteilung und Koordination. 2., neu bearb. Aufl., München 1994.
- Schreyögg, Georg*: Theorien organisatorischer Ressourcen. In: Ortmann, Günter; Sydow, Jörg; Türk, Klaus (Hrsg.): Theorien der Organisation. 2., durchgesehene Aufl., Wiesbaden 2000 S. 481-486.
- Schütz, Judith*: Die duale Erklärung von Organisation als Handlungssystem: eine theoretische und empirische Spurensuche. Bamberg 2004.
- Suchanek, Andreas; Waldkirch, Rüdiger* (2000): Das Konzept der offenen Verträge. Diskussionsbeiträge der Katholischen Universität Eichstätt, Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Ingolstadt; 128. Ingolstadt 2000.
- Vollmar, Bernhard H.*: Vertrauen und Konstruktion von Wirklichkeiten: eine epistemologisch fundierte Konzeption mit Implikationen für die ökonomische Theoriebildung. Norderstedt 2007.
- Weber, Max*: Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie. 5., revidierte Aufl., Studienausg. Tübingen 1980.
- Weber, Stefan*: Non-dualistische Medientheorie: eine philosophische Grundlegung. Konstanz 2005.
- Wolf, Joachim*: Organisation, Management, Unternehmensführung. 2. Aufl., Wiesbaden 2005.

Datenschutzrechtliche Anforderung und internationale Rechtspflichten zum Betrieb von Whistleblowing-Systemen

1 Begriff und Bedeutung

Der Begriff des „Whistleblowing“ kommt aus dem anglo-amerikanischen Rechtskreis.¹ Wörtlich übersetzt bedeutet es „die Pfeife blasen“ und ist im Sinne von „einen Hinweis auf Missstände geben“ zu verstehen. Ein negativer Beiklang, der einer Übersetzung durch „Verpfeifen“ entspräche, haftet dem Begriff im englischen Sprachgebrauch jedoch nicht an. Whistleblowing bedeutet das Offenbaren von internen, illegalen, unmoralischen oder illegitimen Vorgängen durch Insider (z.B. Mitarbeiter) an Dritte.² Unterschieden werden kann hierbei zwischen internem und externem Whistleblowing.³

Internes Whistleblowing ist das Melden von Missständen innerhalb der Unternehmensorganisation, meist unter Umgehung der gewöhnlichen Meldewege. Ausgehend von den USA gibt es den Trend, dass Unternehmen zu diesem Zweck einen Telefonservice einrichten, bei dem Mitarbeiter auch anonyme Hinweise an eine zentrale „Whistleblowing-Stelle“ im Unternehmen oder an einen externen Dienstleister weitergeben können. Hierfür ist der Begriff „Whistleblower-Hotline“ gebräuchlich. Die Einrichtung einer solchen Hotline ist für börsennotierte Gesellschaften in den USA mit dem Sarbanes-Oxley Act von 2002 (SOX) zur gesetzlichen Pflicht geworden. Dies gilt auch für ausländische Unternehmen und auch für Unternehmensteile die sich nicht in den USA befinden.⁴

Unter externem Whistleblowing versteht man die Meldung von Missständen an Stellen außerhalb der Unternehmensorganisation.

Im Rahmen der Corporate Governance Diskussion ist auch in Deutschland dem Whistleblowing verstärkte Aufmerksamkeit gewidmet worden. Ursache hierfür ist die Erkenntnis, dass mit guter Corporate Governance die Gewähr-

1 Zur Herkunft des Begriffs siehe auch: *Reiter*, RIW 2005, S. 168 (168 f.).

2 *Behrendt/Kaufmann*, CR 2006, S. 642; *Berndt/Hoppler*, BB 2005, S. 2623 (2624).

3 *Weber-Rey*, AG 2006, S. 406 (407).

4 *Reiter*, RIW 2005, S. 168 (169).

leistung von rechtskonformem Verhalten (Compliance)⁵ durch die Geschäftsleitung einhergehen muss. Zu diesem Zweck ist die Installation einer Compliance-Organisation nach allgemeiner Auffassung, jedenfalls in großen Kapitalgesellschaften, eine gesetzliche Organisationspflicht der Geschäftsleitungsorgane.⁶ Bei der Umsetzung compliance-organisatorischer Maßnahmen kommt der Informationsorganisation eine herausragende Bedeutung zu. Die Geschäftsleitung muss ein großes Interesse daran haben, dass Informationen über Gesetzesverstöße und andere Unregelmäßigkeiten sie erreichen. Neben dem gewöhnlichen Meldesystem kann die Installation einer Whistleblower-Hotline ein nützlicher Baustein in der Compliance-Organisation sein.

Es finden sich jedoch auch kritische Stimmen, die darauf hinweisen, dass die Einführung von Whistleblowing-Systemen und insbesondere die Möglichkeit der anonymen Mitteilung ein Missbrauchspotential berge und eine Kultur des Denunziantentums fördere.⁷ Dieser Einwand ist nicht von der Hand zu weisen. Es gilt daher, dass die Implementierung von Whistleblowing-Systemen mit Bedacht vorzunehmen ist und insbesondere rechtlichen Schutzvorschriften Beachtung geschenkt werden muss.

2 Whistleblowing im internationalen Kontext

Rechtliche Regelungen zum Thema Whistleblowing finden sich insbesondere im anglo-amerikanischen Rechtskreis. Exemplarisch sei an dieser Stelle auf den britischen Public Interest Disclosure Act von 1998 hingewiesen, der Mitarbeiter vor Diskriminierungen infolge der Meldung von Missständen in Unternehmen schützt, soweit diese in gutem Glauben und im öffentlichen Interesse gemacht wurden.⁸ In jüngerer Vergangenheit hat insbesondere der Sarbanes-Oxley-Act von 2002 aus den USA (SOX)⁹ große Aufmerksamkeit erfahren und die Diskussion hierzulande am stärksten beeinflusst. Doch auch neben SOX finden sich im US-amerikanischen Recht Regelungen zum Whistleblowing, etwa in den US-Sentencing Guidelines, in Regelungswerken von Selbstregulierungsorganisationen wie dem Listed Company Manual der

5 *Steinau-Steinrück/Glanz*, NJW-Spezial 2008/5, S. 146.

6 *Bürkle*, BB 2007, 1797 (1798); *Scheider/Schneider*, ZIP 2007, 2061; *Taeger*, Die Oldenburgische Wirtschaft 2007 (7) S. 24.

7 *Hefendehl*, JZ 2006, S. 119 (120); *Mahnhold*, NZA 2008, S. 737.

8 *Bürkle*, DB 2004, S. 2158.

9 Abrufbar unter: news.findlaw.com/hdocs/docs/gwbush/sarbanesoxley072302.pdf (letzter Abruf: 20.10.2008).

New Yorker Börse (NYSE)¹⁰ sowie einer Vielzahl einzelstaatlicher und bundesstaatlicher Regelungen.¹¹

3 Sarbanes-Oxley-Act

SOX stellt die legislative Reaktion auf spektakuläre Unternehmenszusammenbrüche in den 90er Jahren im Zusammenhang mit Bilanzierungsskandalen etwa bei dem Stromerzeuger *Enron* oder dem Mobilfunkbetreiber *Worldcom* in den USA dar.¹² Neben strengerer Regulierung von Wirtschaftsprüfern und verschärften Corporate Governance Regeln¹³ enthält SOX Regelungen zur Implementierung von Whistleblowingsystemen in Sec. 301, 406 sowie in den Ausführungsbestimmungen. Ferner finden sich in Sec. 806 Regelungen zum Schutz von Whistleblowern.¹⁴

SOX ist auf Unternehmen anwendbar, die an US Börsen gelistet sind. Für Unternehmen, die ihren Sitz in einem anderen Land als den USA haben (sog. *foreign private issuers*)¹⁵ gibt es Ausnahmen in der Anwendbarkeit verschiedener Vorschriften, jedoch nicht bezüglich der Pflicht zur Einrichtung von Whistleblowing-Systemen.¹⁶ Die Pflichten des SOX sind auch auf eine nicht börsennotierte Tochtergesellschaft übertragen worden,¹⁷ so dass von einer konzernweiten Pflicht auszugehen ist.¹⁸

In Sec. 301 findet sich die Pflicht zur Einrichtung eines Audit Committees für die Überwachung der Ordnungsmäßigkeit von Abschlussprüfung und Rechnungslegung¹⁹ sowie für die Bestellung der Wirtschaftsprüfer.²⁰ Zudem hat das Audit Committee Maßnahmen zu ergreifen, die sicherstellen, dass der

10 Ausländische Unternehmen können sich von der Anwendbarkeit jedoch befreien, indem sie durch ein Schreiben eines Rechtsberaters nachweisen, dass sie die Corporate Governance Standards nach ihrem Heimatrecht einhalten. (vgl. *Kersting*, ZIP 2003, S. 2010 (2012); v. *Zimmermann*, WM 2007, S. 1060 (1063) Der *Listed Company Manual* des NYSE hat für sie daher eine untergeordnete Bedeutung.

11 Für eine Übersicht siehe: www.whistleblowerlaws.com/statutes (Letzter Abruf: 21.10.2008).

12 *Kersting*, ZIP 2003, S. 233 ; *Watnick*, Fordham J. Corp. & Fin. L. (12) 2007, S. 831.

13 V. *Zimmermann*, WM 2007, S. 1060.

14 Vgl. *Jakob*, in diesem Band.

15 *Reiter*, RIW 2005, S. 168 (169).

16 *Reiter*, RIW 2005, S. 168 (169).

17 In *Morefield v. Exelon Services, Inc* No. 2004-SOX-0002 (ALJ, Jan. 28, 2004).

18 *Berndt/Hoppler*, BB 2005, S. 2623 (2625).

19 *Mahnhold*, NZA 2008, S. 737 (740).

20 V. *Zimmermann*, WM 2007, S. 1060.

Empfang und die Bearbeitung von Beschwerden durch Mitarbeiter und externe Wirtschaftsprüfer bezüglich der Rechnungslegung und Abschlussprüfung gewährleistet sind.²¹ Hierfür sind Maßnahmen zur vertraulichen Entgegennahme von Anzeigen durch Arbeitnehmer vorzusehen. Aus Sec. 301 ergibt sich somit die Pflicht zur Einrichtung eines Whistleblowing-Systems für den Bereich der Rechnungslegung.²² Es ist für die Ausgestaltung des Verfahrens hervorzuheben, dass die Möglichkeit der anonymen Meldung bestehen muss, sowie die Meldemöglichkeit auf sämtliche Mitarbeiter zu erstrecken ist. Weitere Vorgaben für die Umsetzung und Ausgestaltung des Whistleblowing Systems finden sich weder in den gesetzlichen Regelungen,²³ noch in den Ausführungsbestimmungen der US Securities and Exchange Commission (SEC). Alternativ zur Einrichtung einer Whistleblower Helpline sind auch Maßnahmen wie die Benennung eines Mitarbeiters, der für die Bearbeitung zuständig ist, oder die Einrichtung eines 'Kummerkastens' zur Einreichung von Meldungen denkbar.²⁴ Es ergibt sich auch keine Verpflichtung für Unternehmen, ausdrückliche Meldepflichten für ihre Mitarbeiter zu begründen.²⁵

Gem. Sec. 406 SOX müssen börsennotierte Unternehmen offenlegen, ob sie für den *senior financial officer*, *principle financial officer*, *controller*, *principal accounting officer* und Personen in ähnlichen Funktionen einen *code of ethics* erlassen haben.²⁶ Die Konkretisierung dieser Vorschrift findet sich in den SEC Ausführungsbestimmungen, die diese Pflicht auf den *principle executive manager* erstrecken. Whistleblowingsysteme finden sich in den gesetzlichen Vorschriften nicht. Es geht jedoch aus den SEC Ausführungsbestimmungen hervor, dass der *code of ethics* so gestaltet sein soll, dass Zuwiderhandlungen gegen ihn entdeckt werden und die interne Meldung von Verstößen gefördert wird.²⁷ Die Umsetzung dieser Anforderungen ist wie bei Sec. 301 nicht im Detail vorgegeben, so ergibt sich aus der Vorschrift nicht, dass Unternehmen eine Meldepflicht für ihre Angestellten vorzusehen ha-

21 Behrendt/Kaufmann, CR 2006, S. 642 (643).

22 Mahnhold, NZA 2008, S. 737 (740); v. Zimmermann, WM 2007, S. 1060 (1062).

23 Mahnhold, NZA 2008, S. 737 (740).

24 Behrendt/Kaufmann, CR 2006, S. 642 (643).

25 Mahnhold, NZA 2008, S. 737 (741); Zum gesetzlich vorgesehenen Schutz meldender Mitarbeiter vgl. Jakob, S. 75-88, in diesem Band.

26 Mahnhold, NZA 2008, S. 737 (740).

27 Abgedruckt bei: Mahnhold, NZA 2008, S. 737 (740f).

ben.²⁸ Anders als in Sec. 301 ergibt sich aus Sec. 406 nicht, dass auch anonyme Meldungen ermöglicht werden müssen. Zudem erschöpft sich Sec. 406 nicht in der Forderung Whistleblowing bei Verstößen gegen Rechnungslegungsvorschriften zu ermöglichen, sondern erfasst auch Verstöße gegen den *code of ethics* generell, so dass auch Gesetzesübertretungen durch Mitarbeiter, sowie unethisches Verhalten von Sec. 406 erfasst werden können.²⁹

SOX ist ein US-Bundesgesetz. Es ist daher zunächst anwendbar, wenn ein Unternehmen zum Handel an einer US Börse zugelassen ist.³⁰ Zudem kann sich ein extritorialer Anwendungsanspruch ergeben. Zur Ermittlung der extritorialen Anwendbarkeit einer Norm soll nach der Rechtsprechung des U.S. Supreme Courts in *Foley Bros. v. Filardo*³¹ zum Arbeitsrecht auf den gesetzgeberischen Willen abzustellen sein. Kommt der Wille des Gesetzgebers zur extritorialen Anwendbarkeit der Norm nicht zum Ausdruck, so soll im Interesse der Vermeidung von Anwendungskonflikten mit anderen Rechtsordnungen nicht von einem extritorialen Anwendungswillen auszugehen sein.³² Die Anwendbarkeit dieses Prinzip für die kapitalmarktrechtlichen Vorschriften des SOX wird jedoch bezweifelt, da hier die Anwendbarkeit von US Recht durch US-Gerichte regelmäßig nach dem *effect test*³³ weitergefasst wird. Zudem lassen sich Argumente für einen extritorialen Anwendungswillen finden, so bezieht Sec. 301 sich generell auf 'issuer' und damit auch auf Unternehmen die in den USA börsennotiert sind, ihren Sitz aber nicht in den USA haben ('foreign private issuer').³⁴ Dieser Gedanke findet sich auch in den SEC Ausführungsbestimmungen wieder,³⁵ die einen extritorialen Anwendungswillen des Gesetzgebers voraussetzend davon ausgehen, dass ausländische Unternehmen Whistleblowing-Systeme nur zu implementieren haben, soweit dies gesetzlich zulässig ist.³⁶ Diese Ansicht bringt SEC in einem Briefwechsel mit der Art. 29 Datenschutzgruppe deut-

28 Mahnhold, NZA 2008, S. 737 (741).

29 Mahnhold, NZA 2008, S. 737 (741).

30 Reiter, RIW 2005, S. 168 (169).

31 336 U.S. 281 (1949).

32 Mahnhold, NZA 2008, S. 737 (742).

33 Consolidated Gold Fields PLC v. Minoroco, S.A. 871 F.2d 252, (US Court of Appeal, 2nd Cir., 1989); Psimenos v. E.F. Hutton & Co., 722 F.2d 1041, 1046 (US Court of Appeal, 2nd Cir., 1983); Schoenbaum v. Firstbrook, 405 F.2d 200 (US Court of Appeal, 2nd Cir., 1968).

34 Mahnhold, NZA 2008, S. 737 (742).

35 17 CFR 240.10A-3, abrufbar unter:
http://edocket.access.gpo.gov/cfr_2004/aprqrtr/17cfr240.10A-3.htm.

36 Mahnhold, NZA 2008, S. 737 (742).

lich zum Ausdruck. Hier spricht sie davon, dass Whistleblowing-Systeme auch ausländische Arbeitnehmer in Konzernunternehmen erfassen sollen.³⁷

Unternehmen im Anwendungsbereich von SOX sind daher gut beraten, Whistleblowing-Systeme auch auf Unternehmens- oder Konzernteile außerhalb der USA zu erstrecken.³⁸

4 US-Sentencing-Guidelines

Im Gegensatz zum kontinental europäischen Rechtsverständnis können im angelsächsischen Recht auch juristische Personen in einem Strafverfahren zur Rechenschaft gezogen werden.³⁹ Für die Strafzumessung im Prozess finden die *US-Sentencing-Guidelines*⁴⁰ Anwendung. Für Strafverfahren gegen Unternehmen sind dies die *Organisational Sentencing Guidelines*. Strafmildernd wird hiernach gem. § 8B 2.1.⁴¹ berücksichtigt, wenn im Unternehmen effektive Compliance- und Ethikprogramme umgesetzt sind, die eine Kultur ethischen Verhaltens fördern und die Rechtsbeachtung unterstützen. Whistleblowing-Programme sind in diesem Zusammenhang ausdrücklich in § 8B 2.1. (5) (C) erwähnt. Diese sollen Mechanismen enthalten, die Angestellten die Möglichkeit zur anonymen Meldung und zur vertraulichen Behandlung der Meldung bieten sowie diese vor Vergeltung schützen. Wie in Sec. 301 und 406 SOX finden sich jedoch keine detaillierten Vorschriften für die Umsetzung der Maßnahmen, auch ergeben sich kein Anhaltspunkt für die Verpflichtung von Mitarbeitern zur Nutzung des Whistleblowing-Systems.⁴²

5 Whistleblowing im deutschen Recht

Das deutsche Recht kennt keine Vorschriften aus denen sich ausdrücklich eine Pflicht zur Einrichtung von Whistleblowing-Systemen ergibt.⁴³ Denkbar ist in der Aktiengesellschaft jedoch, Whistleblowing Systeme auf Grundlage von §§ 76 Abs. 1, 91 Abs. 2 AktG sowie den entsprechenden Ziffern 4.1.3 und 4.1.4 des Deutschen Corporate Governance Codex (DCGK) einzufüh-

37 Mahnhold, NZA 2008, S. 737 (742).

38 Zur extraterritorialen Geltung von SOX vgl. Jakob, in diesem Band.

39 Schneider, EuZW 2007, S. 553.

40 18 U.S.C.A. §§ 1 ff. abrufbar unter: <http://www.ussc.gov>.

41 Abrufbar unter: http://www.ussc.gov.2007guid/8b2_1.html.

42 Mahnhold, NZA 2008, S. 737 (741).

43 Behrendt/Kaufmann, CR 2006, S. 642 (644).

ren.⁴⁴ Hiernach sind Vorstände von Aktiengesellschaften verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu ergreifen und insbesondere ein Überwachungssystem einzurichten um bestandsgefährdende Entwicklungen früh zu erkennen. Zu diesem Zweck sowie zur Erfüllung der allgemeinen Compliance-Pflicht⁴⁵ kann die Einrichtung von Whistleblowing-Systemen einen Beitrag leisten. Wie das Management seine Compliance- sowie die Risikomanagement-Pflicht erfüllt, steht jedoch im Geschäftsleiterermessen gem. § 93 Abs. 1 AktG, das einer Überprüfung nur auf ein Überschreiten der Grenzen des Ermessens zugänglich ist. Es wird bei der Nichteinführung von Whistleblowing-Systemen jedoch regelmäßig nicht überschritten sein, so dass von einer Pflicht zur Einführung von Whistleblowing-Systemen nach deutschem Recht nicht auszugehen ist.

Dennoch stellt sich die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit von Whistleblowing-Systemen, da diese ein freiwilliger Bestandteil der Compliance-Organisation sein kann oder mit ihrer Einführung einer ausländischen Rechtspflicht etwa aus SOX Folge geleistet werden soll.

6 Datenschutzrechtliche Probleme des Whistleblowing

Die Meldung betrieblicher Vorkommnisse an eine Whistleblowing Stelle sowie die Erfassung, Speicherung und Bearbeitung des Vorgangs durch diese, wird typischerweise unter Zuhilfenahme von Datenverarbeitungseinrichtungen geschehen, so dass der Anwendungsbereich des BDSG gem. § 1 Abs. 2 Nr. 3 eröffnet ist. Hierfür genügen schon die Nutzung von E-Mails⁴⁶ oder die computergestützte Datenerfassung. Ein anderes Ergebnis ergibt sich allenfalls in kleineren Unternehmensstrukturen, in denen nicht auf Mittel automatisierter Datenverarbeitung zurückgegriffen wird und Informationen handschriftlich und nicht systematisiert erfasst werden. Aus § 4 Abs. 1 BDSG folgt, dass eine Datenverarbeitung unzulässig ist, soweit sie nicht durch eine Einwilligung oder einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand gerechtfertigt ist.

44 Behrendt/Kaufmann, CR 2006, S 642 (644).

45 Hüfner, AktG § 76, Rn. 8; Krieger/Sailer, in: Schmidt/Lutter, AktG § 93, Rn. 6; Schneider/Schneider, ZIP 2007, S. 2061, (2061 ff.); Taeger, Die Oldenburgische Wirtschaft 2007, S. 24.

46 Behrend/Kaufmann, CR 2006, S. 642 (644).

Eine Einwilligung des Betroffenen in die Datenverarbeitung gem. § 4 Abs. 1 BDSG ist geeignet, die Datenverarbeitung zu rechtfertigen.⁴⁷

Ferner kann sich die Zulässigkeit der Datenverarbeitung aus § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG ergeben, wenn die Datenverarbeitung der Zweckbestimmung des Arbeitsvertrages dient, die Datenerhebung, -nutzung bzw. -übermittlung also der Vertragserfüllung oder der Durchsetzung von Rechten aus dem Vertragsverhältnis dienen, und einen klaren Bezug zum Austausch von Leistung- und Gegenleistung im Rahmen des Arbeitsverhältnisses haben.⁴⁸ Fehlen ausdrückliche vertragliche Regelungen zur Datenverarbeitung, muss durch Auslegung des Arbeitsvertrages ermittelt werden, ob diese vom Vertragszweck erfasst sind. In Betracht kommt die Rechtfertigung der Datenverarbeitung insbesondere, soweit es um die Feststellung der Gefährdung des Vertragszwecks durch Nebenpflichtverletzungen geht.⁴⁹ Dies sind Pflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB, wie die arbeitsrechtliche Rücksichtnahmepflicht, Verschwiegenheitspflichten, Loyalitätspflichten sowie die allgemeine Schadensabwehrpflicht.⁵⁰ Verhaltenspflichten, wie sie durch *codes of conduct* nach anglo-amerikanischem Vorbild begründet werden, lassen sich jedoch nicht von der Rechtfertigung gem. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG erfassen,⁵¹ so dass § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG nur in Einzelfällen geeignet ist, die Datenverarbeitung beim Betrieb von Whistleblowing-Systemen zu rechtfertigen.

Für die Mehrzahl der Fälle ist daher entscheidend, ob eine Rechtfertigung gem. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BDSG gelingt. Hiernach ist die Datenverarbeitung zulässig, soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der datenverarbeitenden Stelle erforderlich ist und kein Grund zur Annahme gegeben ist, dass überwiegende, schutzwürdige Interessen des Betroffenen entgegenstehen. Einen diesbezüglichen Anhaltspunkt bietet die Empfehlung der Art. 29 Gruppe⁵² vom 1.2.2006 zur Vereinbarkeit von Whistleblowing-Systemen nach SOX mit der Europäischen Datenschutzrichtlinie.⁵³ Diese kann für die

47 Schmidl, DuD 2006, S. 353 (355); für weitere Ausführungen siehe Jakob, in diesem Band.

48 Barthel/Hupperz, AuA 2006, S. 204 (207).

49 Wisskirchen/Körber/Bissels, BB 2006, S. 1567 (1568).

50 Siehe hierzu: Herbert/Oberath, NZA 2005, S. 193 (194 f.).

51 Schmidl, DuD 2006, S. 353 (357 f.); v Zimmermann, RDV 2006, S. 242 (245).

52 Abrufbar unter: ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2006/wp117_de.pdf (Letzter Abruf: 21.10.2008); für weitergehende Informationen zur Art. 29 Gruppe siehe: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/workinggroup/index_de.htm (Letzter Abruf: 21.10.2008).

53 Richtlinie 95/46/EG, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:de:HTML> (Letzter Abruf: 21.10.2008).

Ermittlung des berechtigten Interesses gem. § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG herangezogen werden.⁵⁴ Im Zusammenhang mit der Rechtfertigung der Datenverarbeitung gem. Art. 7 der Datenschutzrichtlinie, die der Regelung gem. § 4 Abs. 1 und 2 BDSG entspricht, wird ausgeführt, dass die Datenverarbeitung nur zulässig ist, wenn eine Einwilligung des Betroffenen vorliegt, sie zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist (Art. 7 c) oder ein berechtigtes Interesse an der Datenverarbeitung besteht (Art. 7 f). Das Bestehen einer Rechtspflicht kann in diesem Zusammenhang jedoch nur angenommen werden, wenn es sich um eine rechtliche Verpflichtung handelt, die von einem EU Mitglieds Staat aufgestellt wurde, da sonst eine Umgehung der Pflichten der Richtlinie durch die ausländische Vorschrift zu leicht möglich wäre. Eine Pflicht nach SOX zur Datenverarbeitung wird daher von der Art. 29 Gruppe im Folgenden explizit nicht als Rechtspflicht i.S.d. Art. 7 Datenschutzrichtlinie anerkannt.⁵⁵ Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass SOX geeignet ist, die Datenverarbeitung zu rechtfertigen, wenn gem. Art. 7 f Datenschutzrichtlinie die Verpflichtung durch SOX ein berechtigtes Interesse an der Datenverarbeitung begründet.⁵⁶ Whistleblowing-Systeme wie sie von SOX gefordert werden, dienen der Sicherstellung einer angemessenen organisatorischen Funktionsweise des Unternehmens und damit der Sicherstellung von Transparenz und Stabilität der Finanzmärkte im Interesse aller Betroffenen. Dieser Umstand ist nach Ansicht der Art. 29 Gruppe von wichtigen internationalen Organisationen wie der EU⁵⁷ und der OECD⁵⁸ anerkannt. Insbesondere börsennotierte Aktiengesellschaften haben daher ein rechtlich anerkennenswertes Interesse, dass Informationen zu Fehlverhalten etwa in der Rechnungslegung sowie bezüglich der Korruptionsbekämpfung oder bezüglich Insidergeschäften den Vorstand auch unter Verwendung von Whistleblowing-Systemen erreichen.⁵⁹ Dies gilt für die Einführung von

54 *Wisskirchen/Körber/Bissels*, BB 2006, S. 1567 (1570).

55 So auch: *Behrendt/Kaufmann*, CR 2006, 642 (645); *Wisskirchen/Körber/Bissels*, BB 2006, S. 1567 (1569 f.).

56 Stellungnahme der Art. 29 Gruppe, S. 7 f..

57 Vgl. Empfehlung der Kommission vom 15. Februar 2005 zu den Aufgaben von nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften sowie zu den Ausschüssen des Verwaltungs-/Aufsichtsrats; Abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:052:0051:0063:DE:PDF> (Letzter Abruf 22.10.2008).

58 OECD Principles of Corporate Governance. 2004. Teil 1, Abschnitt IV; Abrufbar unter: <http://www.oecd.org/DATAOECD/32/18/31557724.pdf> (Letzter Abruf 22.10.2008).

59 Stellungnahme der Art. 29 Gruppe, S. 9 f..

Whistleblowing-Systemen aufgrund von Managemententscheidungen in gleichem Maß wie für die Einführung aufgrund einer Verpflichtung gem. SOX.

Dem Interesse der datenverarbeitenden Stelle stehen jedoch Interessen der betroffenen Person entgegen, wie das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG. Es ist daher eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit anhand der Kriterien der Subsidiarität, der Ernsthaftigkeit des mutmaßlichen Verstoßes sowie unter Einbeziehung der Folgen für die betroffene Person vorzunehmen.⁶⁰ Zu diesem Zweck werden detaillierte Kriterien aufgestellt, die zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit beachtet werden müssen.⁶¹ So ist der Zweck der Datenerhebung unter Beachtung der Grenzen der rechtlich Zulässigkeit einzuschränken und zu prüfen, ob eine Begrenzung des, zur Meldung berechtigten Personenkreises oder des Kreises der Personen die im Rahmen des Systems gemeldet werden können, möglich und sinnvoll ist. Aus den Umständen des Einzelfalls kann sich jedoch ergeben, dass eine Begrenzung des Personenkreises nicht geboten ist. Aus Art. 10 der Datenschutzrichtlinie ergibt sich zudem die Pflicht zur vollständigen Information über das Whistleblowing-System. Dies umfasst die Existenz des Systems, den Zweck, die Funktionsweise, den Meldungsempfänger sowie die Auskunftsberechtigten. Ferner soll beim Betrieb des Systems darauf hingewirkt werden, dass Meldungen unter Angabe der Identität des Meldenden abgegeben werden. Zu diesem Zweck soll nicht auf die Möglichkeit einer anonymen Meldung hingewiesen werden, statt dessen aber die vertrauliche Behandlung des Vorgangs zugesichert werden. Sollten dennoch Meldungen anonym gemacht werden, so können diese in das System aufgenommen werden. Hierfür spricht nach Ansicht der Art. 29 Gruppe, dass regelmäßig die Identität des Meldenden aus den Umständen rekonstruierbar ist, sein Schutz jedoch besser zu organisieren sei, wenn seine Identität bekannt ist. Zudem werden die Klärung von Anschlussfragen erleichtert und die Missbrauchsgefahr eingeschränkt, so dass dem Entstehen eines Klimas des Misstrauens und der Denunziation entgegengewirkt wird. Die Speicherung ist nach der Datenschutzrichtlinie zudem nur solange zulässig, wie es für den Zweck der Datenverarbeitung erforderlich ist. Nach Ablauf der Speicherfrist sind die Daten unverzüglich zu löschen. Dies entspricht der Regelung des § 35 Abs. 2 Nr. 3 BDSG. Abschließend sind auch die Rechte der gemeldeten Person zu wah-

60 Stellungnahme der Art. 29 Gruppe, S. 10.

61 Stellungnahme der Art. 29 Gruppe, S. 11-19; Darstellung auch bei *Wisskirchen/Körber/Bissels*, BB 2006, S. 1567 (1569 f.).

ren. Gem. Art. 11 der Datenschutzrichtlinie ist die betroffene Person zu informieren, wenn personenbezogenen Daten über sie und nicht bei ihr erhoben werden. Dies entspricht der Regelung des § 33 Abs. 1 S. 1 BDSG. Von der Benachrichtigungspflicht umfasst sind Informationen über die für den Betrieb des Whistleblowing-Systems zuständige Einheit, die gegen die betroffene Person erhobene Beschuldigung, die Stellen, die von der Beschuldigung informiert werden können sowie die Information über die Wahrnehmung der Berichtigungsrechte. Solange jedoch die Gefahr besteht, dass die beschuldigte Person durch die Benachrichtigung die Möglichkeit erhält, die Fähigkeit des Unternehmens zur Untersuchung des Vorfalls und zur Sammlung von Informationen einzuschränken, kann die Benachrichtigung verzögert werden. Dies entspricht auch der Regelung des § 33 Abs. 2 Nr. 3, 2. Alt. BDSG im deutschen Recht. Bei zwingenden rechtlichen Gründen steht dem Betroffenen zudem ein Widerspruchsrecht gem. Art. 14 Datenschutzrichtlinie zu.

Werden mit dem Betrieb von Whistleblowing-System externe Dienstleister beauftragt, so sind weitere Anforderungen an den Datenschutz zu beachten. Ist der externe Dienstleister nur mit der technischen Umsetzung und Betreuung des Whistleblowingsystems etwa durch die Bereitstellung eines Callcenters oder einer Internetplattform beauftragt, so ist dies als Datenerarbeitung im Auftrag zu qualifizieren,⁶² so dass gem. § 11 Abs. 1 BDSG der Auftraggeber die für die Einhaltung der Vorschriften des Datenschutzes verantwortliche Stelle bleibt. Gem. § 11 Abs. 2 BDSG ergibt sich für ihn die Pflicht, den Auftragnehmer sorgfältig auszuwählen und den Auftrag schriftlich zu erteilen.

Soweit dem Dienstleister über die technische Umsetzung hinaus wesentliche Befugnisse erteilt werden, wird dieser die für den Datenschutz verantwortliche Stelle, so dass die Voraussetzungen für die Rechtfertigung der Datenverarbeitung gem. §§ 4 Abs. 1, 28 Abs. 1 BDSG in seiner Person erfüllt sein müssen.⁶³ Dies ist problematisch, da der Dienstleister regelmäßig keine vertragliche Beziehung zu dem Angestellten hat und die Datenverarbeitung nicht gem. § 4 Abs. 1 oder § 28 Abs. 1 Nr. 1 BDSG rechtfertigen kann. Auch ein berechtigtes Interesse zur Datenerarbeitung i.S.d. § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG gegenüber dem Arbeitnehmer hat er nicht. Es kommen somit allenfalls ein vom Auftraggeber abgeleitetes Interesse⁶⁴ oder das berechnete Interesse des

⁶² Breilinger/Krader, RDV 2006, S. 60 (65).

⁶³ Breilinger/Krader, RDV 2006, S. 60 (65 f.).

⁶⁴ So Breilinger/Krader, RDV 2006, S. 60 (66).

Auftraggebers gem. § 28 Abs. 3 Nr. 1 BDSG in Betracht. Aus der Wertung des § 28 Abs. 3, S. 2 BDSG ist jedoch der Schluss zu ziehen, dass jedenfalls bei einer strafrechtlichen oder ordnungswidrigkeitsrechtlichen Relevanz des mitgeteilten Sachverhalts das Interesse des Betroffenen einer Datenerhebung durch den Dienstleister entgegensteht, so dass sich eine Rechtfertigung in dem zum Betrieb eines Whistleblowing-Systems erforderlichen Umfang nicht ergibt. Hinzu tritt, dass die Übertragung der Bearbeitung von so sensiblen Daten über Arbeitnehmer nur schwer mit der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers aus dem Arbeitsverhältnis vereinbar sein dürfte.⁶⁵ Eine Übertragung des Betriebs eines Whistleblowing-Systems über das Maß der Auftragsdatenverarbeitung ist daher als datenschutzrechtlich bedenklich einzustufen und sollte nur im Rahmen der Datenverarbeitung im Auftrag erfolgen.

Wird das Whistleblowing-System etwa aufgrund internationaler Konzernstrukturen über die Grenzen der EU hinaus betrieben, oder werden Dienstleister in Nicht-EU-Drittstaaten in den Betrieb einbezogen, so sind die Vorschriften zur Datenübermittlung gem. § 29 BDSG zu beachten. Ein Konzernprivileg gibt es hierbei nicht.⁶⁶ Gem. § 29 BDSG ist die Datenübermittlung unzulässig, soweit ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen dieser entgegensteht, ohne dass es überwiegen muss.⁶⁷ Nach Ansicht der Art. 29 Gruppe darf eine Übermittlung der Daten nur stattfinden, wenn dies für die Untersuchung im Rahmen des Whistleblowing-Systems erforderlich ist und die Übermittlung unter vertraulichen und sicheren Bedingungen stattfindet. Zudem dürfen Daten nur an Stellen weitergeleitet werden, die eine dem EU-Datenschutz-Niveau entsprechende Behandlung der Daten garantieren.⁶⁸ Die EU-Kommission hat den Nicht-EU-Staaten Kanada und der Schweiz den Status eines sicheren Drittlandes zuerkannt.⁶⁹ Datentransfer in die USA ist zulässig, soweit die empfangende Stelle die Grundsätze des *Safe Harbor Abkommens* angenommen hat oder ein Übermittlungsvertrag geschlossen wurde, der ausreichende Garantien bietet.⁷⁰ Darüber hinaus besteht zur Bewirkung der rechtlichen Zulässigkeit der Datenübermittlung nur noch die

65 Breilinger/Krader, RDV 2006, S. 60 (66).

66 Wisskirchen/Körber/Bissels, BB 2006, S. 1567 (1570).

67 Wisskirchen/Körber/Bissels, BB 2006, S. 1567 (1570).

68 Stellungnahme der Art. 29 Gruppe, S. 17 f.

69 Räther/Seitz, MMR 2002, S. 425, (426 f.).

70 Dies ist z.B. für Verträge der Fall, die auf den Standardvertragsklauseln der Europäischen Kommission vom 15. Juni 2001 oder 27. Dezember 2004 beruhen.

Möglichkeit, dass der Empfänger verbindliche Unternehmensregeln eingeführt hat, die von den zuständigen Datenschutzstellen genehmigt wurden.⁷¹

7 Fazit

Whistleblowing-Systeme sind auch hierzulande auf dem Weg zum Standard guter Corporate Governance zu werden. Für Unternehmen die an US Börsen gelistet sind ergibt sich aus SOX eine Pflicht zum Betrieb von konzerntweiten Whistleblowing-Systemen. Aber auch in anderen Unternehmen leisten sie einen wichtigen Beitrag zur Information der Geschäftsleitung über die Rechtsbefolgung im Unternehmen und unterstützen diese bei der Erfüllung ihrer Compliance-Pflicht. In jedem Fall gilt es jedoch, die datenschutzrechtlichen Vorgaben zu beachten. Der Betrieb von Whistleblowing-Systemen wird sich regelmäßig auf die Ermächtigung gem. § 28 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BDSG stützen. Die Empfehlung der Art. 29 Gruppe bietet hier einen brauchbaren Anhalt zu den datenschutzrechtlichen Grenzen beim Betrieb von Whistleblowing-Systemen. Besondere Vorsicht ist jedoch beim grenzüberschreitenden Betrieb von Whistleblowing-Systemen geboten. Grundsätzlich sollte die Geschäftsleitung bestrebt sein, den Betrieb von Whistleblowing-Systemen nur soweit auszudehnen, wie dies zur Funktionsfähigkeit des Systems erforderlich ist, damit Konflikte mit datenschutzrechtlichen Vorgaben vermieden werden. Sowohl die einschlägigen Vorschriften von SOX als auch die Vorschriften zum Geschäftsleitungsermessen im deutschen Recht lassen dem Management hinreichende Freiräume in denen Whistleblowing-Systeme in Übereinstimmung mit den Vorschriften des Datenschutzes implementiert werden können.

Literatur

Barthel, Thomas; Hupperz, Christiane: Arbeitsrecht und Datenschutz bei "Whistleblower-Klauseln". In: AuA 2006, S. 204-209.

Behrendt, Markulf; Kaufmann, Mario: Whistleblowing-Hotlines aus arbeits- und datenschutzrechtlicher Sicht - Lösungswege im Unternehmen. In: CR 2006, S. 642-648.

Berndt, Thomas; Hoppler, Ivo: Whistleblowing - ein integraler Bestandteil effektiver Corporate Governance. In: BB 2005, S. 2623-2629.

⁷¹ Stellungnahme der Art. 29 Gruppe, S. 19.

- Breilinger, Astrid; Krader, Gabriela:* Whistleblowing - Chancen und Risiken bei der Umsetzung von anonym nutzbaren Hinweisgebersystemen im Rahmen des Compliance-Managements von Unternehmen. In: RDV 2006, S. 60-70.
- Bürkle, Jürgen:* Corporate Compliance als Standard guter Unternehmensführung des Deutschen Corporate Governance Kodex. In: BB 2007, S. 1797-1801.
- Bürkle, Jürgen:* Weitergabe von Information über Fehlverhalten in Unternehmen (Whistleblowing) und Steuerung auftretender Probleme durch ein Compliance-System. In: DB 2004, S. 2158-2161.
- Hefendehl, Roland:* Corporate Governance und Business Ethics: Scheinberuhigung oder Alternativen bei der Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität?. In: JZ 2006, S. 119-125.
- Herbert, Manfred; Oberath, Jörg-Dieter:* Schweigen ist Gold?. In: NZA 2005, S. 193-199.
- Hüffer, Uwe:* Aktiengesetz, Kommentar, 8. Aufl., München 2008.
- Jakob, Christian,* S. 77-91 in diesem Band.
- Kersting, Christian:* Auswirkungen des Sarbanes-Oxley-Gesetzes in Deutschland: Können deutsche Unternehmen das Gesetz befolgen?. In: ZIP 2003, S. 233-242.
- Kersting, Christian:* Das Audit Committee nach dem Sarbanes-Oxley-Gesetz - Ausnahmeregelungen für ausländische Emittenten. In: ZIP 2003, S. 2010-2017.
- Mahnhold, Thilo:* „Global Whistle“ oder „deutsche Pfeife“-Whistleblowing-Systeme im Jurisdiktionskonflikt. In: NZA 2008, S. 737-743.
- Räther, Philipp C.; Seitz, Nicolai:* Übermittlung personenbezogener Daten in Drittstaaten. In: MMR 2002, S. 425-433.
- Reiter, Christian:* Der Schutz des Whistleblowers nach dem Sarbanes-Oxley Act im Rechtsvergleich und im internationalen Arbeitsrecht. In: RIW 2005, S. 168-178.
- Schneider, Uwe H; Schneider, Sven H.:* Konzern-Compliance als Aufgabe der Konzernleitung. In: ZIP 2007, 2061-2065.
- Schneider, Uwe H.:* Corporate Manslaughter und Corporate Compliance. In: EuZW 2007, S. 553.

- Schmidl, Michael:* Datenschutz für Whistleblowing-Hotlines. In: DuD 2006, S. 353-359.
- Schmidt, Karsten; Lutter, Marcus:* Aktiengesetz, Kommentar, Köln 2008.
- Taeger, Jürgen:* IT-Compliance ist Vorstandspflicht. In: Die Oldenburgische Wirtschaft 2007 Heft (7) S. 24.
- v. *Steinau-Steinrück, Robert; Glanz, Peter:* Compliance im Arbeitsrecht - Ein Muss für jedes Unternehmen. In: NJW-Spezial 2008/5, S. 146-147.
- v. *Zimmermann, Georg:* „Whistleblowing“ - Anforderungen des Sarbanes-Oxley-Acts. In: WM 2007, S. 1060-1065.
- v. *Zimmermann, Georg:* Whistleblowing und Datenschutz. In: RDV 2006, S. 242-249.
- Watnick, Valerie:* Whistleblower Protections Under The Sarbannes-Oxley Act: A Primer And A Critique. In: Fordham J. Corp. & Fin. L. (12) 2007, S. 831-879.
- Weber-Rey, Daniela:* Whistleblowing zwischen Corporate Governance und Better Regulation. In: AG 2006, S. 406-411.
- Wisskirchen, Gerlind; Körber, Anke; Bissels, Alexander:* „Whistleblowing“ und „Ethikhotlines“. In: BB 2006, S. 1567-1572.

Arbeitsrechtliche Implikationen des Whistleblowing

Erhalten Arbeitnehmer im Rahmen ihrer betrieblichen Tätigkeit Kenntnis davon, dass durch das Unternehmen einzuhaltende Rechtspflichten durch Kollegen oder Vorgesetzte verletzt werden, treten spezifische arbeitsrechtliche Probleme auf. Um das Mitarbeiterverhalten in dieser Situation in geordnete Bahnen zu lenken, definieren einige Unternehmen innerbetriebliche Ethikrichtlinien. Es ist zu überlegen, wie solche internen Vorschriften wirksam zu etablieren sind und was gilt, wenn keine derartigen Verhaltensvorgaben gemacht werden.

Zum einen ist zu fragen, inwieweit der Betriebsrat zu beteiligen ist, wenn für die Mitarbeiter zu beachtende Ethikrichtlinien formuliert werden. Weiter muss untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen die Meldung von Normverstößen für den Arbeitnehmer den Verlust seines Arbeitsplatzes durch Kündigung bedeuten kann und darf. In diesem Zusammenhang soll auf ein aktuelles Konzept zur Gesetzesänderung hingewiesen werden, welches die rechtliche Stellung des Arbeitnehmers in dieser Situation klären und so eine Erhöhung der Rechtssicherheit bringen soll.¹ Schließlich werden weitere rechtliche Konsequenzen für den Whistleblower in den Blick genommen. Namentlich ist danach zu fragen, ob sich ein Mitarbeiter, der Pflichtverstöße im Unternehmen meldet, nach § 17 UWG strafbar machen kann, bzw. ob für ihn eine Schadensersatzpflicht droht.

1 Begründung der Meldepflicht des Arbeitnehmers

Möchte ein Unternehmen seine Verhaltensrichtlinien durch eine Whistleblower-Klausel ergänzen, muss zunächst dafür gesorgt werden, dass diese wirksam in das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer eingeführt wird.² Um dies in der Praxis umzusetzen, bieten sich auf der einen Seite die Ergänzung des einzelnen Arbeitsvertrages – also eine individualvertragliche Regelung – und andererseits der Weg über eine Betriebsvereinba-

1 Angesprochen sind Bestrebungen zur Änderung von § 612a BGB mit der Anzeigerechte von Arbeitnehmern konkretisiert werden könnten, <http://www.blog.beck.de/2008/05/16/whistleblowing-anderung-des-%C2%A7-612a-bgb-geplant>, Stand 30.1.2009.

2 Barthel/Huppertz, AuA 2006, S. 204.

rung an. Schließlich kann der Arbeitgeber bezüglich spezifischer Fallgruppen bereits über sein Direktionsrecht einseitig für den Arbeitnehmer verpflichtende Vorgaben formulieren.

Um den Arbeitnehmer zur Meldung von normwidrigen Verhaltensweisen im Unternehmen zu verpflichten, können Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine entsprechende Vereinbarung schließen. Die Effektivität von Verhaltensvorgaben im Unternehmen hängt maßgeblich davon ab, ob sie flächendeckend beachtet werden. Insofern ergeben sich bei der individualvertraglichen Implementierung dann Probleme, wenn nicht mit allen Arbeitnehmern eine Ergänzung der bestehenden Vereinbarungen erreicht werden kann.³ Weiter sind die durch das AGB-Recht gesetzten Grenzen zu beachten, insbesondere müssen die Regelungen angemessen sein und dürfen die berechtigten Interessen des Arbeitnehmers nicht über Gebühr beschränken.⁴

Die erforderliche, umfassende Geltung von Verhaltensrichtlinien kann dagegen über eine Betriebsvereinbarung erreicht werden. Dieser zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat geschlossene Vertrag definiert unter anderem für die Arbeitnehmer verbindliche Normen. Eine Betriebsvereinbarung wirkt gem. § 77 Abs. 4 BetrVG unmittelbar und zwingend, allerdings muss der Betriebsrat für die von Arbeitgeberseite gewünschte Regelung gewonnen werden. Kann eine Einigung mit dem Betriebsrat dahingehend erreicht werden, dass eine ganzheitliche Regelung von mitbestimmungspflichtigen und nicht mitbestimmungspflichtigen Aspekten vorgenommen wird, erhöht dies für die formulierten Verhaltenspflichten die Akzeptanz unter den Mitarbeitern, da diese von den Arbeitnehmervertretern mitgetragen werden.⁵ Da eine umfassende Betriebsvereinbarung in Bezug auf die nicht mitbestimmungspflichtigen Teile freiwillig ist und sich der Arbeitgeber insofern über das notwendige Maß hinaus bindet, erkaufte er sich die so erreichte, größere Akzeptanz durch einen Wegfall seiner eigenen Entscheidungsfreiheit.⁶

Schließlich könnte sich für solche Tatbestände, für die sich weder eine individualvertragliche Regelung noch eine Lösung mittels einer Betriebsvereinbarung finden lässt, die Verpflichtung des Arbeitnehmers über das Direktionsrechts des Arbeitgebers erzielen lassen. Hinweise zu der Reichweite dieses Arbeitgeberrechts lassen sich in § 106 S. 1 und S. 2 GewO finden. Hier-

3 Barthe/Huppertz, AuA 2006, S. 204.

4 Wisskirchen/Jordan / Bissels, DB 2005, S. 2190.

5 Behrendt/Kaufmann, CR 2006, S. 642 (647).

6 Wisskirchen/Jordan / Bissels, DB 2005, S. 2190.

nach kann der Arbeitnehmer vorbehaltlich bestehender individual-, kollektivvertraglicher oder gesetzlicher Regelungen nach billigem Ermessen Anforderungen an Ordnung und Verhalten des Arbeitnehmers im Betrieb präziser formulieren. Da sich das Weisungsrecht des Arbeitgebers bereits aus dem mit dem Arbeitnehmer geschlossenen Arbeitsvertrag ergibt, können allerdings nur existierende Pflichten konkretisiert, dabei aber keine neuen Verpflichtungen geschaffen werden.⁷ Die Regelungskompetenz endet, wenn keine arbeitsvertraglichen Pflichten berührt sind oder der Arbeitgeber sich nicht auf ein ausreichend schützenswertes Interesse zur Regelung berufen kann.⁸ Weiter kann das Weisungsrecht durch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 BetrVG beschränkt sein.⁹

Fraglich ist damit, welchen Regelungsspielraum der Arbeitgeber bei Whistleblower-Klauseln durch einseitige Ausübung seines Direktionsrechts hat. Ausgangspunkt der anzustellenden Überlegung ist die dem Arbeitgeber gegenüber bestehende Treuepflicht. Diese verbietet dem Arbeitnehmer zum einen solche Handlungen, die dem Eigentum oder dem Betrieb des Arbeitgebers schaden; zum anderen besteht die Pflicht des Arbeitnehmers, Schäden vom Betrieb abzuwenden.¹⁰ Dieser Pflicht wird in der Praxis durch Berichterstattung im Rahmen der Hierarchiestruktur nachgekommen. Die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Weitergabe solcher Informationen, die auf einen Schaden des Arbeitgebers hindeuten, muss als durch das Direktionsrecht gedeckter Weisungsgehalt angesehen werden. Dies ist im Grundsatz auch dann der Fall, wenn die Gefahr von Kollegen oder Dienstvorgesetzten ausgeht, allerdings wird die Pflicht zur Anzeige durch Zumutbarkeitserwägungen begrenzt.¹¹ Es ist eine Interessenabwägung zwischen den Belangen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer anzustellen. Als zu berücksichtigendes Kriterium ist hier mit einzubeziehen, ob dem Arbeitnehmer Nachteile durch die Meldung erwachsen können. Im konkreten Einzelfall kann die Meldung eines anderen Arbeitnehmers aus moralischen Erwägungen abzulehnen sein. Weiter besteht nicht unter allen Umständen die Pflicht, eine Selbstanzeige des eigenen pflichtwidrigen Verhaltens vorzunehmen.¹² Die Rechtsprechung sieht eine Pflicht zur Meldung dann als gegeben an, wenn den Mitarbeiter

7 Mengel/Hagemeister, BB 2007, S. 1386 (1387).

8 Wisskirchen/Jordan/Bissels, DB 2005, S. 2190.

9 Schuster/Darsow, NZA 2005, S. 273.

10 Mengel/Hagemeister, BB 2007, S. 1386 (1387).

11 BGH, Urteil vom 23.2.1989 – IX ZR 236/86, MDR 1989, 631.

12 Schuster/Darsow, NZA 2005, S. 273 (276).

eine aktualisierte Überwachungs- und Kontrollpflicht trifft. Unter einer aktualisierten Überwachungspflicht wird dabei Verpflichtung leitender Angestellter verstanden, auch ohne ausdrückliche arbeitsvertragliche Regelung auf Grundlage der arbeitsvertraglichen Treuepflicht aus gegebenem Anlass die Tätigkeiten anderer Arbeitnehmer in gebotenem Umfang zu überwachen.¹³ In der Literatur wird in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Regelung von Whistleblowing-Vorgängen im Interesse beider Arbeitsvertragsparteien liegt. Durch sie können Unsicherheiten beseitigt und eine offene interne Risikokommunikation gewährleistet werden, so dass der Einzelne im Falle einer Meldung nicht die Rolle des Denunzianten einnimmt und nach außen das Ansehen des Unternehmens geschützt werden kann.¹⁴

Das Direktionsrecht ermöglicht damit durchaus die einseitige Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Pflichten des Arbeitnehmers in Form einer Whistleblower-Regelung. Doch der Regelungsspielraum ist nicht unbegrenzt. Er findet dort seine Grenzen, wo Sachverhalte außerhalb des Arbeitsverhältnisses geregelt werden sollen, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt würde oder Grundrechte des Arbeitnehmers, etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht oder die allgemeine Handlungsfreiheit beeinträchtigt würden.¹⁵ Die einseitige Einführung einer unbeschränkten Meldepflicht ist danach unzulässig und nicht mittels des Direktionsrechts durchsetzbar.¹⁶

2 Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates

Wenn ein Unternehmen über ein Arbeitnehmervertretergremium verfügt und Whistleblowing-Richtlinien im Unternehmen etabliert, könnte hierin eine nach § 87 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Angelegenheit zu sehen sein.¹⁷ Das Mitbestimmungsrecht könnte sich insbesondere aus zwei Nummern des Normkataloges ergeben:

Einerseits könnte die Meldung von durch Mitarbeiter und Vorgesetzte begangenen Normverstößen „Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb“ im Sinne der Nummer 1 dieser Vorschrift berühren. Andererseits könnte nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in der Einrich-

13 BAG, Urteil vom 12.5.1958 – 2 AZR 539/56, BAGE 6, 82.

14 Schuster/Darsow, NZA 2005, S. 273 (276).

15 Mengel/Hagemeister, BB 2007, S. 1386 (1388f).

16 Barthel/Huppertz, AuA 2006, S. 204 (205).

17 Behrendt/Kaufmann, CR 2006, S. 642 (645).

tung von sogenannten Whistleblower-Hotlines eine „Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen“, zu sehen sein.

2.1 Mitbestimmungspflicht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Es könnte also zunächst ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats anzunehmen sein, wenn durch die Whistleblowing-Klausel in ihrer konkreten Ausformung das Ordnungsverhalten der Mitarbeiter geregelt wird.¹⁸ In diesem Kontext greift der Arbeitgeber in einen Bereich außerhalb der eigentlichen arbeitsvertraglichen Hauptpflichten ein.¹⁹ Mitbestimmungsfrei ist insofern die Regelung des bloßen Arbeitsverhaltens des Arbeitnehmers,²⁰ welches durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers gedeckt ist.²¹ Greift eine Regelung in beide Bereiche ein, ist nach dem überwiegenden Regelungszweck der Bestimmung zu fragen.²² In diesem Zusammenhang können zwei Ebenen voneinander unterschieden werden.²³ Zunächst muss auf der Ebene des „Ob“ die Frage der Einführung oder Nichteinführung der Whistleblowing-Klausel entschieden werden. „Wie“ die Meldung regelwidrigen Verhaltens dann im Einzelnen ausgestaltet sein soll, ist eine nachgeordnete Fragestellung.²⁴ Ob schon die Entscheidung dafür, dass eine Whistleblowing-Klausel eingeführt werden soll, ein Mitbestimmungsrecht auslöst, ist fraglich.²⁵ Im Einzelfall ist für die konkrete Whistleblowing-Klausel zu prüfen, ob das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer reguliert werden soll. Bereits festgestellt wurde eine Pflicht zur Mitbestimmung, wenn den Mitarbeitern ein Verfahren zur Meldung von Pflichtverstößen verbindlich auferlegt wird. Danach bestünde kein Mitbestimmungsrecht, wenn kein Verfahren verbindlich vorgegeben würde und keine generelle Pflicht zur Meldung konstituiert würde.²⁶ Maßstab ist insoweit, ob auf das Verhalten der Mitarbeiter untereinander Einfluss ge-

18 Anhand des Honeywell-Beschlusses des BAG vom 22.7.2008, NJW 2008, S. 3731, zur Mitbestimmungspflichtigkeit von Ethikrichtlinien, Kort, NJW 2009, S. 129.

19 Breinlinger/Krader, RDV 2006, S. 60 (63).

20 Behrendt/Kaufmann, CR 2006, S. 642 (645).

21 Breinlinger/Krader, RDV 2006, S. 60 (63).

22 BAG, Beschluss vom 11.6.2002 – 1 ABR 46/01, DB 2002, 2280.

23 Mit weiteren Nennungen vgl. Wisskirchen/Jordan/Bissels, DB 2005, S. 2190 (2191).

24 BAG, Beschluss vom 8.11.1994 – 1 ARB 22/94, MDR 1995, 829.

25 Mit Hinweis auf die Entscheidung des LAG Düsseldorf, Beschluss vom 14.11.2005 – 10 TaBV 46/05, DB 2006, 162-165, Breinlinger/Krader, RDV 2006, S. 60 (63).

26 Barthel/Huppertz, AuA 2006, S. 204 (205).

nommen wird.²⁷ Insofern ist es nicht überraschend, wenn das BAG zuletzt für die Mitbestimmungspflichtigkeit nicht mehr die Statuierung einer verbindlichen Verhaltensregel fordert, sondern es ausreichen lässt, wenn das Verhalten der Arbeitnehmer durch die Regelung gesteuert oder die Ordnung des Betriebs gewährleistet werden sollen.²⁸

Ob schließlich eine Ethik-Richtlinie, die auch eine mitbestimmungspflichtige Whistleblowing-Klausel enthält, im Ganzen mitbestimmungspflichtig ist, wurde zuletzt von den Gerichten uneinheitlich beurteilt. Nachdem das Hessische LAG²⁹ noch davon ausging, dass eine Ethik-Klausel, die Meldepflichten für normwidriges Verhalten konstituiert, in ihrer Gesamtheit der Mitbestimmungspflicht des Betriebsrates unterliegt, vertritt das BAG eine andere Auffassung.³⁰ Im Gegensatz zur Ansicht der Vorinstanz bestehe kein Mitbestimmungsrecht für Tatbestände, welche lediglich das Arbeitsverhalten betreffen oder sich in der Wiederholung gesetzlicher Vorschriften erschöpfen. Letzteres gelte allerdings nicht für die Wiederholung ausländischer, nicht in deutsches Arbeitsrecht transformierter Vorschriften. Im Ergebnis ist also nicht davon auszugehen, dass die gesamten Ethik-Vorschriften dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates unterfallen, wenn sie sowohl mitbestimmungspflichtige als auch mitbestimmungsfreie Teile enthalten.

2.2 Mitbestimmungspflicht aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Bei entsprechender Ausgestaltung der Whistleblowing-Klausel kann ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats auch auf § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG gestützt werden. Die Vorschrift soll das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers vor Beeinträchtigungen durch anonyme technische Kontroll-einrichtungen bewahren.³¹ Dazu müsste im Kontext der Whistleblowing-Klausel die Beachtung der Verhaltensrichtlinie unter Zuhilfenahme technischer Überwachungseinrichtungen beaufsichtigt werden oder objektiv die Eignung hierzu bestehen. Möglicherweise ist dieser Tatbestand bei einer Whistleblowing-Hotline, an die Normverstöße zu melden sind, erfüllt. Das ArbG Wuppertal argumentiert dahingehend, dass technisch die Möglichkeit bestehe, nachzuvollziehen, von welchem Anschluss sich Mitarbeiter an die

27 Barthe/Huppertz, AuA 2006, S. 204 (206).

28 BAG, Beschluss vom 22.7.2008 – 1 ABR 40/07.

29 Hessisches LAG, Beschluss vom 18.1.2007 – 5 TaBV 31/06, CCZ 2008, 73-75.

30 BAG, Beschluss vom 22.7.2008 – 1 ABR 40/07.

31 Kania, in: Dieterich/Hanau/Schaub, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 87, Rn. 48.

Hotline gewandt hätten. Über die betriebsinterne Teilnehmernummer oder die private Anschlussnummer könnte dann der Name des meldenden Mitarbeiters nachvollzogen werden.³²

In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass für eine technische Kontrolleinrichtung im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG grundsätzlich verlangt wird, dass eine eigenständige Kontrollwirkung von der Einrichtung ausgehe.³³ Es ist also im Einzelfall zu prüfen, ob die eingesetzte Telefonanlage diese Voraussetzung erfüllt. Bei Telefonen steht zunächst die Kommunikationsfunktion im Vordergrund. Ist die Whistleblowinghotline technisch so ausgestaltet, dass eine Erfassung der Anruferkennung eingehender Anrufe nicht erfolgt, müsste auch ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG abgelehnt werden. Werden dagegen, möglicherweise automatisiert, die eingehenden Telefongespräche aufgezeichnet und die anfallenden Telefondaten protokolliert, so dass Anrufer der Hotline identifizierbar sind, ist ein entsprechendes Mitbestimmungsrecht anzunehmen.³⁴

3 Kündigungsschutz

Meldet ein Arbeitnehmer normwidriges Verhalten unter Umgehung der innerbetrieblichen Weisungskette an eine externe Stelle, so setzt er sich regelmäßig der Gefahr aus, arbeitsrechtliche Konsequenzen zu erleiden.³⁵ Es ist daher zu fragen, für welche Situation die Rechtsprechung in der Vergangenheit die Kündigung eines meldenden Arbeitnehmers gebilligt hat und ob der Gesetzgeber nicht *de lege ferenda* insofern eine Ausdehnung des gesetzlichen Kündigungsschutzes vornehmen müsste. Weiter ist zu untersuchen, ob durch betriebliche Ethikrichtlinien vorgeschriebene Whistleblowingverfahren die gefundenen Kriterien verändert werden.

3.1 Konsequenzen des Whistleblowing

Erkennt der Arbeitgeber in der Meldung eines Missstandes durch den Arbeitnehmer einen Tatbestand, welcher einer arbeitsrechtlichen Reaktion bedarf,

32 ArbG Wuppertal, Beschluss vom 15.6.2005 - 5 BV 20/05, NZA-RR 2005, S. 476-481.

33 BAG, Beschluss vom 14.9.1984 - 1 ABR 23/82, DB 1984, S. 2513.

34 Wisskirchen/Jordan/Bissels, DB 2005, S. 2190 (2192).

35 Breinlinger/Krader, RDV 2006, S. 60 (63).

stehen ihm in diesem Zusammenhang als Instrumente die ordentliche und die außerordentliche Kündigung zur Verfügung.³⁶

Für erstere sind im Falle der Anwendbarkeit³⁷ des Kündigungsschutzgesetzes die Kriterien einer verhaltensbedingten Kündigung zu beachten. Dem Arbeitnehmer muss unter anderem die Verletzung einer arbeitsvertraglichen Pflicht vorzuwerfen sein. Diese liegt im Falle des Whistleblowings in der möglicherweise pflichtwidrigen Nichtbeachtung seiner Geheimhaltungspflichten, welche aufgrund der damit einhergehenden irreversiblen Vertrauensstörung oftmals auch eine vorherige Abmahnung entbehrlich macht.³⁸ Die im Arbeitsverhältnis bestehende Geheimhaltungspflicht ist Ausfluss der dem Arbeitgeber gegenüber bestehenden Treuepflicht.³⁹ Die Rechtsprechung hat Kriterien formuliert, wann eine Kündigung im Kontext von Whistleblowing zu billigen ist und wann diese unrechtmäßig ist.

Zeigt ein Arbeitnehmer seinen Vorgesetzten bei den Strafverfolgungsbehörden an, kann hierin ein Verhalten zu sehen sein, welches zur Begründung einer Kündigung geeignet ist. Diese Beurteilung ist von weiteren Kriterien abhängig. Der Arbeitnehmer darf nicht an der Ausübung seiner Pflichten als Staatsbürger gehindert werden, indem für den Fall eines solchen externen Whistleblowings die Kündigung droht. Allerdings ist die Unzulässigkeit einer Kündigung nicht für jeden Fall anzunehmen. Die Äußerung wissentlich unwahrer oder leichtfertig falscher Angaben kann dazu führen, dass eine Kündigung zu billigen ist.⁴⁰ Dem Interesse des Arbeitnehmers, den normwidrigen Vorgang zu melden, ist das Interesse des Arbeitgebers, innerbetriebliche Vorgänge vertraulich zu behandeln, entgegenzustellen. Der Arbeitnehmer muss in gewissen Grenzen die ihn treffenden Rücksichtnahmepflichten beachten und die geschäftlichen Interessen des Arbeitgebers wahren und der Gefahr von Reputationsverlusten entgegenzutreten. Die Anzeige des Arbeitnehmers muss im Verhältnis zu der Pflichtverletzung stehen; als Kriterium muss etwa einbezogen werden, ob die Meldung berechtigt ist oder welche

36 Beispiel ist in diesem Zusammenhang das auf die Reputation des Unternehmens negativ ausstrahlende externe Whistleblowing ohne vorgelagerte interne Meldung.

37 Die Anwendbarkeit ergibt sich aus den §§ 1 Abs. 1 und 23 Abs. 1 KSchG.

38 *Herbert/Oberrath*, NZA 2005, S. 193 (199).

39 *Weber-Rey*, AG 2006, S. 406 (410).

40 BVerfG, Beschluss vom 2.7.2001 – 1 BvR 2049/00, DB 2001, 1622.

Motivation der Meldung zugrunde liegt.⁴¹ Hat der Arbeitgeber ein innerbetriebliches Meldesystem geschaffen, kann dieses vorrangig zu nutzen sein.⁴² Die Klärung auf innerbetrieblichem Wege ist auch dann geboten, wenn das zu beanstandende Verhalten nicht durch den Arbeitgeber, sondern einen anderen Mitarbeiter ausgeübt wird.⁴³ Schließlich ist eine vorrangige interne Meldung dann entbehrlich, wenn sich der Arbeitnehmer ansonsten selbst der Gefahr der Strafverfolgung aussetzen würde, schwerwiegende Straftaten im Raum stehen oder nicht damit zu rechnen ist, dass das normwidrige Verhalten auf eine innerbetriebliche Meldung hin abgestellt wird.⁴⁴

Ob eine Kündigung als Konsequenz des Whistleblowing zulässig ist oder nicht, hängt damit von den Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Es sind die entgegenstehenden Interessen zu würdigen und miteinander abzuwägen.

3.2 Notwendigkeit eines gesetzlichen Schutz von Whistleblowern

In Deutschland ist der Schutz von Whistleblowern durch das Gesetz unzureichend. Nachdem etwa in § 17 Abs. 2 ArbSchG ein bereichsspezifisches Benachteiligungsverbot vorgesehen ist, lässt sich für das Melden allgemeinen normwidrigen Verhaltens ein Schutz allenfalls aus § 612a BGB herleiten. Die Praxisrelevanz als Schutzvorschrift ist in diesem Zusammenhang aber begrenzt. Zum einen geht die Normgeltung nicht maßgeblich über den Grundsatz von Treu und Glauben hinaus, zum anderen wird allzu leicht in Frage gestellt, dass die Meldung eine zulässige Ausübung der Rechte des Mitarbeiters darstellt.⁴⁵

Aktuell bestehen Bestrebungen des Gesetzgebers, § 612a BGB neu zu fassen und den Schutz für Whistleblower so stärker gesetzlich zu verankern. Das konkrete Vorhaben zur Neufassung des § 612a BGB wird in der Literatur kritisch aufgenommen. Es wird auf die Probleme mit der entsprechenden amerikanischen Parallelnorm hingewiesen.⁴⁶

41 BAG, Urteil vom 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, BAGE 107, 36-49 sowie BAG, Urteil vom 7.12.2006 – 2 AZR 400/05, DB 2007, 808-809; insbesondere zur Motivation des Meldenden LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 24.7.2007 – 7 Sa 451/07.

42 Sauer, DöD 2005, S. 121 (124).

43 Herbert/Oberrath, NZA 2005, S. 193 (194).

44 Bürkle, DB 2004, S. 2158 (2159).

45 Weber-Rey, AG 2006, S. 406 (411).

46 Thüsing/Leder, NZA 2008, S. 982 (985). Zuletzt wurden Meldungen laut, dass die begonnene Gesetzesinitiative zumindest in der 16. Legislaturperiode nicht weiterverfolgt wird,

Im amerikanischen Rechtskreis wird das in Sec. 301 SOX⁴⁷ vorausgesetzte Whistleblowing System durch die Regelung in Sec. 806 SOX abgesichert, die den Hinweisgeber unter umfassenden Schutz stellt und ihn insbesondere gegen Entlassung oder sonstige Diskriminierung schützt,⁴⁸ soweit er bei seiner Meldung vernünftigerweise von einem Verstoß ausgehen konnte (*reasonable belief*).⁴⁹ Der Schutz gem. Sec. 806 SOX deckt neben internem Whistleblowing auch Anzeigen bei einer Bundesbehörde oder vor Gericht ab.⁵⁰ Die Nichtbeachtung der Whistleblower-Schutzvorschriften ist gem. Sec. 1107 SOX strafbewehrt und kann mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren geahndet werden.⁵¹ Eine Lücke in der Konzeption exterritorialer Geltung des SOX ergibt sich jedoch für die Anwendung der Whistleblower-Schutzvorschrift in Sec. 806 SOX, der US-amerikanische Gerichte bisher noch keine exterritoriale Wirkung zugunsten von Arbeitnehmern außerhalb der USA zugesprochen haben.⁵² Mitarbeiter von Unternehmen, die nicht in den USA beschäftigt sind, sollten sich daher bei der Meldung von innerbetrieblichen Vorkommnissen an Behörden nicht auf den Schutz von Sec. 806 verlassen, sondern sich am rechtlichen Schutz nach dem Recht ihres Arbeitsortes orientieren.

Auch die mangelhafte Harmonisierung mit dem Datenschutzrecht, dem strafrechtlich bewehrtem Betriebsgeheimnisschutz sowie den gesetzlichen Schweigepflichten wird problematisiert.⁵³ Auch wenn die Umsetzung lediglich als eine Frage der Zeit erscheint, steht die explizite Ausformung zum heutigen Zeitpunkt noch nicht sicher fest.

<http://www.blog.beck.de/2009/01/27/whistleblowing-gesetzesanderung-auf-eis-gelegt/>, Stand 30.1.2009.

47 Sarbanes-Oxley Act.

48 Hartley, Internal Auditor 2008, S. 33; v. Zimmermann, WM 2007, S. 1060 (1061); kritisch zum tatsächlichen Schutz hingegen: Watnick, Fordham J. Corp. & Fin. L. (12), 2007, S. 831 (833 ff).

49 Reiter, RIW 2005, S. 168 (169).

50 Reiter, RIW 2005, S. 168 (169).

51 Reiter, RIW 2005, S. 168 (169); siehe Reiter, RIW 2005, S. 168 (170) zu Verfahren und Rechtsfolgen bei Verletzungen.

52 Carnero v. Boston Scientific Corp. 433 F3d 1 (US Court of Appeal, 1st Cir. 2006); hierzu ausführlich: Knöfel, RIW 2007, S. 493.

53 Sasse, NZA 2008, S. 990 (993).

4 Strafbarkeit und Schadensersatz

Dem Arbeitnehmer können in seiner Funktion als externem Whistleblower auch noch weitere einschneidende Konsequenzen drohen.

Zum einen kann der Mitarbeiter durch seine Meldung Strafvorschriften⁵⁴ verletzen. Wenn durch die Meldung normwidrigen Verhaltens Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse verraten werden, droht eine Strafbarkeit nach § 17 UWG.⁵⁵ Wenn man sich vor Augen hält, dass § 612a BGB in seiner neuen Fassung einen Schutz des Whistleblowers beabsichtigt, ergeben sich zu der genannten Strafvorschrift Wertungsbrüche, die im Sinne der Einheit der Rechtsordnung aufzulösen sind.⁵⁶

Schließlich kann auch die Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche durch den Arbeitgeber drohen. Als Anspruchsgrundlagen kommen auf vertraglicher Seite § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit zum tragen. Als deliktische Anspruchsnormen kommen § 823 Abs. 2 i.V.m. § 17 UWG als Schutzgesetz sowie, abhängig vom Einzelfall, § 824 BGB in Betracht. Anknüpfungspunkt kann insofern auch das pflichtwidrige Unterlassen einer zunächst internen Meldung des normwidrigen Verhaltens sein.⁵⁷ Weitere Voraussetzung für Schadensersatzansprüche ist Verschulden im Sinne von § 276 BGB. In der Meldung des normwidrigen Verhaltens muss also ein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln zu sehen sein. Der entsprechende Nachweis ist jedoch nicht einfach zu führen. In der Regel besitzt der Arbeitnehmer nicht die Absicht, seinen Arbeitgeber zu schädigen, auch ist ihm seine Verschwiegenheitsverpflichtung nicht so präsent, als dass die Weitergabe von Informationen ohne weiteres als Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt eingeordnet werden kann. Obligatorisch ist schließlich noch der Nachweis des Schadens.⁵⁸

5 Zusammenfassung

Wie vorliegend nur angerissen werden konnte, ist Whistleblowing ein Thema, welches vielfältige individual- und kollektivarbeitsrechtliche Fragen

54 Neben dem hier genannten § 17 UWG kommt für einen Syndikusanwalt etwa § 203 StGB in Betracht.

55 *Bürkle*, DB 2004, S. 2158 (2159).

56 *Sasse*, NZA 2008, S. 990 (993).

57 *Bürkle*, DB 2004, S. 2158 (2159).

58 *Herbert/Oberrath*, NZA 2005, S. 193 (199).

berührt. Der einzelne Mitarbeiter sieht sich mit Pflichten konfrontiert, die gegensätzliche Zielrichtungen verfolgen und ihn nicht von vorneherein überblicken lassen, wie er sich zu verhalten hat. Wenn im arbeitsvertraglichen Kontext Pflichtverstöße im Unternehmen offenbar werden, stehen dem Mitarbeiter verschiedene Verhaltensoptionen offen. Die hiermit angesprochene Bandbreite von Alternativen reicht von einer bloßen Nichtmeldung im Sinne eines Übergehens des Missstandes, einer Meldung im Rahmen der Weisungshierarchie über die Umgehung der Weisungskette (internes Whistleblowing) bis hin zum öffentlichen, also externen Whistleblowing an eine dritte Stelle.

Bei seiner Entscheidung wird der Mitarbeiter unter anderem zu berücksichtigen haben, welche Konsequenzen die Meldung für ihn persönlich haben kann. Solange das Whistleblowing nicht in den festen Grenzen eines geregelten Verfahrens abläuft, besteht die reale Gefahr von den für den gemeldeten Missstand verantwortlichen, Arbeitskollegen oder Vorgesetzten zur Rechenschaft gezogen zu werden. Dies äußert sich dann durch belastende Mobbingattacken oder im Ergebnis auch durch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, welche auch über andere Vorwände begründet sein mag. Andererseits ist das Abstellen von Missständen auch im zentralen Interesse eines Unternehmens, wenn es darum geht, dem Leitbild gelebter guter Corporate Governance näher zu kommen. Die Einhaltung der verschiedenen gesetzlichen Verpflichtungen ist das wesentliche Element verantwortungsvoller Unternehmensführung. Gesetzgeber und Unternehmen sind in der Pflicht, den einzelnen Mitarbeiter in der Whistleblowing-Situation zu unterstützen. Dies bedeutet zum einen, dass jederzeit eindeutig und transparent formuliert ist, welches Verhalten bei der Aufdeckung von Pflichtverstößen verlangt wird. Andererseits muss sich der Mitarbeiter dann aber auch auf den Schutz von Seiten desjenigen verlassen können, der die Meldung von ihm erwartet. Der Gesetzgeber ist damit aufgerufen, ungerechtfertigten Reaktionen auf eine Meldung in einer spezifischen Kündigungsschutzvorschrift zu begegnen. Das Unternehmen beweist über eine nachvollziehbare und interessengerechte interne Whistleblowingvorschriften die Orientierung am Gebot guter Unternehmensführung.

Literatur

- Barthel, Thomas; Huppertz, Christiane*, Arbeitsrecht und Datenschutz bei "Whistleblower-Klauseln", Ethik-Richtlinien. In: AuA 2006, S. 204-209.
- Behrendt, Markulf; Kaufmann, Mario*, Whistleblowing-Hotlines aus arbeits- und datenschutzrechtlicher Sicht – Lösungswege im Unternehmen. In: CR 2006, S. 642-648.
- Breinlinger, Astrid; Krader, Gabriela*, Whistleblowing – Chancen und Risiken bei der Umsetzung von anonym nutzbaren Hinweisgebersystemen im Rahmen des Compliance-Managements von Unternehmen. In: RDV 2006, S. 60-70.
- Bürkle, Jürgen*, Weitergabe von Informationen über Fehlverhalten in Unternehmen (Whistleblowing) und Steuerung auftretender Probleme durch ein Compliance-System. In: DB 2004, S. 2158-2161.
- Dieterich, Thomas; Hanau, Peter; Schaub, Günter (Begr.)* Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 8. Aufl., München 2008.
- Herbert, Manfred; Oberrath, Jörg-Dieter*: Schweigen ist Gold?, Rechtliche Vorgaben für den Umgang des Arbeitnehmers mit seiner Kenntnis über Rechtsverstöße im Betrieb. In: NZA 2005, S. 193-199.
- Knöfel, Oliver L.*: Whistleblowing und Sarbanes-Oxley – kein extra-territorialer Arbeitnehmerschutz?. In: RIW 2007, S. 493-495.
- Kort, Michael*: Ethikrichtlinien im Spannungsfeld zwischen US-amerikanischer Compliance und deutschem Konzernbetriebsverfassungsrecht. In: NJW 2009, S. 129-133.
- Hartley, Floyd R., Jr.*: An Uncertain Protection, Internal Auditor 2008, S. 33-36.
- Mengel, Anja; Hagemeister, Volker*: Compliance und arbeitsrechtliche Implementierung im Unternehmen, Fortsetzung des Beitrags "Compliance und Arbeitsrecht", BB 2006, S. 2466. In: BB 2007, S. 1386-1393.
- Reiter, Christian*: Der Schutz des Whistleblowers nach dem Sarbanes-Oxley Act im Rechtsvergleich und im internationalen Arbeitsrecht. In: RIW 2005, S. 168-178.
- Sasse, Stefan*: Hilfspolizist Arbeitnehmer – oder sinnvolle Neuregelung? In: NZA 2008, S. 990-993.

- Sauer, Olaf C.:* Whistleblowing – notwendiger Bestandteil moderner Personalpolitik?. In: DöD 2005, S. 121-124.
- Schuster, Doris-Maria; Darsow, Ingebjörg:* Einführung von Ethikrichtlinien durch Direktionsrecht. In: NZA 2005, S. 273-277.
- Thüsing, Gregor; Leder, Tobias:* Die Entwicklung des US-amerikanischen Arbeitsrechts in den Jahren 2006 und 2007. In: NZA 2008, S. 982-986.
- v. *Zimmermann, Georg:* „Whistleblowing“ – Anforderungen des Sarbanes-Oxley-Acts. In: WM 2007, S. 1060-1065.
- Watnick, Valerie:* Whistleblower Protections Under The Sarbannes-Oxley Act: A Primer And A Critique. In: Fordham J. Corp. & Fin. L. (12) 2007, S. 831-879.
- Weber-Rey, Daniela:* Whistleblowing zwischen Corporate Governance und Better Regulation. In: AG 2006, S. 406-411.
- Wisskirchen, Gerlind; Jordan, Christopher; Bissels, Alexander:* Arbeitsrechtliche Probleme bei der Einführung internationaler Verhaltens- und Ethikrichtlinien (Codes of Conduct/Codes of Ethics). In: DB 2005, S. 2190-2195.

Nachhaltigkeitsberichterstattung als Instrument der Corporate Governance

1 Einleitung

Seit der Weltkonferenz zu Umwelt und Entwicklung in Rio de Janeiro im Jahr 1992 ist der Begriff „Nachhaltigkeit“ (*Sustainability*) zu einer gesellschaftlich weithin akzeptierten Vision geworden. Er umschreibt als Grundidee, dass Menschen auf diesem Planeten so leben sollten, dass die Bedürfnisse der Gegenwart befriedigt werden, ohne die Bedürfnisse zukünftiger Generationen zu gefährden.¹ Es handelt sich gemeinhin um einen sog. „Megatrend“.²

Die obligatorischen Bestandteile des Jahresabschlusses und Lageberichts in Deutschland lassen eine adäquate Beurteilung einer nachhaltigen Unternehmensentwicklung nur begrenzt zu. Als freiwillig erstelltes Zusatzinstrument für die Analyse, Bewertung und Dokumentation der nachhaltigkeitsbezogenen Lage und Leistung von Unternehmen bietet sich die Nachhaltigkeitsberichterstattung an, durch die eine fundierte Darstellung der einzelnen Dimensionen Ökonomie, Ökologie, Soziales sowie deren integrierte Darstellung unter besonderer Beachtung der Interdependenzen untereinander erfolgt.

Corporate Governance betrifft u. a. unmittelbare Fragen zur Beziehung zwischen Kapitalgebern, Vorständen und Aufsichtsräten.³ Besondere Bedeutung spielen dabei die bestehenden Informationsasymmetrien im Sinne der *Principal-Agent-Theorie*.⁴ Nachhaltigkeitsberichte sollen aufzeigen, wie Unternehmen mit ökologischen, sozialen und ökonomischen Herausforderungen umgehen und können die Basis für Vertrauen und einen zukunftsbezogenen Dialog schaffen. Sie stellen damit ein vielversprechendes Instrument dar, um die verschiedenen *Stakeholder* eines Unternehmens zu informieren und die bestehenden Informationsasymmetrien zu verringern. Die Erstellung

1 Vgl. IÖW/IMUG (Hrsg.), Der Nachhaltigkeitsbericht, 2001, S. 5.

2 Vgl. BMU (Hrsg.), Megatrends der Nachhaltigkeit, 2008, S. 5-6.

3 Vgl. z. B. *Pfriem*, Corporate Governance. Die Unternehmung als gesellschaftlicher Akteur, in: Freidank/Müller/Wulf (Hrsg.), Controlling und Rechnungslegung, 2008, S. 492.

4 Vgl. z. B. *Paetzmann*, Corporate Governance, 2008, S. 20.

eines Nachhaltigkeitsberichtes signalisiert, dass ein Unternehmen bereit ist, gesellschaftliche Verantwortung zu übernehmen.⁵

Nachfolgend wird dargestellt, inwieweit sich die Nachhaltigkeitsberichterstattung in die aktuelle Corporate Governance-Diskussion einbetten kann, nach der die langfristige Wertschöpfung als ein Merkmal guter Corporate Governance hervorgehoben wird.

2 Nachhaltigkeitsberichterstattung als Teil der unternehmerischen Berichterstattung

Zur externen Berichterstattung eines Unternehmens zählt die Finanz-, Sozial-, Umwelt- und Nachhaltigkeitsberichterstattung. Es handelt sich jeweils um Instrumente zur Rechenschaftslegung gegenüber deren Anspruchsgruppen (*Stakeholder*).⁶

Die Finanzberichterstattung mit Jahresabschluss (bestehend aus Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung, Kapitalflussrechnung und Anhang) sowie ergänzendem Lagebericht ist vorwiegend auf finanzielle Informationen ausgerichtet. Hier wird im Wesentlichen über die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines Unternehmens informiert. Für diese Form der verpflichtenden Publizität eines Unternehmens existiert mittlerweile eine Vielzahl von Rechtsvorschriften. In Deutschland und Europa spielen insbesondere das Handelsgesetzbuch (HGB) und die International Financial Reporting Standards (IFRS) eine Rolle.

Der zunehmende technologische Fortschritt und das stetige Wirtschaftswachstum der Industriegesellschaft warfen in den 1970er Jahren kritische Fragen bezüglich der Umweltzerstörung, Umweltverschmutzung, der Ausschöpfung der Rohstoffe sowie der zunehmenden seelischen und körperlichen Belastung des Menschen auf.⁷ Diese Entwicklungen führten zur Forderung einer umfassenderen Verantwortung der Wirtschaft für gesellschaftliche Fragen. Daher wurde die unternehmerische Berichterstattung um einzelne soziale Aspekte erweitert (Sozialberichterstattung). Im deutschsprachigen

5 Vgl. IÖW/IMUG (Hrsg.), Der Nachhaltigkeitsbericht, 2001, S. 13.

6 Vgl. auch zu den folgenden Ausführungen Burschel/Losen/Wiendl, Betriebswirtschaftslehre der Nachhaltigen Unternehmung, 2004, S. 547-556.

7 Vgl. Schaltegger/Herzig, Berichterstattung im Lichte der Herausforderungen unternehmerischer Nachhaltigkeit, in: Isenmann/Gómez (Hrsg.), Internetbasierte Nachhaltigkeitsberichterstattung, 2008, S. 56.

Raum bürgerte sich für diese Form der freiwilligen Berichterstattung in Wissenschaft und Praxis der Begriff „Sozialbilanz“ ein. Das grundlegende Ziel der Sozialberichterstattung besteht darin, die klassische Berichterstattung eines Unternehmens thematisch zu erweitern, um transparent zu machen, wie und in welchem Umfang das Unternehmen seine soziale Verantwortung wahrnimmt.

Die steigende Wahrnehmung der Umweltschutzproblematik in den 1980er Jahren und ein verändertes Umweltschutzbewusstsein belebte die Diskussion einer über ökonomische Aspekte hinausgehende Verantwortung der Unternehmen neu. Die Unternehmen reagierten mit der Implementierung von Umweltmanagementsystemen und der Umweltberichterstattung. Mit der Verordnung (EWG) Nr. 1836/93 des Rates vom 29. Juni 1993 über die freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (Eco Management and Audit Scheme - EMAS) wurde von der EU erstmals ein Konzept erstellt, mit dessen Hilfe gewerblichen Unternehmen eine Hilfestellung zur Verbesserung ihre Umweltleistungen gegeben werden sollte. Im Zuge der internationalen Normierungsbestrebungen wurde 1997 zudem in Deutschland die DIN-Norm 33922 als Richtlinie zur Erstellung von Umweltberichten verabschiedet. Weitere Richtlinien zur Umweltberichterstattung wurden von einigen Wirtschaftsverbänden veröffentlicht.

Diese Entwicklung mündete um den Jahrtausendwechsel in der integrierten Darstellung der einzelnen Dimensionen Ökonomie, Ökologie und Soziales also der Kombination von Finanzbericht, Umweltbericht und Sozialbericht im Sinne einer Nachhaltigkeitsberichterstattung, wie Abbildung 1 zeigt.

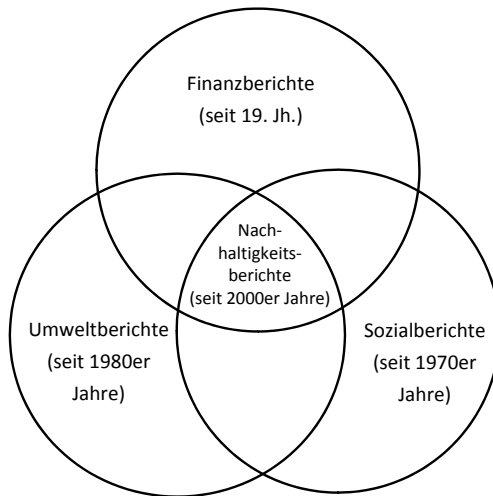


Abb. 1: Einordnung der Nachhaltigkeitsberichterstattung in die Unternehmensberichterstattung

Der Hauptgrund für die Veröffentlichung von Nachhaltigkeitsberichten dürfte jedoch auf das Bestreben zurückgehen, Informationsasymmetrien zu reduzieren. Die Informationsasymmetrien ergeben sich aus dem grundsätzlichen Informationsproblem und dem Principal-Agenten-Problem. Ersteres beruht darauf, dass bspw. vor einer Kreditentscheidung (ex ante) zwischen potenziellen Kapitalgebern und Managern eines Unternehmens eine Informationsasymmetrie besteht, die im Extremfall zu einem Versagen des Kapitalmarktes führen kann, da Unternehmen ohne Informationsbereitstellung weder gut noch schlecht bewertet werden können und deshalb allen Unternehmen zu gleichen Konditionen Kredite angeboten werden würden. Zum anderen kann z. B. auch nach der Kreditvergabe (ex post) eine Informationsasymmetrie bestehen, da die Kapitalgeber (Prinzipale) nicht wissen, ob die Manager (Agenten) möglicherweise nur in eigenem Interesse handeln, das möglicherweise im Widerspruch zum Interesse der Kapitalgeber steht (Prinzipal-Agenten-Problem).⁸ Um einen aus diesen Problemen resultierenden Risikozuschlag seitens der Kapitalgeber zu vermeiden, der zusätzliche Kapitalkos-

⁸ Vgl. bereits *Jensen/Meckling*, Theory of the Firm, in: *Journal of Financial Economics*, 1976, S. 305-360.

ten für Unternehmen bedeutet, ist es im Interesse der Unternehmen, die Informationsasymmetrie durch Publizitätsaktivitäten abzubauen. Das Problem der Informationsasymmetrie ergibt sich jedoch nicht nur im Zusammenhang mit den Kapitalgebern, sondern im Umgang mit allen Anspruchsgruppen des Unternehmens.

3 **Standardisierung der Nachhaltigkeitsberichterstattung**

Die Publikation von Nachhaltigkeitsberichten ist derzeit noch nicht gesetzlich normiert, so dass jedes Unternehmen grundsätzlich nach eigenen Vorstellungen *Agenda-Setting* betreiben kann.⁹ Die Nachhaltigkeitsberichterstattung kann jedoch nicht mehr ausschließlich der freiwilligen Publizität zugerechnet werden, da z. B. der Lagebericht bei großen Kapitalgesellschaften und Konzernen gem. § 289 HGB bzw. § 315 HGB seit dem Bilanzrechtsreformgesetz auch Informationen wie Umwelt- und Arbeitnehmerbelange enthalten muss.¹⁰ Dennoch kann ein vom Unternehmen als Nachhaltigkeitsbericht bezeichneter Report als Werbe- oder Imagebroschüre konzipiert sein, so dass eine umfassende und selbstkritische Information im Sinne einer nachhaltigen Unternehmensführung möglicherweise nicht stattfindet. Denn ohne gesetzliche Vorschriften kann in den Berichten theoretisch Augenwischerei betrieben werden, indem z. B. schlechte Nachrichten ausgespart werden.¹¹ Durch solche Manipulationen kann die gesamte Nachhaltigkeitsberichterstattung an Glaubwürdigkeit verlieren. Daher verfolgen verschiedene Institutionen das Ziel eine gewisse Standardisierung herzustellen.

Dazu wurden in den vergangenen Jahren verschiedene Verfahrensleitlinien zur Nachhaltigkeitsberichterstattung entwickelt.¹² Diese bieten für Unternehmen eine gewisse Orientierung, wie über Nachhaltigkeit berichtet werden kann. Im Folgenden werden die *Global Reporting Initiative Guidelines* sowie

9 Als *Agenda-Setting* wird das Platzieren von bestimmten Themen und Meinungen in der Öffentlichkeit verstanden.

10 Vgl. Hofmann, Nachhaltigkeitsberichterstattung: Information oder Manipulation?, in: ZCG 2007, S. 132.

11 Vgl. auch IÖW/IMUG (Hrsg.), Nachhaltigkeitsberichterstattung, 2002, S. 30.

12 Für eine ausführliche Übersicht vgl. UNEP/KPMG (Hrsg.), Carrots and Sticks for Starters, 2006, S. 16-29.

der *AccountAbility 1000 Assurance Standard* erläutert, die in der Berichterstattung eine Vorreiterrolle einnehmen.¹³

3.1 Global Reporting Initiative - Sustainability Reporting Guidelines

Die Sustainability Reporting Guidelines Version 3.0, auch G3 genannt, sind die dritte und aktuell gültige Fassung der Leitlinien zur Nachhaltigkeitsberichterstattung der niederländischen Stiftung Global Reporting Initiative (GRI).¹⁴ Gegründet wurde die GRI 1997 durch eine Initiative der Coalition on Environmentally Responsible Economics (CERES)¹⁵ und des United Nations Environment Programme (UNEP)¹⁶. Mitglieder sind Firmen, Nicht-regierungsorganisationen (NGO) sowie staatliche Organisationen, die ein weltweites Netzwerk bilden. Ihr Vorhaben ist es, internationale Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung von Organisationen zu erarbeiten, diese fortlaufend zu optimieren und zu verbreiten.¹⁷ Übergeordnetes Ziel der G3 ist die Erreichung von Transparenz, also die vollständige Offenlegung von Informationen, die notwendig sind, um nachhaltigkeitsrelevante Auswirkungen darzustellen und die es den Stakeholdern ermöglichen, Entscheidungen zu treffen.¹⁸ In diesem Zusammenhang wird zwecks Erhöhung der Glaubwürdigkeit neben internen Audits auch eine externe Prüfung empfohlen. Damit kann die Anwendungsebene des Berichts, die sich je nach Ausführlichkeit von „C“ über „B“ bis „A“ erstreckt, validiert werden, so dass bei erfolgreicher Prüfung die entsprechende Ebene mit einem Plus gekennzeichnet wird, also z.B. „A+“ bei vollständiger Anwendung mit Audit.¹⁹ Nachfolgend sollen die wesentlichen Elemente der Sustainability Reporting Guidelines Version 3.0 kurz dargestellt werden, wobei auf detaillierte Angaben zu den einzelnen Anwendungsebenen verzichtet wird.

13 Vgl. Haller/Ernstberger, Global Reporting Initiative, in: BB 2006, S. 2517; Clausen/Loew, Mehr Glaubwürdigkeit durch Testate?, 2005, S. 54.

14 Die Standards sind im Internet unter www.globalreporting.org kostenfrei abrufbar.

15 Ein Netzwerk von Investoren, Umweltschutzgruppen und anderen Organisationen, die sich mit Nachhaltigkeitsthemen wie dem Klimawandel beschäftigen (www.ceres.org).

16 Bezeichnung für das Umweltprogramm der Vereinten Nationen, das den schonenden Umgang mit der Umwelt sowie nachhaltige Entwicklung fördern und verbreiten will (www.unep.org).

17 Vgl. Haller/Ernstberger, Global Reporting Initiative, in: BB 2006, S. 2517.

18 Vgl. GRI (Hrsg.), Sustainability Reporting Guidelines, 2006, S. 6.

19 Vgl. GRI (Hrsg.), GRI Application Levels, 2006, S. 2.

Die G3 setzen sich aus den *Reporting Principles and Guidance* (Prinzipien und Anleitungen für die Berichterstattung) sowie den *Standard Disclosures* (Standardangaben) zusammen, wie Abbildung 2 verdeutlicht.

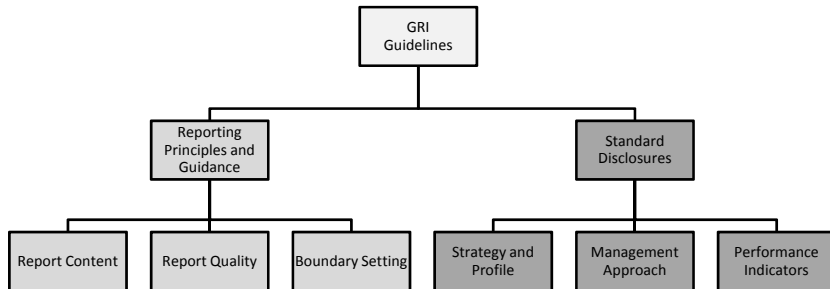


Abb. 2: Aufbau der GRI Guidelines

Die *Reporting Principles and Guidance* enthalten Prinzipien zu Inhalt und Qualität des Berichts (*Report Content and Quality*) sowie eine Anleitung zur Ermittlung des Berichtsumfangs (*Boundary*). Dabei wird zwischen Prinzipien zum Berichtsinhalt (*Materiality, Stakeholder Inclusiveness, Sustainability Context* und *Completeness*) sowie den Prinzipien zur Berichtsqualität (*Balance, Comparability, Accuracy, Timeliness* und *Clarity*) unterschieden. Der Berichtsumfang (*Boundary Setting*) ergibt sich aus dem Einfluss des berichtserstattenden Unternehmens in abgestufter Form (*Decision-tree*). Grundsätzlich wird nur umfassend über Organisationseinheiten (z. B. Tochterunternehmen) berichtet, wenn diese einen bedeutenden Einfluss auf die Nachhaltigkeitsleistung der gesamten Organisation haben.

Der zweite Teil der G3, die Standardangaben (*Standard Disclosures*), enthalten die drei Komponenten *Strategy and Profile*, *Management Approach* und die *Performance Indicators*.

Strategy and Profile setzt sich aus *Strategy & Analysis*, *Organizational Profile*, *Report Parameters* sowie *Governance, Commitments and Engagement* zusammen. *Strategy & Analysis* bezeichnet die übergreifende strategische Betrachtung des Nachhaltigkeitsverständnisses der Organisation. Das *Organizational Profile* umfasst grundsätzliche Angaben zur Organisation, wie z.B. Rechtsform oder Hauptsitz. Die *Report Parameters* enthalten Anga-

ben zum vorliegenden Bericht, wie etwa Berichtszeitraum oder -umfang. Falls eine Prüfung des Berichts durch externe Dritte erfolgt, ist dies hier zu erläutern. Angaben zu Führungsstruktur, Verpflichtungen gegenüber externen Initiativen sowie zur Einbeziehung von *Stakeholdern* werden im Punkt *Governance, Commitments and Engagement* gemacht.

Durch den *Management Approach* sollen Nachhaltigkeitsangaben zu *Goals and Performance* (Ziele und Leistungen), *Policy* (Unternehmenspolitik) sowie *Additional contextual information* (zusätzliche Kontextinformationen) für jede Kategorie von Leistungsindikatoren gegeben werden. Somit soll die Organisation darlegen, wie bestimmte Aufgaben behandelt werden und welche Konzepte dabei verfolgt werden.²⁰ Die Organisation kann die Angaben so strukturieren, dass entweder alle Aspekte einer Kategorie jeweils zusammen dargestellt werden oder die Antworten jeweils für die unterschiedlichen Aspekte gegeben werden.

Schließlich umfassen die Standardangaben *die Performance Indicators* (Leistungsindikatoren). Diese sind gegliedert in *Economic, Environmental* und *Social Performance Indicators*. Die ökonomischen Indikatoren geben u.a. Auskunft über Einnahmen, Subventionen oder Geschäftspraktiken. Ökologische Indikatoren sind z.B. Energieverbrauch oder Treibhausgasemissionen. Die sozialen Indikatoren können weiter untergliedert werden in *Labor Practices and Decent Work, Human Rights, Society* und *Product Responsibility*. *Labor Practices and Decent Work* bezeichnen Arbeitspraktiken sowie menschenwürdiges Arbeiten. Indikatoren sind z. B. Mitarbeiterfluktuation oder Berufskrankheiten. Indikatoren zu *Human Rights* sind bspw. Aktivitäten, bei denen ein hohes Risiko von Zwangsarbeit besteht. Leistungsindikatoren zum Aspekt *Society* sind z.B. die Teilnahme am Lobbying oder die Anzahl der Organisationseinheiten, die auf Korruptionsrisiken untersucht wurden. Zur *Product Responsibility* sollen Leistungsindikatoren in Form von Angaben zu Bußgeldern infolge von Gesetzesverstößen in Zusammenhang mit Produkten oder Dienstleistungen dargestellt werden.

Neben den Prinzipien und Anleitungen für die Berichterstattung sowie den Standardangaben gibt es für Organisationen bestimmter Branchen Ergänzungen (*Sector Supplements*) zu den bestehenden Leitlinien, die spezifische Leistungsindikatoren und passende Anleitungen enthalten. Aktuell gibt es für die Branchen Flughäfen, Bekleidung und Schuhe, Automobile, Elektrische

20 Vgl. Günther/Hoppe, Global Reporting Initiative, in: WISU 2008, S. 508.

Artikel, Finanzdienstleistungen, Nahrungsmittelindustrie, Logistik und Transportwesen, Berg- und Metallbau, NGO, Öffentliche Einrichtungen, Telekommunikation sowie Reiseanbieter spezielle Anhänge zu den Leitlinien.

Noch in der Entwicklung, aber bereits geplant, sind nationale Anhänge (*National Annexes*), die bspw. zu landesspezifischen Fragen von besonderer Bedeutung oder kulturellen Unterschieden Stellung nehmen und Hinweise für die Berichterstellung geben.

3.2 AccountAbility 1000 Series

Die 2003 erstmals vom *Institute of Social and Ethical AccountAbility*²¹ veröffentlichte und zuletzt 2008 aktualisierte *AccountAbility 1000 Series* (AA1000) besteht aus drei wesentlichen Bestandteilen: dem *AccountAbility Principles Standard* (APS), *Assurance Standard* (AS) und dem *Stakeholder Engagement Standard* (SES).²² Im Kern zielt eine Überprüfung nach AA1000 darauf ab, eine Aussage über die Ausgestaltung der Organisation in puncto Nachhaltigkeit zu ermöglichen.

Die Standards beruhen auf den drei Prinzipien *Inclusivity*, *Materiality* und *Responsiveness*. Eine Organisation die AA1000-konform ausgerichtet ist, soll also seine Anspruchsgruppen mit in das Management und in die betriebliche Tätigkeit einbeziehen (*Inclusiveness*), im Rahmen der Nachhaltigkeitsaktivitäten all das Wesentliche tun (*Materiality*) und unter Berücksichtigung von und mit Anspruchsgruppen zusammen arbeiten (*Responsiveness*). Die konkreten Ansätze dazu sind im AA1000APS beschrieben und zeigen bereits den Weg auf: Nachhaltigkeit als reines PR- oder Marketingthema isoliert anzugehen ist nicht zielführend und dies wird in dem Standard entsprechend berücksichtigt. Stattdessen muss Nachhaltigkeit das gesamte Unternehmen durchdringen.

Im Mittelpunkt des AA1000AS steht die Einbeziehung der *Stakeholder* in die internen Prozesse der Organisation, so dass diese sich kontinuierlich weiterentwickeln kann. Dies veranschaulicht Abbildung 3, die den Stakeholder-Einbezug im Mittelpunkt der AA1000 Series darstellt, eingebettet in die

21 Eine gemeinnützige Organisation, die 1996 von Unternehmen, Wissenschaftlern und Praktikern gegründet wurde. Ihr gemeinsames Ziel ist die Wiederherstellung von Vertrauen zwischen *Stakeholdern* und Unternehmen mittels Professionalisierung von nachhaltiger Berichterstattung (vgl. www.accountability21.net).

22 Die Standards sind im Internet unter www.accountability21.net kostenfrei abrufbar.

Planung (*Planning*), Rechnungslegung (*Accounting*) sowie Prüfung und Berichterstattung (*Auditing and reporting*).



Abb. 3: Das prozessorientierte AA1000 Modell²³

Die Planung umfasst bspw. die Identifikation der *Stakeholder* sowie die Überprüfung von aktuellen Werten. Aufgaben der Rechnungslegung sind u.a. Themenauswahl sowie die Identifikation von Leistungsindikatoren. Die Prüfung und Berichterstattung umfasst die Berichtsvorbereitung, die Berichtsprüfung sowie dessen Bekanntmachung, verbunden mit dem Einholen von Resonanzen seitens der *Stakeholder*.

Weitere Hauptmerkmale des AA1000AS sind, dass der Standard die gesamte Unternehmensleistung (*sustainability performance*) beinhaltet, sich auf die wesentlichen Themen der *Stakeholder* konzentriert sowie die Vollständigkeit des Unternehmensverständnisses hinsichtlich des Unternehmenserfolgs und seiner Auswirkungen untersucht. Darüber hinaus wird die Dialogfähigkeit mit den *Stakeholdern* beurteilt, so dass der AA1000AS einen zukunftsorientierten Ansatz bietet, der angibt, wie fähig eine Organisation zur Durchführung erklärter Politik und Ziele ist.

Wendet eine Organisation den AA1000AS an, verpflichtet sie sich damit zur Ganzheitlichkeit (*inclusivity*). Diese erfordert von der Organisation ein Bekenntnis,

23 Entn. aus AccountAbility (Hrsg.): Overview, 1999, S. 12.

- seine sozialen, ökologischen und ökonomischen Leistungen und Einflüsse, aber auch die Sichtweisen verbundener Stakeholder zu identifizieren und zu verstehen,
- zur Prüfung und konsequenten Reaktion (positiv oder negativ) auf die Ansprüche und Bedürfnisse seiner Stakeholder in der Unternehmenspolitik und -tätigkeit sowie
- zur Bereitstellung eines Zugangs für die Stakeholder zu Entscheidungen, Maßnahmen und Einflüssen der Organisation.

Diese Verpflichtung geht mit dem *Assurance Process* (Bewertungsprozess) einher, der von einem externen *Assurance Provider* begleitet wird. Dabei wird vor allem die Einhaltung der drei Grundprinzipien (*inclusivity*, *materiality* und *responsiveness*) geprüft.

Darüber hinaus ist durch den *Assurance Provider* zu kontrollieren, ob die berichterstattende Organisation ausreichend Beweise zur Unterstützung der Richtigkeit der Informationen im Bericht nachweisen kann. Das abschließende Assurance Statement vom Assurance Provider soll die Glaubwürdigkeit des Berichts und der zugrunde liegenden Systeme, Prozesse und Kompetenzen, die die relevanten Informationen liefern, erläutern und die Organisationsleistung untermauern.

4 Studie zur Nachhaltigkeitsberichterstattung in Deutschland des BMU

In einer umfassenden Studie aus dem Jahr 2007 des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) wurden im Zeitraum von 2000 bis September 2007 veröffentlichte Nachhaltigkeitsberichte deutscher Unternehmen und deutscher Tochterunternehmen internationaler Konzerne untersucht.²⁴ Insgesamt wurden in Deutschland 172 Nachhaltigkeitsberichte herausgegeben, davon wurden 91 (53%) Berichte von deutschen Unternehmen vorgelegt. 9 (5%) der Berichte wurden von Tochterunternehmen internationaler Konzerne vorgelegt. Die restlichen Nachhaltigkeitsberichte wurden von Gebietskörperschaften (34%), Bildungs- und Sozialeinrichtungen (5%) sowie Verbänden (3%) vorgelegt.

²⁴ Vgl. auch zu den nachfolgenden Ausführungen BMU (Hrsg.), Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, 2007.

Es wird in der Studie festgestellt, dass sich die absolute Anzahl der Berichte nach wie vor auf geringem Level bewegt (von rund 3 Mio. Unternehmen in Deutschland berichten lediglich 100 Unternehmen integriert über Nachhaltigkeitsthemen). Insofern hat sich der Nachhaltigkeitsbericht als Publizitätsinstrument in weiten Kreisen noch nicht durchgesetzt. Allerdings beschäftigen die berichtenden Unternehmen insgesamt ca. 2,5 Millionen Mitarbeiter und erzielen einen Umsatz von über 500 Mrd. Euro, was die geringe absolute Zahl der Nachhaltigkeitsberichte in einem anderen Licht erscheinen lässt. An dieser Stelle muss hinterfragt werden, warum mit 94 Prozent beinahe ausschließlich große Unternehmen (mehr als 250 Mitarbeiter) Berichte erstellen. Ursachen hierfür können einerseits in der ungleichen Ressourcenausstattung, andererseits auch in den enormen Informationsanforderungen gesehen werden. Von den im DAX30 gelisteten Unternehmen publizierten bis Ende 2006 immerhin knapp 75% einen Nachhaltigkeitsbericht.

Von den 100 Nachhaltigkeitsberichten wurden 86 nicht testiert, elf von Wirtschaftsprüfern geprüft und drei Berichte von Forschungsinstituten bewertet bzw. kommentiert. Dieses Ergebnis ist überraschend, bedenkt man, dass vorwiegend Großunternehmen Nachhaltigkeitsberichte erstellen. Denn diese arbeiten schon bei der Prüfung von Jahres- bzw. Konzernabschlüssen mit Wirtschaftsprüfern zusammen und beauftragen diese darüber hinaus auch mit speziellen Sonderprüfungen, bspw. im Bereich M&A oder Unterschlagungsprüfungen. Insofern kann die geringe Testierungsrate bei den Nachhaltigkeitsberichten als atypisches Unternehmensverhalten gewertet werden, vor allem unter dem Gesichtspunkt, dass gerade die von Großunternehmen bereitgestellten Daten sowohl bei Investoren als auch in der Öffentlichkeit Beachtung finden und daher korrekt und glaubwürdig sein sollten. Die Anwendung von Leitlinien wurde in der Studie nur im Hinblick auf die GRI-Guidelines untersucht. So wurde festgestellt, dass zehn der 100 Berichte in Übereinstimmung mit den GRI-Guidelines aufgestellt wurden, sich 38 an ihnen orientieren und die Mehrheit von 52 Unternehmen die Leitlinien der GRI gar nicht anwendet.

Insgesamt wird deutlich, dass die Zahl der publizierten Nachhaltigkeitsberichte kontinuierlich zunimmt und es bei der Nachhaltigkeitsberichterstattung weder ein einheitliches Vorgehen bei der Testierung noch bei der Anwendung von Verfahrensleitlinien gibt.

5 Fazit

Auch wenn sich aus dem Deutschen Corporate Governance Kodex (DCGK) (noch) keine Empfehlung zur Veröffentlichung eines Nachhaltigkeitsberichtes ergibt, kann dieser ein geeignetes Instrument zur Corporate Governance sein. Für die *Stakeholder* stellt der Nachhaltigkeitsbericht wichtige Informationen über die verbundenen Dimensionen Soziales, Ökologie und Ökonomie bereit. Die Erstellung von Nachhaltigkeitsberichten kann einen positiven Effekt auf den *Shareholder Value* haben.²⁵

Da die Ausgestaltung von Nachhaltigkeitsberichten in keiner Weise normiert ist, betreiben zahlreiche Institutionen den Versuch, gewisse Standards bzw. Leitlinien zu implementieren. Die wohl wichtigsten Standards werden zurzeit von der Global Reporting Initiative (GRI) herausgegeben. Die weitere Normierung und die verbindliche, unabhängige Prüfung durch externe Gesellschaften könnte die Relevanz und Verlässlichkeit der publizierten Nachhaltigkeitsberichte signifikant erhöhen.²⁶

Die Zahl der bisher publizierten Nachhaltigkeitsberichte bewegt sich derzeit auf einem sehr niedrigen Niveau. Lediglich deutsche Großunternehmen mit mehr als 250 Mitarbeitern berichten wirklich umfassend über ihr nachhaltiges Wirtschaften.

Literatur

AccountAbility (Hrsg.): AA1000 Overview, 1999,

<http://www.accountability21.net/uploadedfiles/publications/AA1000%20overview.pdf> (6.2.2009).

BMU (Hrsg.): Megatrends der Nachhaltigkeit - Unternehmensstrategie neu Denken, Berlin 2008.

BMU (Hrsg.): Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen – Status Quo Report Deutschland 2007, Berlin 2007.

BMU (Hrsg.): Nachhaltigkeitsberichterstattung: Empfehlungen für eine gute Unternehmenspraxis, Berlin 2007.

25 Vgl. *Labbé/Stein*, Nachhaltigkeitsbericht als Instrument der Unternehmenskommunikation, in: DB 2007, S. 2667.

26 Vgl. auch BMU (Hrsg.), Nachhaltigkeitsberichterstattung, 2007, S. 11.

- Burschel, Carlo; Losen, Dirk; Wiendl, Andreas*: Betriebswirtschaftslehre der Nachhaltigen Unternehmung, München 2004.
- Clausen, Jens; Loew, Thomas*: Mehr Glaubwürdigkeit durch Testate? Internationale Analyse des Nutzens von Testaten in der Umwelt- und Nachhaltigkeitsberichterstattung, Hannover/Berlin 2005.
- GRI (Hrsg.): GRI Application Levels, Amsterdam 2006.
- GRI (Hrsg.): Sustainability Reporting Guidelines, Amsterdam 2006.
- Günther, Edeltraud; Hoppe, Holger*: Global Reporting Initiative, in: WISU 4/2008, S. 507-508.
- Haller, Axel; Ernstberger, Jürgen*: Global Reporting Initiative, in: BB 2006, S. 2517.
- Hofmann, Stefan*: Nachhaltigkeitsberichterstattung: Information oder Manipulation?, in: ZCG 2007, S. 131-137.
- IÖW/IMUG (Hrsg.): Der Nachhaltigkeitsbericht – Ein Leitfaden zur Praxis glaubwürdiger Kommunikation für zukunftsfähige Unternehmen, Berlin 2001.
- IÖW/IMUG (Hrsg.): Nachhaltigkeitsberichterstattung: Praxis glaubwürdiger Kommunikation für zukunftsfähige Unternehmen, Berlin 2002.
- Jensen, Michael C.; Meckling, William H.*: Theory of the Firm: Manager Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure, in: Journal of Financial Economics, 1976, S. 305-360.
- Labbé, Marcus; Stein, Hans-Jürgen*: Nachhaltigkeitsberichte als Instrument der Unternehmenskommunikation, in: DB 2007, S. 2661-2667.
- Paetzmann, Karsten*: Corporate Governance – Strategische Marktrisiken, Controlling, Überwachung, Berlin/Heidelberg 2008.
- Pfriem, Reinhard*: Corporate Governance. Die Unternehmung als gesellschaftlicher Akteur, in: Freidank/Müller/Wulf (Hrsg.), Controlling und Rechnungslegung, 2008, S. 489-501.

Schaltegger, Stefan; Herzig, Christian: Berichterstattung im Lichte der Herausforderungen unternehmerischer Nachhaltigkeit, in: Isenmann/Gómez (Hrsg.), Internetbasierte Nachhaltigkeitsberichterstattung, Berlin 2008, S. 51-64.

UNEP/KPMG (Hrsg.): Carrots and Sticks for Starters: Current trends and approaches in Voluntary and Mandatory Standards for Sustainability Reporting, Parktown 2006.

Klimaschutz – Entscheidungsfindung zwischen Volkswille und Wachstumszwang am Beispiel des Kyoto-Protokolls

1 Einleitung

Das Kyoto-Protokoll (KP) und dessen Inkrafttreten im Speziellen stellen einen Meilenstein und zugleich einen Wendepunkt in der internationalen Klimaschutzpolitik dar. Trotz der unterschiedlichen und häufig konfligierenden nationalstaatlichen Interessen ist es in Kooperation der internationalen Staatengemeinschaft gelungen, für einen Teil der Industriestaaten verbindliche Emissionsziele zum Schutze des globalen Klimas festzulegen. Welche Faktoren die Staaten bei ihrer Entscheidungsfindung in der Folgezeit nach der Weltklimakonferenz im Dezember 1997 in Kyoto dazu bewogen haben mögen, dem KP beizutreten bzw. nicht beizutreten, ist Gegenstand dieser Untersuchung.

Ein Großteil der diesbezüglich relevanten Literatur beschäftigt sich mit ökonomischen Faktoren, wie z.B. Wirtschaftswachstum, Pro-Kopf-Einkommen, Entwicklungsstand und Energieintensitäten der Länder.¹ Ein besonderes Augenmerk gilt dabei dem Wirtschaftswachstum, da viele dieser Studien einen Zielkonflikt zwischen der Einhaltung der Emissionsreduktionsziele des KP und der Aufrechterhaltung des Wirtschaftswachstums als Motor der globalen Wirtschaft sehen. Konkrete Analysen errechnen Kosten, die einem Land aus dem Beitritt zum KP entstehen in Höhe von bis zu 6% des Bruttoinlandsproduktes (BIP).²

Andere Untersuchungen analysieren politische Faktoren, wie z.B. Parteiinteressen und Lobbyismus Aktivitäten.³ Das Ziel dieser Analyse ist es, den Einfluss der Einstellungen in den Bevölkerungen gegenüber dem KP als politischen Faktor nachzuweisen. Auf diese Weise soll gezeigt werden, dass die Entscheidungsfindung im Kontext von Global Governance demokrati-

1 *York*: Population Research and Policy Review, Nr. 24, 2005, S. 513 (516 ff.).

2 *Khanna*, Ecological Economics, Nr. 38, 2001, S. 59 (64).

3 *McCright/Dunlap*, Social Problems, Nr. 50, 2003, S. 348 (352 ff.).

schen Prinzipien folgt, und dass KP-Beitritte durch den Volkswillen legitimiert sind.

Neben den ökonomischen und politischen Faktoren sind ökologische und regionale Einflüsse zu beachten, da Klimawandelprognosen davon ausgehen, dass der Klimawandel einige Regionen stärker treffen wird als andere und es daher Verlierer aber auch Gewinner geben kann.

Der zweite Abschnitt zeigt zunächst die Probleme auf, die mit dem Klima als globalen öffentlichem Gut einhergehen und beschreibt das KP als möglichen Lösungsansatz des Klimawandels, bevor im dritten Abschnitt Hypothesen über potentielle Einflussfaktoren für die Beitrittsentscheidung aufgestellt werden. Im vierten Abschnitt werden diese Hypothesen auf empirischer Ebene getestet und die Schätzergebnisse vorgestellt. Abschließend fasst der fünfte Abschnitt die Resultate zusammen und zeigt weiteren Forschungsbedarf auf.

2 Klimawandel und Klimaschutz

2.1 Das Klima als globales öffentliches Gut

Abgesehen von der weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise steht derzeit kaum ein anderes Thema so sehr im öffentlichen Fokus und wird so kontrovers diskutiert wie der globale Klimawandel. Während einzelner hartnäckiger Klimawandelskeptiker zum Trotz in Fachkreisen die gängige Meinung vorherrscht, dass uns in Zukunft eine vom Menschen induzierte Veränderung des Weltklimas bevorsteht, gehen die Ansichten über die negativen Folgen und deren Ausmaß weit auseinander. In welchen Dimensionen sich die prognostizierten Folgen bewegen, aber auch wie ungenau diese Prognosen sind, kann am Beispiel des IPCC Berichtes gesehen werden, der für das Jahr 2090 eine durchschnittliche Erderwärmung je nach Szenario von 1,8° bis hin zu 4,0° Celsius im Vergleich zum Jahr 1990 vorhersagt.⁴

Neben der großen Unsicherheit, wie sich der Klimawandel in den kommenden Jahrzehnten tatsächlich auswirken wird, verschärft der Umstand, dass unser Klima ein globales öffentliches Gut darstellt, die Problematik.

Globale öffentliche Güter sind durch das Kriterium der Nicht-Ausschließbarkeit gekennzeichnet. D.h. kein Land kann in Anbetracht souveräner Ein-

⁴ IPCC, Climate Change 2007: Synthesis Report, S. 45.

zelstaaten und dem Fehlen einer „Weltregierung“ an der Nutzung des Klimagutes gehindert werden. Gleichzeitig betreffen negative Nutzungsfolgen (Externe Effekte) wie beispielsweise Umweltschäden durch Emissionen nicht nur das emittierende Land, sondern den gesamten Globus. Die Kombination dieser beiden Effekte ist die Ursache dafür, warum sich die Durchsetzung weltweiter Klimaschutzprogramme als so schwierig erweist. So ist es aus Sicht eines einzelnen Staates rational, von den Beiträgen zum Klimaschutz der anderen zu profitieren, ohne selbst Beiträge dafür zu leisten (Trittbrettfahrerproblem). Um dieses Dilemma zu durchbrechen und um erzielbare Wohlfahrtsgewinne durch den Klimaschutz zu realisieren, sind internationale Kooperationen der Staaten und Bündelungen ihrer Klimaschutzanstrengungen von Nöten.⁵

2.2 Das Kyoto-Protokoll

Das KP wurde auf der Weltklimakonferenz in Kyoto im Dezember 1997 ins Leben gerufen und bis zum heutigen Tag von 184 Vertragspartnern ratifiziert, was den hohen Stellenwert des Klimaschutzes auf der internationalen Agenda widerspiegelt. Ziel des KP ist es, die weltweiten Treibhausgasemissionen, wobei dies hauptsächlich CO² als globalen Klimakiller betrifft, in den Industrieländern zu reduzieren. Am 16. Februar 2005 ist das KP in Kraft getreten, nachdem zuvor die im KP dafür festgesetzten Bedingungen erfüllt worden sind. Dabei war bei Vertragslegung des KP im Jahre 1997 längst nicht klar, ob es gelingen würde, mindestens 55 der in Anlage I des KP genannten Länder, deren CO²-Anteil zusammen genommen mindestens 55 % der von dieser Ländergruppe insgesamt im Jahr 1990 ausgebrachten CO²-Emissionen betragen musste, zur Ratifizierung bewegen zu können. Die Überwindung dieser Hürde stellt einen Durchbruch in der Kooperation der internationalen Staatengemeinschaft dar, da sich die Vertragsparteien zu ambitionierten und völkerrechtlich bindenden Reduktionszielen verpflichtet haben. Konkret soll eine Reduzierung des jährlichen Treibhausgasausstoßes um durchschnittlich etwa 5% innerhalb der ersten Verpflichtungsperiode von 2008 bis 2012 im Vergleich zum Basisjahr 1990 erreicht werden.

Das Inkrafttreten des KP ist durch den Umstand, dass die Vereinigten Staaten von Amerika als größter Emittent von CO² (Anteil entspricht ca. 36% der

5 Nordhaus, Review of Environmental Economics and Policy, Nr. 1(1), 2007, S. 26 (27 f.).

Anlage I Länder in 1990) das Abkommen nach ursprünglicher Unterzeichnung letztlich nicht ratifiziert hat, umso höher einzustufen.⁶

3 Faktoren der Entscheidungsfindung

3.1 Ökonomische Faktoren

Das KP als Klimaschutzabkommen verfolgt auf den ersten Blick ökologische Ziele. Will man den Klimawandelprognosen Glauben schenken, so ist der Schutz unseres Klimas aber kein ökologischer Selbstzweck, sondern auch von ökonomischer Relevanz. Die Prognosen gehen davon aus, dass, sollte der Klimawandel ungebremsst einsetzen, die ökologischen Folgen bzw. Schäden wie Meeresspiegelanstieg, Durchschnittstemperaturerhöhung, etc. in der langen Frist auch immense wirtschaftliche Konsequenzen nach sich ziehen.⁷ Griffen die Schutzmaßnahmen, die im KP beschlossen wurden, und erfüllten ihre Intention, so hätte das KP langfristig daher auch aus wirtschaftlicher Perspektive positive Wohlfahrtswirkungen. In der kurzen Frist ist allerdings ein negativer Zusammenhang zwischen KP und Wirtschaft zu vermuten, da die Einhaltung der strengen Auflagen die Unternehmen in den Industriestaaten in ihrer wirtschaftlichen Aktivität einschränken und sich somit negativ auf das BIP und dessen Wachstum auswirken wird.

Obwohl ein allgemeiner Trade-Off zwischen Klimaschutz und Wirtschaft offensichtlich ist, könnten einzelne ökonomische Größen ganz unterschiedlich auf die KP-Beitrittsentscheidung der Länder eingewirkt haben, was zu folgenden Hypothesen führt:

Erstens könnte ein gehobener Lebensstandard (Pro-Kopf-BIP) und hoher Entwicklungsstand (HDI) eines Landes die Entscheidung zugunsten des KP begünstigt haben. In Industrieländern, die bereits einen hohen wirtschaftlichen Level erreicht haben und in denen für die Bevölkerung grundlegende Bedürfnisse (Subsistenz, Sicherheit, Individualität, etc.) abgesichert sind, rücken sekundäre Belange wie der Erhalt des Klimas in den Vordergrund. Gleichzeitig kommt den Industrieländern als in der Entwicklung am weitesten fortgeschrittenen Zivilisationen eine Vorreiterrolle zu. Eine Verpflichtung zu dieser Rolle lässt sich auch anhand von Gerechtigkeitsaspekten herleiten,

6 UNFCCC: The Kyoto Protocol, United Nations, 1998.

7 Nordhaus/Boyer: Roll the DICE again: Economic Models of Global Warming, 1999.

da die Industrieländer zu einem hohen Anteil für die kumulierten Treibhausgasemissionen der Vergangenheit verantwortlich sind.

Zweitens sollte ein hohes Wirtschaftswachstum eines Landes zu einer ablehnenden Haltung gegenüber dem KP führen. Während Industrieländer, die bereits einen hohen Wirtschaftslevel erreicht haben, hohe Klimaschutzziele ausgaben, räumten solche Entwicklungs- und Schwellenländer mit hohen BIP-Wachstumsraten wie beispielsweise die sogenannten Tigerstaaten oder China dem wirtschaftlichen Aufholprozess Priorität bei gleichzeitiger Nachrangigkeit der Klimapolitik ein. Das KP mit seinen Restriktionen gefährdete deren strikte Wachstumsausrichtung und ihre z.T. zweistelligen BIP-Wachstumsraten. Da diese Staaten in der Vergangenheit nicht in dem gleichen Maße CO² emittierten wie die Industriestaaten, stecken sie auch nicht in deren moralischem Dilemma, ehemalige Klimasünden zu egalisieren.

Drittens stehen hohe Energieintensitäten eines Landes einem KP-Beitritt tendenziell entgegen. Da die Energieintensitäten den Energieeinsatz eines Landes in Bezug zu dessen wirtschaftlicher Leistung angeben,⁸ können hohe Energieintensitäten einerseits auf einen hohen Energiebedarf des Landes oder andererseits auf ein begrenztes wirtschaftliches Potential zurückzuführen sein. In beiden Fällen führt dieses zu Problemen bei der Energiebeschaffung und hohen komparativen Beschaffungskosten, soweit ein solches Land nicht selber über die nötigen Energieressourcen verfügt. Da die Energiegewinnung immer auch mit CO² Emissionen verbunden ist, verschärfte die Begrenzung der CO²-Emissionen durch das KP den Energieengpass weiter und verteuerte die Energiekosten, da die festgeschriebenen CO²-Emissionsgrenzen neue Technologien der Energieerzeugung und moderne Energieerzeugungsanlagen erforderten.⁹

3.2 Politische Faktoren

Neben den ökonomischen Einflussfaktoren sind eine Reihe politischer Beweggründe für den KP Beitritt anzuführen. Dazu zählen beispielsweise Lobbyismus Aktivitäten der Unternehmen oder Wahlkampfmotive der regierenden Parteien. Trotz der Vielzahl von möglichen politischen Strömungen, die man untersuchen könnte, oder gerade auch deswegen, beschränkt sich die

8 *Anm.*: Energieintensität = Energieeinsatz/BIP, siehe auch Abschnitt 4.2.

9 *Anm.*: Die hier genannten ökonomischen Faktoren entsprechen im Prinzip den Größen, die York: Kyoto Protocol Ratification: A Demographic Explanantion, 2005, verwendet.

Analyse hier einzig auf den fundamentalen Einfluss der politischen Einstellungen der Bevölkerungen gegenüber dem KP. Im Detail wird zu klären sein, ob die Höhe des prozentualen Anteils der KP-Befürworter in einem Land die politischen Entscheidungsträger bei der KP-Unterzeichnung beeinflusst hat, oder ob sich diese nicht vielmehr ökonomischen oder anderen Kalkülen unterworfen haben. Mit anderen Worten, sind die Ratifizierungs-Entscheidungen durch den Volkswillen legitimiert (Demokratieprinzip)? Wenn ja, so müsste sich in der empirischen Analyse ein positiver Zusammenhang zwischen der Ratifizierung des Kyoto-Protokolls und der Höhe des prozentualen Anteils der KP-Befürworter finden lassen. Dieser Zusammenhang sollte vor allem in demokratischen Staaten, in denen definitionsgemäß das Volk entscheidet, nachzuweisen sein.

3.3 Ökologische und Regionale Faktoren

Der Klimawandel stellt ein globales Problem dar und betrifft mit seinen ökologischen Auswirkungen alle Länder der Welt. Dies heißt jedoch nicht, dass alle Erdregionen im gleichen Maße davon betroffen sein werden. Bestimmte Regionen wie z.B. Afrika mit einem hohen Anteil arider Gebiete werden durch den drohenden Temperaturanstieg ebenso zu den Verlierern zählen wie bestimmte Inselstaaten, die durch den prognostizierten Meeresspiegelanstieg bedroht werden. Konkrete Schätzungen sehen sogar einzelne Gebiete vor allem auf der Nordhalbkugel als Profiteure des Klimawandels.¹⁰

Trotz der Option eines Landes, als Trittbrettfahrer der Weltklimaschutzpolitik aufzutreten, sollte der Grad der negativen aber auch positiven Betroffenheit vom Klimawandel einen Einfluss auf die Zustimmung bzw. Ablehnung zum KP haben.

4 Empirische Überprüfung

4.1 Schätzansatz

Die empirische Überprüfung der im vorigen Abschnitt aufgestellten Hypothesen stützt sich aus zweierlei Gründen auf den Länderquerschnitt in der Periode 1998/99. Zum einen ist dies der Zeitraum, in dem das KP von den Teilnehmerländern an der Konferenz in Kyoto ursprünglich unterzeichnet

¹⁰ Nordhaus/Boyer: Roll the DICE again: Economic Models of Global Warming, 1999.

wurde. Die späteren Beitritte und Ratifizierungen anderer Länder oder ganzer Ländergruppen bleiben daher hier unberücksichtigt. Zum anderen fällt in diese Periode die dritte Befragungswelle der *World Values Surveys (WVS)*, in der Individuen zu ihren Ansichten in Bezug auf Umwelt- und Klimaschutz befragt wurden. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass die Ansichten der Bevölkerungen über das KP mit dessen Unterzeichnung durch die politischen Entscheidungsträger zeitlich zusammenfallen.

Hieraus ergibt sich eine Länderquerschnittsdatenbasis mit einer begrenzten Anzahl an zur Verfügung stehenden Beobachtungen. Die Problematik der begrenzten Fallzahl wird insbesondere dadurch verschärft, dass die Befragungen der WVS zu den politischen Ansichten der Bevölkerungen in lediglich 64 Ländern durchgeführt wurden, wobei allerdings gleichermaßen Industrie-, Schwellen-, und Entwicklungsländer in der Datenbasis verbleiben. Diese Datenrestriktion stellt für die Anwendung geeigneter Regressionsverfahren eine große Herausforderung dar und verlangt in Anbetracht der damit verbundenen geringen Zahl an verbleibenden Freiheitsgraden eine sorgfältige Auswahl nur solcher erklärender Variablen, die für die Unterzeichnung des KP von unmittelbarer Relevanz sind.

Die binäre Kodierung der abhängigen Variablen (*Kyoto_Unterschrift*) favorisiert den Einsatz eines binären Probit-Schätzverfahrens, das gegenüber der Standardmethode der Kleinsten Quadrate (OLS) vor allem in der Querschnittsanalyse eine Reihe von Vorteilen bietet.¹¹

Entsprechend der Diskussion zu den ökonomischen, politischen und regionalen Einflüssen, stellt sich der allgemeine Schätzansatz wie folgt dar:

$$KP_Unterschrift_i = f(\text{Ökonomie}_i; \text{Politik}_i; \text{Region}_i)$$

4.2 Daten

Originäre KP-Beitrittsländer sind in der abhängigen Variablen *Kyoto_Unterschrift* mit dem Wert 1 kodiert. Alle anderen Länder erhalten den Wert 0. Spätere KP-Ratifizierungen bleiben unberücksichtigt.¹²

Auf Seiten der ökonomischen Einflussfaktoren bildet der Human Development Index *HDI_98* den Entwicklungsstand bzw. den Lebensstandard im

11 Vgl. Dietz/Frey/Kalof: American Sociological Review, Nr. 52, 1987, S. 380 (381 ff.).

12 UNFCCC: Kyoto Protocol, Status of Ratification (3.2.2009).

Intervall [0,1] ab. Je höher der Wert ist, desto „entwickelter“ ist das Land bzw. desto höher ist der Lebensstandard.¹³ Alternativ hierzu wird die Größe *Pro-Kopf-BIP_98* (Kaufkraftparitäten bereinigte US-Dollar) verwendet. Als Wachstumsvariable dient das jährliche *BIP_Wachstum_98* (in %).¹⁴ Die Energieintensität errechnet sich als Einsatz an Primärenergie (british thermal units) dividiert durch das BIP (Kaufkraftparitäten bereinigte US-Dollar).¹⁵

Als grundlegende politische Größe fließt der Bevölkerungsanteil, der Umwelt- und Klimaschutzziele über Wachstumsziele hebt, mit in das Erklärungsmodell ein. Dazu wird aus der dritten Umfragerunde der WVS die Variable *Umwelt vs. Wachstum* konstruiert, die implizit den vermuteten Trade-Off zwischen Klimaschutz und Wachstum aufgreift. Im Detail heißt dies, dass je Land der Mittelwert aus den Antworten zu folgender Frage gebildet wird: „*Hier sind zwei Ansichten, die Menschen vertreten können, wenn sie über die Umwelt und das Wirtschaftswachstum diskutieren. Welche der beiden folgenden Ansichten kommt ihrer eigenen am nächsten:*

1: Der Umweltschutz sollte Priorität genießen, selbst wenn dies zu geringerem Wirtschaftswachstum und Arbeitsplatzverlusten führt.

0: Das Wirtschaftswachstum und die Arbeitsplatzbeschaffung sollten Priorität genießen, selbst wenn die Umwelt in gewissem Maße darunter leidet.“

Ein Mittelwert nahe 1 gibt an, dass ein Großteil der Bevölkerung für Umwelt bzw. Klimaschutzziele votiert, während ein Mittelwert nahe 0 anzeigt, dass gleiches für Wachstumsziele gilt.¹⁶

Anhand von *Tabelle 1*, die die deskriptiven Statistiken aller Modellvariablen zusammenfasst, ist zu sehen, dass der Mittelwert aller Länder von 0.54 ein sehr ausgewogenes Verhältnis beider Zielgrößen angibt, wobei aber in einigen Ländern Wachstumsziele (Pakistan 0.08) dominant sind und in anderen Umweltziele (El Salvador 0.86), was für eine hohe Varianz spricht.¹⁷

13 *Human Development Reports*: Interpolierte Werte aus den Indicator Tables 2008.

14 *United Nations Statistic Division*: World Development Indicators.

15 *EIA*: International Energy Annual 2006.

16 *WVS*: Integrated Questionnaire, Frage B008.

17 *Anm. WVS*: Alternativ wurden auch Aussagen zu Staatszielen (Frage E001; ungleiche Bezugsperiode) und Zustimmungsraten zu internationalen Abkommen (Frage B010; zu wenig n) untersucht, wegen der genannten Probleme aber nicht in der Analyse berücksichtigt.

Tab. 1: Deskriptive Statistiken der Modellvariablen

Variable	Mittelw.	St.-Abw.	Min	Max
<i>Kyoto Unterschrift</i>	0.61	0.49	0	1
<i>HDI_98</i>	0.77	0.14	0.43	0.96
<i>Pro-Kopf-BIP_98</i>	9963	8655	485	31820
<i>BIP-Wachstum_98</i>	2.61	4.31	-13.1	12.7
<i>Energieintensität_98</i>	0.011	0.008	0.001	0.034
<i>Umwelt vs. Wachstum</i>	0.54	0.13	0.08	0.86
<i>Demokratisch_98</i>	0.33	0.47	0	1
<i>Weniger-Demokratisch_98</i>	0.67	0.47	0	1
<i>GV-Klimawandel</i>	-1.67	1.43	-4.93	0.65

Die Dummy-Variablen *Demokratisch_98* und *Weniger-Demokratisch_98* unterscheiden zwischen Ländern, die auf einem Demokratieindex im Intervall $[0,1]$ einen Wert von 0.9 über- bzw. untertreffen.¹⁸ Dies hat zur Folge, dass zu Analysezwecken ein Drittel der Länder (0.33) zum demokratischeren Lager zählt und zwei Drittel der Länder (0.67) nicht.

Die Variable *GV-Klimawandel* unterteilt elf Erdregionen in Gewinner und Verlierer des Klimawandels. Dabei gibt sie an, welchen Einfluss eine in 1999 prognostizierte Erderwärmung um 2,5 °Celsius im Jahr 2100 auf das BIP der einzelnen Regionen hat, und monetarisiert damit die langfristig erwarteten ökologischen Folgen des Klimawandels.¹⁹

4.3 Schätzergebnisse

Die Ergebnisse der binären Probit-Schätzungen sind in *Tabelle 2* zusammengefasst. *Spezifikation 1*, die zunächst nur ökonomische Größen als erklärende Variablen aufweist, unterscheidet sich von den beiden anderen Spezifikationen durch eine höhere Anzahl an Beobachtungen, was mit dem Fehlen der begrenzenden Variablen *Umwelt vs. Wachstum* zu erklären ist. Die größtmögliche Ausnutzung der für die rein ökonomische Spezifikation zur Verfü-

¹⁸ Marshall/Jagers/Gurr: Political Regime Characteristics and Transitions, 1800-2007.

¹⁹ Nordhaus/Boyer: Roll the DICE again: Economic Models of Global Warming, 1999.

gung stehenden Beobachtungen aus 161 Ländern bestätigt zunächst die zuvor aufgestellten Hypothesen aus Abschnitt 3.1. Ein hochsignifikanter positiver Koeffizient für *HDI_98* belegt, dass Industrieländer mit gehobenen Lebensstandards zum KP-Beitritt neigen, während sich Entwicklungsländer mit niedrigerem Lebensstandard dem KP eher entziehen.²⁰ Ein auf dem 10%-Niveau signifikanter negativer Koeffizient für *BIP-Wachstum_98* legt Nahe, dass Staaten, die 1998 hohe Wachstumsraten aufweisen (Tigerstaaten/China), ihren Wirtschaftsboom durch das KP gefährdet sehen und dieses tendenziell nicht unterschreiben. Der negative Parameter der *Energieintensität_98* deutet trotz fehlender Signifikanz einen negativen Zusammenhang zum KP-Beitritt an. Insgesamt lässt sich sagen, dass die hier verwendeten ökonomischen Größen die Entscheidung, dem KP beizutreten, bereits zu einem großen Anteil erklären können (Pseudo-R² = 0.264).

Tab. 2: Regressionsresultate für Kyoto_Unterschrift

	Spezifikation 1	Spezifikation 2	Spezifikation 3
<i>Konstante / Schwelle</i>	-3.20** (-4.98)	-8.68** (-3.77)	-8.07** (-3.18)
<i>HDI_98</i>	4.87** (5.37)	10.30** (4.26)	9.86** (4.62)
<i>BIP-Wachstum_98</i>	-0.04* (-1.88)	-0.12** (-2.79)	-0.12** (-2.80)
<i>Energieintensität_98</i>	-17.45 (-1.29)	-67.63** (-2.44)	-71.92** (-2.16)
<i>Umwelt vs. Wachstum</i>		4.16** (2.03)	3.91* (1.77)
<i>GV-Klimawandel</i>			0.06 (0.27)
n Beobachtungen	161	64	64
Pseudo-R ²	0.264	0.490	0.491

z-Statistiken in Klammern; * p < 0.10; ** p < 0.05

Spezifikation 2 enthält die zuvor bereits verwendeten ökonomischen Faktoren und zusätzlich die politische Variable der Umwelt- und Wachstums-Einstellungen der Bevölkerungen. Auf Seiten der ökonomischen Faktoren sind neben dem Entwicklungsstand *HDI_98* jetzt bei reduzierter Fallzahl auch das *BIP-Wachstum_98* und die *Energieintensität_98* signifikant, so dass nunmehr alle erklärenden Variablen dieser Schätzung mit den erwarteten Vorzeichen auf dem 5%-Niveau statistisch signifikant sind. Der positive

20 Anm.: Schätzungen mit *Pro-Kopf-BIP_98* anstelle von *HDI_98* zeigen ähnliche Resultate.

Koeffizient der Variablen *Umwelt vs. Wachstum* bestätigt die Hypothese, dass Länder, in denen ein Großteil der Bevölkerung für Umwelt bzw. Klimaschutzziele votiert, häufiger dem KP beitreten als solche, in denen ein Hang zu Wachstumszielen besteht. Obwohl in diesem einfachen Modell ein gewisser Grad an Endogenität der Variablen *Umwelt vs. Wachstum* nicht ausgeschlossen werden kann und sogar wahrscheinlich ist, ist ein Einfluss des Volkswillens auf die KP-Beitrittsentscheidung nichtsdestotrotz nicht von der Hand zu weisen, was sich auch in der erhöhten Güte der Schätzung (Pseudo- $R^2 = 0.490$) ausdrückt.²¹

Spezifikation 3 greift wiederum die zuvor verwendeten ökonomischen und die politischen Faktoren auf und ist um die ökologische bzw. regionale Variable *GV-Klimawandel* ergänzt. Während sich die Schätzergebnisse der Variablen aus *Spezifikation 2* bestätigen, kann der erwartete negative Zusammenhang zwischen langfristig erwarteten ökologischen Folgen des Klimawandels und KP-Unterschrift nicht nachgewiesen werden. Die fehlende Signifikanz ist im Nachhinein eventuell mit zweierlei Begründungen erklärbar. Zum einen handelt es sich bei den hier verwendeten Kosten des Klimawandels um Prognosewerte, in denen aufgrund der hohen Komplexität der Vorhersagemodelle eine große Unsicherheit und Ungenauigkeit in den Prognosewerten mitschwingt. Zum anderen sind Klimaveränderungen heute noch kaum spürbar. Erst in der Zukunft werden sich die Auswirkungen des Klimawandels bemerkbar machen. Insofern betrifft die Problematik einen Teil der heutigen Generation nicht mehr unmittelbar.

Um die Hypothese zu überprüfen, dass die politischen Einstellungen der Bevölkerungen in demokratischen Ländern einen stärkeren Einfluss auf die KP-Beitrittsentscheidung hat als in weniger demokratischen Ländern, sind dahingehend in *Tabelle 3* die Schätzergebnisse zweier weiterer Spezifikationen abgebildet. In *Spezifikation 4* bleibt der positive Einfluss der Umwelteinstellungen demokratischer Staaten für den KP-Beitritt auf dem 10%-Niveau signifikant. In *Spezifikation 5* haben weder Umwelt- noch Wachstumseinstellungen der weniger demokratischen Staaten einen Einfluss auf die KP-Entscheidung, was die Ausgangshypothese stützt.

21 *Anm.:* Die Erhöhung des Pseudo- R^2 ist z.T. durch die verringerte Stichprobengröße bedingt.

Tab. 3: Regressionsresultate unterschieden nach Demokratiegrad

	Spezifikation 4		Spezifikation 5	
<i>Konstante / Schwelle</i>	-2.28	(-1.34)	-4.26**	(-2.58)
<i>HDI_98</i>	5.55**	(2.60)	8.14**	(4.55)
<i>Wachstum_98</i>	-0.12**	(-2.68)	-0.11**	(-2.50)
<i>Energieintensität_98</i>	-83.80**	(-2.46)	-86.73	(-2.53)
<i>Umwelt vs. Wachstum *</i>	1.84*	(1.77)		
<i>Demokratisch_98</i>				
<i>Umwelt vs. Wachstum *</i>			0.07	(0.10)
<i>Weniger_Demokratisch_98</i>				
<i>GV-Klimawandel</i>	0.32	(1.52)	0.19	(1.00)
n Beobachtungen	64		64	
Pseudo- R ²	0.468		0.450	

z-Statistiken in Klammern; * p < 0.10; ** p < 0.05

4.4 Robustheitstests

Vergleichbare Schätzergebnisse (Koeffizienten und Signifikanzen) konnten in OLS- und logistischen Regressionen erzeugt werden, was für die Robustheit der Ergebnisse in Hinblick auf die Wahl des Schätzverfahrens spricht.²²

Weiterhin hat die Verwendung von Regionendummies anstelle von Kostenprognosen des Klimawandels (*GV-Klimawandel*) gezeigt, dass potentielle Klimawandelverlierer wie z.B. Afrika keinesfalls zum KP-Beitritt tendieren, sondern dass eher Regionen auf der Nordhalbkugel, die eher auf der Gewinnerseite stehen, diese Tendenz aufweisen.

22 York: Population Research and Policy Review, Nr. 24, 2005, S. 513 (517.).

5 Fazit und Ausblick

Die vorangegangene Analyse der Einflussfaktoren für die Beitrittsentscheidung zum KP in der Periode 1998/99 hat gezeigt, dass sowohl ökonomische Faktoren als auch die politischen Einstellungen zu Umwelt- und Wachstumsfragen der Bevölkerungen eine maßgebliche Rolle spielen. Dabei führen hohe Umweltpräferenzen vor allem in demokratischen Ländern zur Unterzeichnung des KP. Gleichzeitig kann ein solcher Zusammenhang für weniger demokratische Länder nicht nachgewiesen werden. Zudem scheint die Bedrohung durch negative ökologische Folgen des Klimawandel nicht auszureichen, um die vermeintlich am stärksten gefährdeten Regionen zum KP-Beitritt bewegen zu können, was mit mangelnder Voraussicht, Zweifeln an den Klimaprognosen, einem Trittbrettfahrerverhalten oder der zeitlichen Ferne der Klimaschäden begründet werden kann.

Die hier durchgeführte Analyse beschränkt sich aus Gründen der Datenverfügbarkeit auf die Zeit unmittelbar nach der Weltklimakonferenz in Kyoto. Eine weiterführende Untersuchung des KP-Ratifizierungsverhaltens in den Folgejahren (1999 bis 2008) könnte Aufschluss über weitere Einflussfaktoren und Veränderungen der hier identifizierten Motive geben. Eine Frage, die in diesem Zusammenhang von Bedeutung sein könnte, lautet, ob die KP-Unterschrift in der Periode 1998/99 eine Folge vornehmlich idealistischer Vorstellungen (Umwelteinstellungen) gewesen ist und ob eine solche Sichtweise über die Jahre hinweg durch eine Besinnung auf rein ökonomische Fakten verdrängt wurde, wie es z.B. im Fall der USA denkbar wäre.

Das hier verwendete Modell erfasst lediglich die direkten statistischen Beziehungen zwischen der abhängigen und den erklärenden Variablen, es vermag allerdings nicht die endogenen Wechselwirkungen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zwischen den erklärenden Variablen existieren, abzubilden.

Die Frage, wie sich die politischen Einstellungen der Bevölkerungen, wie hier in der Variable *Umwelt* vs. *Wachstum* dargestellt, herausbilden und welche exogenen Faktoren diese Ansichten bestimmen, stellt ein Kapitel für sich dar und bietet einen ersten Ansatzpunkt für weiterführende Forschung.

Literatur

- Dietz, Thomas; Frey, R. Scott; Kalof, Linda:* Estimation with cross-national data: Robust and nonparametric methods, *American Sociological Review*, Nr. 52, 1987, S. 380-390.
- Energy Information Administration (EIA):* International Energy Annual 2006, http://www.eia.doe.gov/emeu/iea/Notes%20for%20Table%20E_1c.html (2.2.2009).
- Human Development Reports:* Human Development Indices, Indicator Tables HDI 2008, <http://hdr.undp.org/en/media/HDI2008Tables.xls> (26.1.2009).
- Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC):* The Fourth Assessment Report: Climate Change 2007, The AR4 Synthesis Report, 2007, http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr.pdf (5.2.2009).
- Khanna, Neha:* Analyzing the economic cost of the Kyoto protocol, *Ecological Economics*, Nr. 38, 2001, S. 59-69.
- Marshall, Monty G.; Jagers, Keith; Gurr, Ted Robert:* Political Regime Characteristics and Transitions, 1800-2007; <http://www.systemicpeace.org/polity/polity4.htm> (12.2.2009).
- McCright, Aaron M.; Dunlap, Riley E.:* Defeating Kyoto: The Conservative Movement's Impact on U.S Climate Change Policy, *Social Problems*, Nr. 50(3), 2003, S. 348-373.
- Nordhaus, William D.:* To Tax or Not to Tax: Alternative Approaches to Slowing Global Warming, *Review of Environmental Economics and Policy*, Nr. 1(1), 2007, S. 26-44.
- Nordhaus, William D.; Boyer, Joseph:* Roll the DICE Again: Economic Models of Global Warming, web chap 4 102599.wpd, 1999.
- The European Values Study Foundation and World Values Survey Association (WVS):* European and World Values Surveys four-wave integrated data file, 1981-2004, v.20060423, 2006, Aggregate File Producers: ASEP/JDS, Madrid, Spain/Tilburg University, Tilburg, the Netherlands. Aggregate File Distributors: ASEP/JDS and ZA, Cologne, Germany.

United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC):
Kyoto Protocol, Status of Ratification, Januar 2009.
http://unfccc.int/kyoto_protocol/items/2830.php (3.2.2009).

United Nations Statistic Division: Key Global Indicators, World Bank, World Development Indicators (WDI), <http://data.un.org/Browse.aspx?d=CDB> (12.11.2008).

York, Richard: Kyoto protocol participation: A demographic explanation, Population Research and Policy Review, Nr. 24, 2005, S. 513-526.

Environmental Governance

Zwischen Minimalstaat und Umweltgerechtigkeit

1 Einleitung

In den vergangenen Jahren sind ohne Zweifel erhebliche Erfolge in der Umweltpolitik erreicht worden. In der Luftreinhaltung oder der Erhaltung der Ozonschicht sind beträchtliche Verbesserungen erreicht worden, ebenso sind schwere Umweltlasten in Deutschland beseitigt worden. Es sind aber neue Fragen und weitere Umweltprobleme aufgetaucht, deren grenzüberschreitende oder sogar globale Dimension große Herausforderungen für die Umweltpolitik bereithält. Die natürliche Umwelt des Menschen ist nach wie vor bedroht, und es stellt sich die Frage, ob nicht auch neue politische Instrumente erforderlich sind, um mit dieser Entwicklung mitzuhalten. Das Engagement des Staates ist angesichts der steigenden Kosten des Umweltverbrauchs geboten.¹

Der Umweltschutz ist so inzwischen zu einer anerkannten Staatsaufgabe geworden, die durch Umweltministerien auf Bundes- und Landesebene exekutiert wird.² Das gleichzeitig im Wachsen begriffene Umweltrecht wird als ein überwiegend instrumentelles Recht verstanden. Ansätze des Ökozentrismus, also der Schutz der Natur um ihrer selbst willen, haben sich nicht durchgesetzt,³ bzw. sind einer geänderten Umweltpolitik zum Opfer gefallen. Die viel zitierten Eigenrechte der Natur⁴ sind eben mangels einer eigenen Rechtspersönlichkeit nicht justiziabel zu machen.

Zurzeit werden globale Bedrohungen zunehmend als umweltpolitische Aufgabe empfunden. Kennzeichen dieser Neuorientierung in der Umweltpolitik ist ja die Unbestimmtheit der umweltpolitischen Aufgaben: Langfristige diffuse Bedrohungen machen oft erst aufwändige Erhebungen erforderlich. Die Risikostruktur umweltpolitischer Herausforderungen wird oft wenig sichtbar,

1 Kritisch zum Wandel von Staatlichkeit: *Schuppert*, in: *Der Staat* 2008, S. 325 ff.

2 Siehe *Hagenah*, in: Grimm (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1996, S. 487 ff.; *Kirchgässner*, in: Grimm (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1996, S. 453 ff.

3 Zur Kritik, vgl. *Sterzel*, in: *KJ* 1992, S. 19 ff.

4 Vgl. *Stone*, *Should Trees have Standing?*, 1996.

so dass diese neue Steuerungsaufgabe im Umweltverwaltungsrecht auch neue Maßnahmen erforderlich macht. Der Wandel im Verwaltungsrecht mit seiner Ausweitung der Akteure wirkt sich hier aus und zieht so das Umweltrecht in die allgemeine Governancedebatte, ohne dass sich der Umweltbegriff geklärt hat. Eher noch unter einer ökonomischen Doktrin kommen jetzt die Umweltpolitik und das Umweltrecht daher und suchen nach einer Neuausrichtung unter neuen Vorzeichen, aber mit dem alten anthropozentrischen Ansatz.⁵

2 Der Wandel der staatlichen Umweltschutzaufgabe vor dem Hintergrund geänderter Staatlichkeit

Der Wandel der Umweltschutzaufgabe vollzieht sich mehr und mehr im Zusammenhang mit normativen und administrativen Vorgaben, die sich auch auf internationaler Ebene entwickelt haben.⁶ Die nationalstaatliche Bezüglichkeit bildet nicht mehr die alleinige Aktionsebene für staatliches Handeln, da Umweltbelastungen durchaus grenzüberschreitenden Charakter haben können. Die Verlagerung von umweltpolitischen Steuerungserfordernissen auf die internationale Ebene kann nicht ohne Folgen für die hiesigen Regulationsstrukturen bleiben. Die rasante Internationalisierung des Umweltverwaltungsrechts lässt sich exemplarisch zeigen an der Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen (Espoo-Konvention)⁷ oder an den internationalen Ansätzen zur Stärkung der Bürgerbeteiligung⁸ (Aarhus-Konvention)⁹. Die Espoo und die Aarhus-Konvention¹⁰ prägen auf nationaler Ebene das Umweltverwaltungsrecht erheblich und sind zum Schritt-

5 Vgl. *Bothe*, in: *KritV* 2008, S. 237; *Heselhaus*, in: *Hansmann/Sellner* (Hrsg.), *Grundzüge des Umweltrechts*, 2007, S. 12; *Kettl*, *Environmental Governance*, 2002, S. 6 ff.

6 Vgl. *Becker*, in: *NVwZ* 2006, S. 782 ff.; *Ruffert*, *Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht*, 2004.

7 Das Espoo-Abkommen über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen ist am 10.09.1997 völkerrechtlich in Kraft getreten, BGBl. III Nr. 201/1997, vgl. *Beyerlin*, *Umweltvölkerrecht*, 2000, S. 226 ff.

8 Vgl. *Wolfrum*, in: *Trute/Gross/Röhl/Möllers* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, S. 668.

9 Das Aarhus-Abkommen über den Zugang zu Informationen, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten in Umweltangelegenheiten ist nach der Ratifikation durch 16 Staaten am 30.10.2001 in Kraft getreten, vgl. *ILM* 38 (1999), S. 517 ff. In deutscher Sprache abgedruckt in der *NVwZ* 3/2001 als Beilage III.

10 Nach *Jans/Vedder* stellt der Aarhus Prozess den wesentlichen Kern von *Environmental Governance* dar, vgl. *Jans/Vedder*, *European Environmental Law*, 2008, S. 327; *Lee*, *EU Environmental Law*, 2005, S. 113 ff.

macher für die Umweltpolitik und im Ergebnis auch für das Verwaltungsrecht geworden. Ob durch die zunehmende Zahl völkerrechtlicher Regelungen zum Umweltschutz die Erhaltung der Umwelt wirklich gefördert wird, ist aber offen.¹¹

Das Umweltrecht war stets ein Entwicklungsfeld für das klassische Verwaltungsrecht, denn Ansätze wie Verbandsklagebefugnis oder andere, neue Instrumente haben in der Vergangenheit Auswirkungen auf den Verwaltungsstaat gehabt. Durch die Aarhus-Konvention zeichnet sich nun eine Erweiterung der verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzoptionen für den allgemeinen Rechtsschutz ab. Ebenso wird die Stärkung der Bürgerpartizipation auf die „Beschleunigungsinitiativen“ der vergangenen Jahre einwirken.

Über den reinen umweltrechtlichen Fokus hinaus hat sich das Verständnis von Staatlichkeit generell gewandelt. Der Kreis staatlicher Aufgaben und die Instrumente staatlichen Handelns werden intensiv diskutiert. Einerseits werden Forderungen nach einem Minimalstaat erhoben, der sich in seinen Aufgaben weit zurücknimmt,¹² andererseits lässt die Finanzmarktkrise des Jahres 2008 den Ruf nach mehr Staat laut werden. Immanent wird die Forderung nach einem wirtschaftlich aktiven Staat erhoben, der ökonomische Rahmenbedingungen sicher stellt. Deutlich empfunden wird dieser Wandel vom „Keynesianischen Wohlfahrtsstaat“ hin zum Schumpeter'schen Modell, das staatliche Daseinsvorsorge in den ökonomischen Rahmenbedingungen¹³ situiert sieht. So wurde als Reaktion auf die Finanzmarktkrise des Jahres 2008 sogleich die Forderung erhoben, Klimaschutzziele zu reduzieren, um dadurch Entlastungen für die Automobilindustrie zu erreichen.¹⁴

Dies bleibt nicht ohne Auswirkungen für nationalstaatliche Umweltpolitik im Rahmen internationaler und supranationaler Verflechtungen. Hier unterliegt der Nationalstaat erheblichen Veränderungen. Der Wandel in der Wirtschaft durch Globalisierung und Ökonomisierung wirkt unmittelbar zurück auf das politische System und seine Aufgaben. Dies folgt keiner einfachen Mechanik, sondern führt vielmehr zu einer Neuorientierung staatlicher Aufgaben im politischen System selbst. Allerdings gestaltet sich dieser Umstrukturierungs-

11 Vgl. *Bothe*, in: *KritV* 2008, S. 238.

12 Vgl. *Nozick*, *Anarchie, Staat, Utopia*, 2006 und die weit gefasste Forderung nach Umweltgerechtigkeit, vgl. *Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1979, S. 298 ff.

13 Vgl. *Jessop*, in: *Grimm* (Hrsg.), *Staatsaufgaben*, 1996, S. 57.

14 Angesichts der Finanzmarktkrise muss nun die EG durch die UN zum Festhalten an Klimaschutzzielen aufgefordert werden, vgl. *O.V.*, in: *FAZ* v. 12.12.2008, S. 1, 2.

prozess schwierig, denn Instrumente des Umweltschutzes werden nicht immer aufeinander abgestimmt.

Das Hinterherhinken des umfangreichen umweltrechtlichen Regelungssystems wird deutlich an dem „beschwerlichen Weg zu einem Umweltgesetzbuch“.¹⁵ Die Kodifikation eines einheitlichen Umweltgesetzbuchs steht schon lange auf der Agenda der deutschen Politik, die rasche Änderung zahlreicher Bezugspunkte im internationalen Politikgeflecht bremst aber diesen Ansatz seit Jahren aus. Obwohl das Umweltgesetzbuch in den Koalitionsvereinbarungen der Regierungen steht, bleibt ein Erfolg aus. Auch in dieser Legislaturperiode bleibt der Kodifikation der Erfolg versagt.¹⁶

Für Environmental Governance stellt aber eine zusammenfassende, umweltrechtliche Kodifikation einen zentralen Schritt dar, denn nach wie vor ist die Umweltgesetzgebung das zentrale rechtsstaatliche Steuerungsinstrument.¹⁷

3 Environmental Governance in Zeiten von europäischem Umweltrecht und Globalisierung

Environmental Governance ist heute ein schillernder Begriff an der Schnittstelle mehrerer Disziplinen und soll eine ganzheitliche Betrachtung von neuen Formen des Lenkens, des Regierens und der Steuerung in der Umweltpolitik ermöglichen. Ein Schwerpunkt liegt dabei sicherlich bei der Betrachtung von neueren Reaktions- und Steuerungsformen, die angesichts leerer staatlicher Kassen und geänderter Erwartungshaltungen in der Bevölkerung und der Politik auf dem Vormarsch sind. Daher bewegt sich die Governanceforschung durch verschiedene Bezugsfelder, wie Wirtschafts- und Rechtswissenschaften oder Politikwissenschaften.¹⁸

Der Begriff der Environmental Governance kristallisiert sich zunehmend als Schwerpunkt heraus, da gerade in der Umweltpolitik neue Formen der Steuerung stets ein Thema waren. Steuerungsformen wie Umweltabgaben, Umweltinformationsvermittlung oder Managementsysteme haben hier ihren

15 So der Titel eines neueren Aufsatzes von *Oldiges*, vgl. *Oldiges*, in: ZfG 2008, S. 263 ff.; *Guckelberger*, in: NVwZ 2008, S. 1161 ff.

16 Vgl. *Kahrl*, in: DöV 2009, S. 160 ff., *Schwartmann*, 2006, S. 2 f.; zur formativen Relevanz von Kodifikationen, vgl. *Kroppenberg*, in: JZ 2008, S. 905 ff.

17 Vgl. *Schuppert*, in: Trute/Gross/Röhl/Möllers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 161 ff.

18 Statt vieler, vgl. *Seckelmann*, in: VerwArch 2007, S. 30 ff.

Ausgangspunkt. Der eher ganzheitliche Ansatz der Betrachtung von neuen Formen der Steuerung trifft hier auf ein normatives Anwendungsfeld, das bereits in der Vergangenheit durch seine starke Innovationskraft gekennzeichnet war. Durch die Ablösung von nationalstaatlichen Strukturen bieten sich Lösungsansätze, um vielleicht globale Erwärmung, Überfischung oder Wasserverschmutzung rechtsstaatlich zu kompensieren. Dabei zeigt sich, dass Environmental Governance nicht nur eine politisch programmatische Bedeutung hat, sondern auch einen rechtlichen Gehalt. Die Verpflichtung und der Auftrag zur aktiven Umweltgestaltung durch den Gesetzgeber stehen bereits in der Verfassung nach Art. 20 a GG und auf supranationaler Ebene in den europäischen Verträgen. Nachdem die europäischen Verträge lange zum Umweltschutz geschwiegen haben, gibt es nun ausdrückliche Ermächtigungen in den Art. 2, 174 EGV, gemeinschaftsweit eine nachhaltige Umweltpolitik zu betreiben. Natürlich gibt es einen breiten Raum politischen Ermessens, um diese Ziele anzusteuern, ohne dass sich aus normativen Vorgaben dies zwingend ableiten lässt. Hier setzt die Governanceforschung an, um in der jeweiligen politisch-gesellschaftlichen Einheit Steuerungsmodelle zu entwickeln.

Eine zentrale Bestimmungsgröße für Environmental Governance ist dabei das europäische Recht, das effektiven Umweltrechtsschutz einfordert. Die rechtlichen Steuerungsinstrumente der Gemeinschaft stellen eine erhebliche Herausforderung für die Mitgliedstaaten dar, denn die Regelungsmechanik auf der europäischen Ebene, die Umweltschutz als Querschnittsaufgabe betreibt, folgt anderen Regeln. Der Governanceansatz erhält hier eine besondere Bedeutung, denn häufig genug sind die Mitgliedstaaten der maßgebliche Empfängerhorizont des europäischen Umweltrechts.¹⁹

Aber nicht nur globale Umweltprobleme gestalten Environmental Governance, sondern globale Wirtschaftsräume und -beziehungen nehmen Einfluss auf die Art der Steuerung und Durchsetzung von Umweltschutzmaßnahmen. Die Außenkompetenzen der Gemeinschaft nach Art. 174 Abs. 4 EGV verpflichten schon die europäische Gemeinschaft zur Zusammenarbeit auf internationaler Ebene, was zu neuartigen Regelungsansätzen auf bisher nicht erschlossenen Regelungsebenen führt. Reflexartig werden aber auch rein europäische Rechtsakte auf andere Wirtschaftsräume ausgedehnt. Das euro-

19 Vgl. *Epiney*, Umweltrecht in der Europäischen Union, 2005, S. 17; *Hey/Jacob/Volkery*, in: Schuppert/Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, 2008, S. 430 ff. Zur Europäisierung des Umweltstrafrechts, vgl. *Kahl*, in: JZ 2008, S. 74.

päische Gefahrstoffrecht wird so in Zukunft weltweite Auswirkungen haben, denn Produzenten müssen sich zum Beispiel in Asien an diese Produktstandards annähern, die in der Gemeinschaft gelten.

Die REACH-VO der europäischen Gemeinschaft aus dem Jahre 2006²⁰ bringt hier für den nationalen und internationalen Markt eine beachtliche Wende, denn – abgesehen von der Harmonisierungswirkung für die europäischen Rechtssysteme – wird die REACH-VO Einfluss nehmen auf Produktion und Verwendung von Stoffen im internationalen Handel.²¹

Dem Internationalisierungsschub der globalisierten Wirtschaft steht aber zur Zeit die Durchsetzungsschwäche des Umweltvölkerrechts gegenüber. Umweltschutz und internationale Wirtschaftsbeziehungen bilden ein neuartiges Handlungsfeld, das auch nur mit neuartigen Regelungs- und Steuerungsinstrumenten bewältigt werden kann. So werden CO₂ Einsparungen durch europäische Klimaschutzinstrumente wirkungslos gestellt durch den Zuwachs der Emissionen in anderen Ländern mit enormen Wachstumsraten, die nicht dem Klimaschutzregime Europas unterliegen.

Dabei sind die Ziele Umweltschutz und Freihandel miteinander in Einklang zu bringen.²² Ein neues Gleichgewicht dieser Determinanten liegt aber noch in weiter Ferne. Die ökologische Optimierung der internationalen Handelsströme oder eine Verbesserung der Zukunftsverantwortung von Unternehmen an den internationalen Produktionsstandorten verlangt sicherlich neuartige Instrumente ökologischer und ökonomischer Steuerung.

4 Emissionszertifikate – Neue Kooperationsformen im Umweltrecht

4.1 Ausgangssituation

Die Kodifikation neuartiger und innovativer umweltrechtlicher Steuerungsinstrumente ist keineswegs nur eine Überlegung jüngerer Zeit, Forderungen reichen schon bis in die siebziger Jahre. Das Umweltrecht als Querschnitts-

20 Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 v. 18.12.2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), ABl. EU Nr. L 396, S. 1; ber. ABl. EU 2007 Nr. L 136, S. 3.

21 Vgl. *Kloepfer*, Umweltschutzrecht, 2008, S. 427 ff.

22 Vgl. *Buck*, in: Koch (Hrsg.), Umweltrecht, 2007, S. 681 ff.

recht ist heute national und europäisch eine Ansammlung von Vorschriften, die als Reaktion auf jeweils erkennbar gewordene Gefährdungen natürlicher Lebensbereiche und Lebensgüter gestaltet wurden. Darüberhinaus haben sich unter dem Eindruck der Internationalisierung und der gesellschaftlichen Veränderung neuartige Instrumentengruppen herausgebildet. Environmental Governance ist deshalb nicht nur auf wenige Instrumentengruppen zu begrenzen, wie sie sich zum Beispiel aus der Aarhus-Konvention ergeben. Hier ist die europäische Gemeinschaft als Schrittmacher zu nennen. Nicht zuletzt durch sie ist die Frage aufgeworfen, wie kollektive und grenzüberschreitende Umweltschutzkooperationen umgesetzt werden können. Die Implementation von internationalen oder multilateralen Umweltschutzinstrumenten ist stets schwierig geblieben. Zu diesen Überlegungen gehört auch die Suche nach einer Organisation, die diese Aktionen umsetzt. Das United Nations Environment Programme (UNEP) könnte zum Beispiel international diese Rolle spielen, ist aber derzeit nur eingeschränkt mit einem begrenzten Mandat versehen.²³ Hier setzt die Governmentforschung an, die sich insbesondere mit neuen oder neueren Steuerungsformen und ihrer Organisation auseinander setzt. Das Zertifikatmodell steht daher für eine Gruppe von Instrumenten, die in den nächsten Jahren erheblich an Bedeutung gewinnen wird.²⁴

4.2 Emissionszertifikate

Das zurzeit innovativste Instrument zur Umsetzung von multilateralen Umweltschutzanforderungen ist der Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in einem europaweiten Handelssystem.²⁵ Damit sollen klimarelevante Emissionen, vor allem im Energiesektor, auf eine Art reduziert werden, die sicher stellt, dass die beteiligten Unternehmen die Wahl haben zwischen einer Zahlungsverpflichtung oder einer Modernisierung ihrer Anlagen. Die besondere Leistungsfähigkeit besteht in der grenzüberschreitenden Dimension und dem indirekten Anreizsystem, das im Gegensatz zu Abgabenmodellen weniger starr ausgestaltet ist. Ausgangspunkt ist dabei zwar das Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change aus dem Jahre 1997, allerdings sind die weltweit größten Emittentenstaaten

23 Vgl. *Bell/McGillivray*, Environmental Law, 2008, S. 149; *Gödel*, Das Umweltprogramm der Vereinten Nationen (UNEP) und seine Rolle im System der International Governance, 2006.

24 Vgl. *Kettl*, Environmental Governance, 2002, S. 6 ff.

25 Vgl. *Kloepfer*, Umweltschutzrecht, 2008, S. 265 ff., *Körner/Vierhaus*, Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz, 2005, § 1; *Schmidt-Preuß*, in: *Dolde* (Hrsg.), Umweltrecht im Wandel, 2001, S. 309 ff.

dabei nicht beteiligt. Die europäische Gemeinschaft hat hier durch eine Einzelentscheidung diese internationale Vereinbarung genehmigt²⁶ und so in die europäische Gemeinschaft eingeführt. Das gesamte Handelssystem zielt auf die Reduzierung von Kohlenstoffdioxidemissionen, die für den Treibhauseffekt verantwortlich gemacht werden.

Im Vergleich zu dem herkömmlichen ordnungsrechtlichen oder abgabenrechtlichen Instrumentensystem bietet der Emissionsrechtehandel erhebliche Vorteile, die allerdings in der Praxis zunächst auch ausgespielt werden müssen.²⁷ Der hohe Aufwand für die Einführung des Handels mit Emissionsberechtigungen und der nur eingeschränkte Geltungsbereich angesichts der globalen CO₂ Emissionen stellen die Effizienz des Handelssystems in Frage. Insgesamt stellt aber der Emissionsrechtehandel einen innovativen und wichtigen Richtungswechsel in der Verwaltungssteuerung des Umweltrechts dar.

Für die Staaten der Europäischen Gemeinschaft sieht das Kyoto Protokoll die Verpflichtung zur Reduktion des Treibhausgasausstoßes um 8 % gegenüber dem Referenzjahr 1990 vor. Innerhalb der Gemeinschaft soll diese Verpflichtung durch eine Lastenaufteilung zwischen den Mitgliedstaaten getragen werden. Durch die Richtlinie 2003/87/EG vom Oktober 2003²⁸ wurde den Mitgliedstaaten aufgegeben, bis zum 31.12.2003 den Inhalt dieser Richtlinie umzusetzen und zum 01.01.2005 mit dem Emissionshandel zu beginnen.

Von Anfang an war das Handelssystem in Europa mit Problemen behaftet. Verstärkt durch die Finanz- und Wirtschaftskrise des Jahres 2008 konnte in der Folge nur ein Teil des anspruchsvollen Programms umgesetzt werden. So konnten etwa die osteuropäischen EU-Staaten mit ihrer besonders klima-

26 Siehe Art. 1 der Entscheidung 2002/358/EG des Rates vom 25. April 2002, ABl. Nr. L 130 v. 15.05.2002.

27 Zur umfangreichen Literatur, vgl. nur *Endres*, Umweltökonomie, 2007, S. 118 ff.; *Erling/Waggershauser*, in: UPR 2008, S. 175 ff.; *Frenz*, Emissionshandelsrecht, 2004; *Rehbinder*, in: Hansmann/Sellner (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 2007, S. 240 ff.; *Schmidt-Kötters*, in: Giesberts/Reinhardt (Hrsg.), Umweltrecht, 2007, S. 57 ff.; *Sinn*, Das grüne Paradoxon, 2008, S. 90 ff.

28 Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.10.2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie des Rates 96/61/EG. Dazu erfolgte am 23.01.2008 ein weiterer Vorschlag der Kommission zur Novellierung der Richtlinie als Teil eines gesamthaften Klimaschutzpakets: Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Verbesserung und Ausweitung des EU-Systems für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten, KOM (2008) 16; vgl. dazu *Erling/Waggershauser*, in: UPR 2008, S. 175 ff.

schädlichen Kohle in der Stromerzeugung aus dem europäischen Klimakompromiss ausscheiden. In Westeuropa litt das System des Emissionshandels gleichfalls unter der kostenlosen Verteilung von Zertifikaten an Stromerzeuger, die einen realistischen Handel und den damit verbundenen Anreiz zu klimaschützenden Investitionen verhinderte. Aber auch nach dem EU-Gipfel zum Klimaschutz im Dezember 2008 in Brüssel soll am Klimaschutz festgehalten werden, obwohl die Regeln zum Emissionshandel aufgeweicht wurden.

Die Schwächen liegen allerdings schon im Detail, denn der Anspruch auf ein weltweites Wirkungsgefüge im Emissionshandel erscheint übertrieben. Zum einen liegt die Gemeinschaft selbst weit hinter ihren Klimaschutzzielen zurück. Nicht zuletzt deshalb wird die EU-Emissionshandels-Richtlinie überarbeitet. So werden zum Beispiel nur 40 % der Treibhausgasemissionen der 27 EU-Mitgliedstaaten vom Handelssystem erfasst.²⁹ Dieser Kompromiss ist noch durch die Krise der weltweiten Finanzmärkte des Jahres 2008 vertieft worden, denn nun werden die Ausnahmen für die osteuropäische Energieindustrie weiter fortgeschrieben. Die europäische Gemeinschaft geriert sich zutiefst als Wirtschaftsgemeinschaft, deren heterogene Nebenziele schnell zurückstehen. Der Querschnittscharakter des europäischen Umweltrechts in der Gesamtheit europäischer Politiken schwächt hier die Durchsetzungskraft des Umweltrechts.

Zum anderen ist fraglich, ob dieses neue zentrale Instrument wirksam sein kann. Abgesehen von den Meldungen des Jahres 2008 über nur geringe tatsächliche Erfolge im Klimaschutz,³⁰ stellt sich die Frage der ökonomischen Wirksamkeit. Der Emissionshandel der 27 EU-Staaten ist bei einer globalen Betrachtungsweise ja nur ein kleines Element des weltweiten Emissionssystems. Wesentliche Emissionen kommen von Staaten, die überhaupt keinem Emissionshandelssystem angeschlossen sind und dies auch nicht beabsichtigen.

4.3 Emissionshandel in Deutschland

In Deutschland regelt das Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (TEHG) aus dem Jahre 2004³¹ die Verpflichtung von emissionsintensiven Betrieben, an diesem Handelssystem teilzunehmen.

29 Vgl. *Erling/Waggershauser*, in: UPR 2008, S. 175, Fn. 9.

30 Vgl. *Roth*, in: *Süddeutsche Zeitung* v. 18.11.2008.

31 Gesetz über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (TEHG), vom 08.07.2004, BGBl. I, 1578.

men. Das Gesetz beruht auf der Umsetzung der EG-Emissionshandelsrichtlinie³² aus dem Jahre 2003.

Der wesentliche Impuls für dieses rechtliche Instrument stammt aus dem Instrumentenmix der europäischen Gemeinschaft, die damit den nationalen Gesetzgebern die Aufgabe zugewiesen hat, diese europäischen Klimaschutzvorgaben umzusetzen. Dem Gesetzgeber als Akteur in der Governancedebatte kommt damit die entscheidende Rolle in diesem Umsetzungsprozess zu.

Die Rechtsprechung hat den gesetzgeberischen Emissionshandelsansatz ebenfalls einer gründlichen Beurteilung unterzogen.³³ Eingriffe in die Berufsfreiheit und das Eigentum stehen hier ersichtlich im Vordergrund der verfassungsrechtlichen Beurteilung. Die staatliche Steuerung der Ressourcennutzung wird durch den Emissionsrechtehandel weiter ausgebaut. Der Konflikt im anthropozentrischen Umweltschutz zwischen Ressourcenschutz und Ressourcennutzung ist damit nicht ausgetragen, die irreversible Veränderung der Umwelt ist aber nicht zu stoppen.

Das Bundesverwaltungsgericht hat in der Einführung eines Emissionshandelssystems für Treibhausgase durch die europäische Richtlinie noch keinen Verstoß gegen die Rechte aus Eigentum und der Berufsfreiheit gesehen.³⁴ In dem Ausgangsverfahren wehrte sich die Betreiberin einer nach dem BImSchG zugelassenen Anlage gegen die zusätzlichen Belastungen durch das Emissionshandelssystem nach dem TEHG. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts wurde dann in der Folge durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt,³⁵ das auch in einem weiteren Verfahren der abstrakten Normenkontrolle (Art. 93 I Nr. 2 GG) die Zuteilungsregel des § 12 ZuG (Zuteilungsgesetz) mit dem Grundgesetz für vereinbar hielt.

Die Gerichte haben den Emissionshandel und die damit verbundene Kontingentierung des Ressourcenzugangs im Hinblick auf die mit der Klimaerwärmung verbundenen Gefahren und im Verhältnis zu anderen Instrumenten ordnungsrechtlicher Art für angemessen gehalten;³⁶ eine Bewertung, die unter der Geltung des Art. 20 a GG für akzeptabel gehalten wird. Der Emissionshandel hat so die höchsttrichterliche Billigung als neuartiges Instrument

32 Vgl. Fn. 27.

33 BVerfGE 118, 79, Beschl. v. 13.3.2007; dazu: *Frenz*, in: UPR 2008, S. 8 ff.

34 BVerwGE 124, 47, Urt. v. 30.6.2005; dazu *Becker*, in: NVwZ 2006, S. 782 ff.

35 BVerfGE 118, 79.

36 Vgl. *Rehbinder*, in: Hansmann/Sellner (Hrsg.), Grundzüge des Umweltrechts, 2007, S. 246 m.w.N.

des Umweltrechts gefunden. Im Vergleich zu den Umweltafgaben und der damit verbundenen Rechtsprechung, insbesondere des Bundesverfassungsgerichts, fällt bei dem Zertifikatehandel die deutliche Zustimmung in der verfassungsrechtlichen Beurteilung auf.³⁷ Damit ist in Deutschland der Weg für diese neuartige Form der ökonomischen Steuerung trotz der erheblichen Eingriffe im Umweltrecht mit den damit verbundenen Begleiterscheinungen geebnet.

Innerhalb der ökonomisch wirkenden Instrumente stellt die Gruppe der handelbaren Emissionsrechte eine für Deutschland neue Gruppe dar. Die positiven Anreizwirkungen im Handel mit Emissionsberechtigungen bilden einen neuen Ansatz zur Problemlösung eines globalen Problems. Environmental Governance zeigt so einmal mehr einen Durchbruch in der Einführung neuer Instrumente, die in dieser Form für das nationale Rechtssystem neuartig sind.

5 Emissionszertifikate als Kernstück eines neuen Governance-Ansatzes?

Der Emissionsrechtehandel für Kohlendioxid zielt auf eine europaweite, kosteneffiziente und marktgerechte Verminderung von Treibhausgasen zum weltweiten Klimaschutz. Nach § 1 TEHG ist dies das ausdrückliche Ziel des Gesetzes über den Emissionshandel.³⁸ Die Zielsetzung, ein weltweites Wirkungsgefüge für den Klimaschutz in Gang zu setzen, ist sehr überraschend und einmalig. Gemeinsame umweltrechtliche Aktionen waren schon in der Vergangenheit überaus selten. Zwar hat es in den letzten Jahrzehnten internationale Abkommen gegeben, die auch den Umweltschutz berücksichtigten, aber auch dort blieb die Implementation in nationale Rechtsordnungen schwierig.

Der Organisationsaspekt spielt dabei eine Rolle, denn es stellt sich die Frage, ob eine internationale Organisation diese Aufgaben zusammen fassen könnte. Die UNEP (United Nations Environmental Programme) hat ersichtlich in der Vergangenheit diese Rolle nicht spielen können, denn das Mandat für

37 Nach einer intensiven Diskussion über Ökosteuern und andere abgabenrechtliche Modelle stieß das Modell der Umweltregulierung durch Abgaben unter dem Gesichtspunkt der Lastengleichheit und der finanzverfassungsrechtlichen Gefahren in der Rechtsprechung zum Teil auf Ablehnung, vgl. BVerfGE 55, 274; 67, 256; 100, 274; 113, 128.

38 Vgl. *Frenz*, Emissionshandelsrecht, 2004, § 1; *Körner/Vierhaus*, Treibhausgas-Emissions-handelsgesetz, 2005, § 1.

diese anerkannte internationale Organisation ist sicherlich nicht weitreichend genug. Die Europäische Gemeinschaft hat hier erneut eine Aufgabe aufgegriffen, die nach den Verträgen durchaus in ihrer Reichweite liegt.

In der Governance-Diskussion bilden bislang Partizipationsansätze den Schwerpunkt der Betrachtung.³⁹ Governance und inzwischen auch Environmental Governance gehen aber darüber hinaus, indem nach dem Wandel von Steuerung gesucht wird. Die Steuerungsperspektive dominiert in der Rechtswissenschaft immer noch und liefert aus dem Rechtsstaatsprinzip interessante Ansätze bei der Betrachtung des Handels mit Emissionszertifikaten.

Teilbereiche ökonomischer Instrumente sind dabei noch lange nicht ausgelotet, dies gilt auch für den Handel mit Emissionszertifikaten, die ja als eindeutig ökonomische Ansätze daher kommen. Da rechtliche Regelungen aber immer nur „Sedimente“ vergangener Zeiten sind, lässt sich hier schon wieder die Frage nach der Steuerungseignung stellen. Angesichts der Finanzmarktkrise und den Forderungen nach mehr Staat gegenüber einem Zuviel an ökonomischem „Laissez Faire“ gibt es auch Anlass zu einer Betrachtung der Grenzen ökonomischer Instrumente.

Für Environmental Governance darf daher die Feststellung gelten, dass nunmehr der Handel mit Emissionszertifikaten zum Kernbereich staatlicher Governance-Instrumente gezählt werden kann. Für das Verwaltungshandeln als Hintergrund bedeutet diese Neuausrichtung eine Herausforderung, denn erneut ist im Umweltrecht eine Kategorie aufgetaucht, die die Beziehungen zwischen Staat und Gesellschaft berührt und neu sortiert. Der Schwerpunkt von Environmental Governance wird sich aber auf europäischer Ebene entfalten müssen, da hier die Ansätze zu mehr Partizipation, Effektivität und Kohärenz gelegt werden.⁴⁰

Literatur

Becker, Florian: Die Ökonomisierung und Globalisierung des Umweltrechts vor dem Bundesverwaltungsgericht, in: NVwZ 2006, S. 782-785.

Bell, Stuart; McGillivray, Donald: Environmental Law, Oxford 2008.

Beyerlin, Ulrich: Umweltvölkerrecht, München 2000.

39 Vgl. *Jans/Vedder*, Environmental Law, 2008; *Lee*, EU Environmental Law, 2005, S. 113 ff.

40 Vgl. *Hesselbarth*, in: ZfU 2008, S. 29 ff.; *Hey/Jacob/Volkery*, in: Schuppert/Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, 2008, S. 430 ff.

- Bothe, Michael:* Wandel des Völkerrechts – Herausforderungen an die Steuerungsfähigkeit des Rechts im Zeitalter der Globalisierung, in: *KritV* 2008, S. 235-246.
- Buck, Matthias:* Umweltschutz und Freihandel, in: Koch, Hans-Joachim (Hrsg.): *Umweltrecht*, Köln 2007, S. 681-718.
- Dolde, Klaus-Peter (Hrsg.):* *Umweltrecht im Wandel. Bilanz und Perspektiven aus Anlass des 25-jährigen Bestehens der Gesellschaft für Umweltrecht (GfU)*, Berlin 2001.
- Endres, Alfred:* *Umweltökonomie*, Stuttgart 2007.
- Epiney, Astrid:* *Umweltrecht in der Europäischen Union*, Köln 2005.
- Erling, Uwe; Waggershauser, Stephan Patrick:* Novellierung der EU-Emissionshandels-Richtlinie (EH-RL). Überblick und erste Bewertung, in: *UPR* 2008, S. 175-178.
- Frenz, Walter:* Emissionshandel und Grundgesetz nach den Entscheidungen des BVerfG, in: *UPR* 2008, S. 8-12.
- Frenz, Walter:* *Emissionshandelsrecht. Kommentar zum TEHG und ZuG*, Berlin 2004.
- Giesberts, Ludger; Reinhardt, Michael (Hrsg.):* *Umweltrecht. BImSchG, Krw-/AbfG, BBodSchG, WHG*, München 2007.
- Gödel, Sophia:* *Das Umweltprogramm der Vereinten Nationen (UNEP) und seine Rolle im System der International Governance*, Frankfurt a. M. 2006.
- Grimm, Dieter (Hrsg.):* *Staatsaufgaben*, Frankfurt a. M. 1996.
- Guckelberger, Annette:* Der Referentenentwurf für ein UGB 2009 als erster Schritt auf dem Weg zur Kodifikation des Umweltrechts, in: *NVwZ* 2008, S. 1161-1167.
- Hagenah, Evelyn:* Neue Instrumente für eine neue Staatsaufgabe: Zur Leistungsfähigkeit prozeduralen Rechts im Umweltschutz, in: Grimm, Dieter (Hrsg.): *Staatsaufgaben*, Frankfurt a. M. 1996, S. 487-521.
- Hansmann, Klaus; Sellner, Dieter (Hrsg.):* *Grundzüge des Umweltrechts*, 3. Aufl., Berlin 2007.
- Heselhaus, Sebastian:* Verfassungsrechtliche Grundlagen des Umweltschutzes, in: Hansmann, Klaus; Sellner, Dieter (Hrsg.): *Grundzüge des Umweltrechts*, Berlin 2007, S. 3-49.

- Hesselbarth, Charlotte*: Der EU-Emissionshandel – Institutionelle Innovation für Nachhaltigkeit, in: ZfU 2008, S. 29-47.
- Hey, Christian; Jacob, Klaus; Volkery, Axel*: REACH als Beispiel für hybride Formen von Steuerung und Governance, in: Schuppert, Gunnar Folke; Zürn, Michael (Hrsg.): Governance in einer sich wandelnden Welt, Wiesbaden 2008, S. 430-451.
- Jans, Jan; Vedder, Hans*: European Environmental Law, 3. Aufl., Groningen 2008.
- Jessop, Bob*: Veränderte Staatlichkeit. Veränderungen von Staatlichkeit und Staatsprojekten, in: Grimm, Dieter (Hrsg.): Staatsaufgaben, Frankfurt a. M. 1996, S. 43-73.
- Kahl, Wolfgang*: Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht – Teil 1, in: JZ 2008, S. 74-81, Teil 2, in: JZ 2008, S. 120-128.
- Kahrl, Frederic*: Das Umweltgesetzbuch zwischen Rechtswissenschaft und Politik. Bericht über die Tagung „Das Umweltgesetzbuch 2009“ der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer und der Humboldt-Universität zu Berlin am 9. und 10. Oktober 2008 in Berlin, in: DöV 2009, S. 160-166.
- Kettl, Donald*: Environmental Governance. A Report on the next Generation of Environmental Policy, Washington DC 2002.
- Kirchgässner, Gebhard*: Umweltschutz als Staatsaufgabe. Einige Überlegungen aus ökonomischer Perspektive, in: Grimm, Dieter (Hrsg.): Staatsaufgaben, Frankfurt a. M. 1996, S. 453-485.
- Kloepfer, Michael*: Umweltschutzrecht, München 2008.
- Körner, Raimund; Vierhaus, Hans-Peter*: Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz. Zuteilungsgesetz 2007. Kommentar, München 2005.
- Koch, Hans-Joachim (Hrsg.)*: Umweltrecht, Köln 2007.
- Kroppenborg, Inge*: Mythos Kodifikation – Ein rechtshistorischer Streifzug, in: JZ 2008, S. 905-912.
- Lee, Maria*: EU Environmental Law. Challenges, Change and Decision-Making, Oxford 2005.
- Meyerholt, Ulrich*: Umweltrecht, Oldenburg 2007.
- Nozick, Robert*: Anarchie, Staat, Utopia, München 2006.

- Oldiges, Martin*: Der beschwerliche Weg zu einem Umweltgesetzbuch, in: ZfG 2008, S. 263-282.
- O.V.*: Ban Ki-moon ermahnt die Europäer im Klimaschutz, in: FAZ v. 12.12.2008, S. 1-2.
- Rawls, John*: Eine Theorie der Gerechtigkeit, Frankfurt a. M. 1979.
- Rehbinder, Eckard*: Ziele, Grundsätze, Strategien und Instrumente des Umweltschutzes, in: Hansmann, Klaus; Sellner, Dieter (Hrsg.): Grundzüge des Umweltrechts, Berlin 2007, S. 123-284.
- Roth, Wolfgang*: Rückschlag beim Klimaschutz, in: Süddeutsche Zeitung, Nr. 268 v. 18.11.2008.
- Ruffert, Matthias*: Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht, Stuttgart 2004.
- Schmidt-Kötters, Thomas*: § 4 BImSchG, in: Giesberts, Ludger; Reinhardt, Michael (Hrsg.), München 2007, S. 33-63.
- Schmidt-Preuß, Matthias*: Flexible Instrumente des Umweltschutzes, in: Dold, Klaus-Peter (Hrsg.): Umweltrecht im Wandel, Berlin 2001, S. 309-331.
- Schuppert, Gunnar Folke*: Die Rolle des Gesetzes in der Governancetheorie, in: Trute, Hans-Heinrich; Gross, Thomas; Röhl, Hans Christian; Möllers, Christoph (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, Tübingen 2008, S. 161-189.
- Schuppert, Gunnar Folke; Zürn, Michael (Hrsg.)*: Governance in einer sich wandelnden Welt, Wiesbaden 2008.
- Schuppert, Gunnar Folke*: Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit?, in: Der Staat 2008, S. 325-358.
- Schwartmann, Rolf*: Umweltrecht, Heidelberg 2006.
- Seckelmann, Margrit*: Keine Alternative zur Staatlichkeit – Zum Konzept der „Global Governance“, in: VerwArch 2007, S. 30-53.
- Sinn, Hans-Werner*: Das grüne Paradoxon, Berlin 2008.
- Sterzel, Dieter*: Ökologie, Recht und Verfassung, in: Kritische Justiz 1992, S. 19-31.
- Stone, Christopher D.*: Should Trees have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects, Oxford University Press 1996.

Trute, Hans-Heinrich; Gross, Thomas; Röhl, Hans Christian; Möllers, Christoph (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, Tübingen 2008.

Wolfrum, Rüdiger: Ansätze eines allgemeinen Verwaltungsrechts im internationalen Umweltrecht, in: Trute, Hans-Heinrich; Gross, Thomas; Röhl, Hans Christian; Möllers, Christoph (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht – Zur Tragfähigkeit eines Konzepts, Tübingen 2008, S. 665-679.

Wirtschaftssystemwandel in der Bundesrepublik Deutschland

1 Terminus Soziale Marktwirtschaft

Sowohl in der Wissenschaft als auch in der Politik ist der Begriff Soziale Marktwirtschaft sehr facettenreich. Der Terminus bzw. die konkrete Ausgestaltung wird mit vielen Wissenschaftlern, die sich mit einer freiheitlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung beschäftigt haben, in Verbindung gebracht. Dazu zählt insbesondere die Freiburger Schule um Walter Eucken¹ und die mit ihr mehr oder weniger verbundenen ordoliberalen Wissenschaftler, wie Wilhelm Röpke² und Alexander Rüstow³. Obwohl verbindende Theorieelemente zwischen der Freiburger Schule, den Ordoliberalen und auch einigen Neoliberalen existieren, kommt ihnen jedoch nicht das Verdienst zu, das ordnungspolitische Leitbild Soziale Marktwirtschaft geprägt zu haben. Dieses gebührt ausschließlich Ludwig Erhard. Er konzipierte die originäre Soziale Marktwirtschaft sowohl in ihrer theoretischen Form als wissenschaftliches Leitbild (in diesem Zusammenhang schreibt Erhard die soziale Marktwirtschaft mit einem kleinen „s“) als auch zur Realisierung eines wirtschaftspolitischen Programms in Richtung einer freiheitlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung (wobei die Großschreibweise des Adjektivs sozial verwendet wird). Was verstand der Schöpfer der Sozialen Marktwirtschaft unter dieser Wirtschaftsordnung? Erhard hat sich in zahlreichen Schriften und Reden zu der Sozialen Marktwirtschaft und ihrer Ausgestaltung geäußert. Ausgehend von dem freiheitlichen Grundgedanken rekrutiert sich eine sozial verpflichtete Marktwirtschaft aus den grundlegenden Elementen einer freien Unternehmerwirtschaft mit einem freiheitlichen Leistungswettbewerb und freier Preisbildung auf den Märkten in Verbindung mit einer freien und selbstverantwortlichen Lebensgestaltung aller Gesellschaftsmitglieder innerhalb festgefügtter Ordnungsprinzipien, was automatisch zu einem sozialen Ausgleich und sozialer Sicherheit führt. Der Tenor der Sozialen Marktwirt-

1 Vgl. Eucken, Grundlagen, 1939/1989 und Grundsätze, 1952/1990.

2 Vgl. Röpke, Civitas Humana, 1944.

3 Vgl. Rüstow, Kapitalismus, 1949, S. 100 ff.

schaft als freiheitliche Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung kommt insbesondere durch folgende Aussage zum Ausdruck: „Die Soziale Marktwirtschaft ist das tragende Ordnungsprinzip, nach dem das Wirtschaftsleben in der Bundesrepublik gestaltet worden ist ... Das Wesen dieser Marktwirtschaft besteht hauptsächlich darin, dass der Wirtschaftsprozess, d. h. Produktion, Güter- und Einkommensverteilung, nicht durch obrigkeitlichen Zwang gelenkt, sondern innerhalb eines wirtschaftspolitisch gesetzten Ordnungsrahmens durch die Funktion freier Preise und den Motor eines freien Leistungswettbewerbs selbständig gesteuert wird. Freiheit, Selbstverantwortung und persönliche Initiative bei der Berufswahl, Erwerbstätigkeit und dem Konsum, die jedem als Produzenten und als Verbraucher die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Chancen eröffnen, sowie eine leistungsbedingte Einkommensverteilung sind die Antriebskräfte, die in der Marktwirtschaft zu einem Höchstmaß an Produktion und einer Steigerung des Wohlstands der gesamten Bevölkerung führen. Die Marktwirtschaft ist damit diejenige Wirtschaftsordnung, die ein Maximum an Produktivität, Wohlstandsmehrung und persönlicher Freiheit verbindet.“⁴ Gelangt diese freiheitliche Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung konsequent zur Anwendung, dann impliziert sie zugleich eine soziale Wirkung für alle Gesellschaftsmitglieder. Freies Unternehmerhandeln unter der Prämisse freien Wettbewerbs und freier Preise lässt „die Kräfte lebendig werden, die bis dahin wirken, dass jeder wirtschaftliche Fortschritt und jede Verbesserung in der Arbeitsweise ... an den Konsumenten weitergegeben werden. Das ist der soziale Sinn der Marktwirtschaft, dass jeder wirtschaftliche Erfolg, wo immer er entsteht ... dem Wohle des ganzen Volkes nutzbar gemacht wird“⁵. Sozial in der Intention Erhards bedeutet aber auch, dass eine freie wettbewerbliche Marktwirtschaft jedem einzelnen arbeitsfähigen Gesellschaftsmitglied die Chance bietet, selbstverantwortlich für sein Leben Sorge zu tragen. Wenn jeder Arbeitsfähige ohne Staatshilfe für sich selber sorgen kann, bleibt genug übrig, um die tatsächlich Bedürftigen, wie Arme, Alte und Kranke, zu unterstützen⁶. Soziale Unterstützung sollen nur die wirklich Bedürftigen erhalten, die ohne eigenes Verschulden – z. B. aus gesundheitlichen oder altersbedingten Gründen – keine Marktleistungen (mehr) erbringen können.

4 Erhard, Vorsorge, 1956/1988, S. 461.

5 Erhard, Wohlstand, 1964, S. 169.

6 Vgl. Erhard, Industriekurier, 1953/1988, S. 376.

2 Aufgaben des Staates in der Sozialen Marktwirtschaft

Freiheit, Selbstverantwortung, Leistungswettbewerb und soziale Sicherheit als Kennzeichen einer sozial verpflichteten Marktwirtschaft sind ohne einen Schutzmechanismus nicht realisierbar. Die größten Gefahren für eine Soziale Marktwirtschaft gehen von der Tendenz zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs und einem falsch verstandenen Sicherheitsstreben sowohl des Einzelnen als auch von Gruppen durch den Staat in Richtung eines Versorgungs- bzw. Wohlfahrtsstaates aus. Deshalb besteht die Kardinalaufgabe des Staates bzw. der Wirtschaftspolitik darin, den freien Wettbewerb sicherzustellen und die Selbstverantwortlichkeit der Wirtschaftssubjekte zu stärken. Die dazu erforderliche Verhaltensweise des Staates kommt in der folgenden Textstelle zum Ausdruck: „Das mir vorschwebende Ideal beruht auf der Stärke, dass der einzelne sagen kann: ‚Ich will mich aus eigener Kraft bewähren, ich will das Risiko des Lebens selbst tragen, will für mein Schicksal selbst verantwortlich sein. Sorge du, Staat, dafür, dass ich dazu in der Lage bin.‘ Der Ruf dürfte nicht lauten: ‚Du, Staat, komm mir zu Hilfe, schütze mich und helfe mir‘, sondern umgekehrt: ‚Kümmere du, Staat, dich nicht um meine Angelegenheiten, sondern gib mir soviel Freiheit und lass mir von dem Ertrag meiner Arbeit so viel, dass ich meine Existenz, mein Schicksal und dasjenige meiner Familie selbst zu gestalten in der Lage bin.‘”⁷ Zur Verwirklichung dieser Forderung ist ein starker Staat notwendig, der einen Ordnungsrahmen setzt und innerhalb dessen den wirtschaftenden Menschen die volle Freiheit und Freizügigkeit ihres Handelns gewährleistet. Zu dem wirtschaftspolitisch gesetzten Ordnungsrahmen zählen insbesondere die Errichtung einer Wettbewerbsordnung, um den Leistungswettbewerb und die Funktion freier Preise zu garantieren, aber auch die Konstituierung einer Währungsordnung zur Stabilität des Preisniveaus sowie alle weiteren Maßnahmen, die notwendig sind, um die ökonomische und soziale Freiheit zu sichern. Neben den grundlegenden wirtschaftspolitischen Ordnungsfunktionen werden unter besonderen Bedingungen auch ergänzende sozial-, konjunktur- und strukturpolitische Maßnahmen akzeptiert, sofern sie sich harmonisch in die marktwirtschaftliche Ordnung einfügen. Voraussetzung ist, dass sie die marktwirtschaftliche Steuerungskraft und die ökonomische Freiheit nicht beeinträchtigen und die Kriterien Subsidiarität und Ordnungskonformität berücksichtigen. Es gilt jedoch: Je höher die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, desto eher wird es

7 Erhard, Wohlstand, 1964, S. 251f.

den Menschen möglich, aus eigener Kraft durch Selbsthilfe für eine soziale Sicherheit zu sorgen. Unter dieser Voraussetzung können die ergänzenden Wirtschaftspolitiken auf ein Minimum reduziert werden. „Soziale Sicherheit ist gewiß gut und in hohem Maße wünschenswert, aber soziale Sicherheit muß zuerst aus eigener Kraft, aus eigener Leistung und aus eigenem Streben erwachsen. Soziale Sicherheit ist nicht gleichbedeutend [...] mit der Übertragung der individuellen menschlichen Verantwortung auf irgendein Kollektiv. Am Anfang muß die eigene Verantwortung stehen, und erst dort, wo diese nicht ausreicht oder versagen muß, setzt die Verpflichtung des Staates und der Gemeinschaft ein.“⁸

3 Unterschiedliche Interpretationen der Sozialen Marktwirtschaft

Obwohl die ordnungsgestaltenden Determinanten für das wirtschaftspolitische Leitbild Soziale Marktwirtschaft eindeutig bestimmt sind, ergaben sich in der Folgezeit unterschiedliche – z. T. auch sehr extreme – Ansichten darüber, wie die Soziale Marktwirtschaft in der praktizierenden Wirtschaftspolitik ausgestaltet sein sollte. Bereits Alfred Müller-Armack,⁹ der neben Erhard als ein weiterer Schöpfer der Sozialen Marktwirtschaft¹⁰ gilt, legte eine Konzeption dieser Wirtschaftsordnung mit einer anderen Akzentuierung vor. Analog Erhard plädiert Müller-Armack für eine freiheitliche Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung, die durch eine Wettbewerbsordnung gesteuert wird. Darüber hinaus ist es seiner Meinung nach jedoch erforderlich, diese freiheitliche Ordnung mit sozialer Sicherheit, sozialem Fortschritt und einer sozialen Gesellschaftspolitik zu kombinieren. Obwohl Müller-Armack der wettbewerbsorientierten Marktwirtschaft eine inhärente soziale Funktion – aufgrund der Produktion zum Wohl des Konsumenten und Produktivitätserhöhungen – zugesteht, sind für einen vollständigen sozialen Schutz weitere wirtschafts- und sozialpolitische Maßnahmen erforderlich. Dabei handelt es sich nicht nur um die soziale Sicherung wirklich bedürftiger Personen, die

8 Erhard, Wohlstand, 1964, S. 262.

9 Alfred Müller-Armack übernahm 1952 die Leitung der Grundsatzabteilung im Bundesministerium für Wirtschaft und war ab 1958 Staatssekretär im Wirtschaftsministerium.

10 Der Begriff Soziale Marktwirtschaft geht, wie Müller-Armack schreibt, auf seinen eigenen Vorschlag zurück. Müller-Armack, Stil, 1976, S. 232. Abweichend davon behauptet der Jurist Karl Günther Weiss, dass die Namengebung von ihm geprägt worden ist. Weiss, Wahrheit, 1996, S. 571 ff.

keine Marktleistung erbringen können – oder um einige, wenige begründete Ausnahmefälle, sondern um – eine teilweise weitreichende – verteilungsorientierte Wirtschafts- und Sozialpolitik als direkter Ausgleich zwischen hohen und niedrigen Einkommen. „Der marktwirtschaftliche Einkommensprozeß bietet der Sozialpolitik ein tragfähiges Fundament für eine staatliche Einkommensumleitung, die in Form von Fürsorgeleistungen, Renten- und Lastenausgleichszahlungen, Wohnungsbauzuschüssen, Subventionen usw. die Einkommensverteilung korrigiert.“¹¹ Auch Müller-Armack bindet die wirtschafts- und sozialpolitischen Eingriffe an das Kriterium der Marktkonformität, legt diesen Begriff aber wesentlich weiter aus als Erhard. Marktkonform sind „Maßnahmen, die den sozialen Zweck sichern, ohne störend in die Marktapparatur einzugreifen. Der Begriff „marktkonform“ mag in Grenzfällen unbestimmt sein, dürfte jedoch in der praktischen Wirtschaftspolitik zur Kennzeichnung von Verfahren genügen, bei denen auf die Funktion des Marktes Rücksicht genommen wird. [...] Die Forderung nach Marktkonformität bietet der Wirtschaftspolitik erhebliche Bewegungsmöglichkeiten, ohne sie mit den Marktkräften in Konflikt zu bringen.“¹² Der Begriff Marktkonformität ist also bei Müller-Armack nicht eindeutig spezifiziert und er erkennt die Gefahr, die von einer großzügigen Auslegung ausgeht. Da er aber von der hohen Leistungsfähigkeit der Marktwirtschaft überzeugt ist, setzt er voraus, dass sie vielfältige sozialpolitische Maßnahmen und verteilungspolitische Eingriffe verkraften kann. Im Gegensatz zu Müller-Armack ist für Erhard eine breitangelegte Einkommensumverteilungspolitik zugunsten bestimmter Schichten und Gruppen mit einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung nicht vereinbar. Er vertritt den Grundsatz, dass jedes arbeitsfähige Gesellschaftsmitglied seine wirtschaftliche Situation aus Eigeninitiative heraus – aus eigener Kraft und Leistung – selbstverantwortlich gestalten soll. Wenn dieses Grundprinzip nicht zur Anwendung gelangt, besteht die Tendenz zur Herausbildung eines Versorgungs- und Wohlfahrtsstaates. „Die Ansprüche an den Staat wachsen in dem gleichen Maße, wie das Gefühl für Eigenverantwortung verkümmert und schließlich erstickt. Jeder glaubt, zu kurz zu kommen, woraus folgt, dass was dem einen recht ist, auch jedem anderen billig sei. So aber schliddern wir zusehends und zunehmend in den perfekten Wohlfahrtsstaat, der [...] sich [...] nur noch graduell von totalitären

11 Müller-Armack, *Soziale Marktwirtschaft*, 1956, S. 391.

12 Müller-Armack, *Soziale Marktwirtschaft*, 1956, S. 391.

Systemen unterscheidet.“¹³ Funktioniert der Wettbewerb in einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung, dann sorgt er für eine gerechte Verteilung des Volkseinkommens auf alle arbeitsfähigen Menschen, ohne dass weitere staatliche Eingriffe erforderlich sind. Damit erfüllt die marktwirtschaftliche Ordnung ihre soziale Funktion. Wird der Begriff sozial jedoch falsch ausgelegt, dann gleitet die Soziale Marktwirtschaft in einen Dirigismus und Kollektivismus ab.¹⁴ Für Erhard bedeutet Soziale Marktwirtschaft nicht Marktwirtschaft ergänzt um Sozialpolitik und sie wird nicht sozialer, je mehr marktkonforme Eingriffe stattfinden, sondern in einer funktionsfähigen Sozialen Marktwirtschaft ist die soziale Wirkung implizit vorhanden. Im Gegensatz dazu besteht für Müller-Armack der Sinn der sozialen Marktwirtschaft darin, „das Prinzip der Freiheit auf dem Markte mit dem des sozialen Ausgleichs zu verbinden. [...] So erstrebt die neue Wirtschaftspolitik sozialen Fortschritt über marktkonforme Maßnahmen.“¹⁵ Seine Grundformel lautet also Marktwirtschaft plus Sozialpolitik, solange sie nur irgendwie mit dem Kriterium der Marktkonformität vereinbar ist.

Gab es bereits zwischen Erhard und Müller-Armack Differenzen bei der Ausgestaltung der Sozialen Marktwirtschaft bezüglich der sozialen Komponente, so verstärkten sich in der folgenden Zeit die unterschiedlichen Ansichten, was konkret unter einer Sozialen Marktwirtschaft zu verstehen sei. Sowohl Wissenschaftler als auch Politiker und gesellschaftliche Interessengruppen interpretierten diesen Begriff entsprechend ihrer jeweiligen Auffassungen und Zielsetzungen. Erhards Befürchtungen einer Fehldeutung des Wortes sozial zugunsten einer Wirtschaftspolitik zur Befriedigung bestimmter Interessengruppenforderungen und die Übertragung der Selbstvorsorge und Eigenverantwortung Einzelner sowie von Gruppen auf den Staat mit der zwangsläufigen Entwicklung zu einem Versorgungs- und Wohlfahrtsstaat hat sich bewahrheitet. Die amtierenden Wirtschaftspolitiker beachteten kaum die ursprünglich von Erhard dargelegte Konzeption und die verbindenden Funktionselemente. Jede Partei in Regierungsverantwortung fühlte sich befähigt, die Soziale Marktwirtschaft mit anderen Inhalten zu füllen, die oftmals kaum noch einen Bezug zur Marktwirtschaft aufwiesen. Insbesondere wurde das Adjektiv sozial als Aufforderung verstanden, die Marktwirtschaft sozial ab-

13 *Erhard*, Feinde, 1960/1988, S. 638. Vgl. auch *Erhard*, Wohlstand, 1964, S. 245 ff. und passim.

14 Vgl. *Erhard*, Ordnungsdenken, 1971/1988, S. 1050.

15 *Müller-Armack*, Soziale Marktwirtschaft, 1956, S. 390 f.

zufedern. Im wirtschaftspolitischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozess wurde es immer mehr zu einem Politikum, mit dem sich eine wahlwirksame Wirtschaftspolitik betreiben lässt. Die Wirtschaftspolitik, die heute unter dem Namen der Sozialen Marktwirtschaft praktiziert wird, hat nicht mehr viel mit der originären Wirtschaftsordnung gemein.

4 Soziale Marktwirtschaft: Von der Wettbewerbssteuerung über die Globalsteuerung zur Verteilungssteuerung

Obwohl sich die Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung Soziale Marktwirtschaft in den letzten fünfzig Jahren seit ihrer Entstehung langsam aber stetig gewandelt hat, erscheint sie nach außen hin immer dieselbe geblieben zu sein. Es wurde zwar versucht, ihre verschiedenen Phasen mit spezifischen Termini, wie zweite¹⁶ (ab 1966), dritte¹⁷ (ab 1982) und vierte¹⁸ (ab 1998) Phase der Sozialen Marktwirtschaft sowie aufgeklärte Marktwirtschaft, zu kennzeichnen, aber diese Bezeichnungen sagen wenig über die tatsächlich praktizierte Wirtschaftspolitik aus. Deshalb hat es sich aus analytischen Gründen als sinnvoll erwiesen, die komplexe Soziale Marktwirtschaft nach bestimmten Kriterien zu typisieren. Dazu werden die verschiedenen grundlegenden Systemelemente festgelegt und entsprechend ihren dominierenden Bestimmungsfaktoren die jeweiligen Realtypen gebildet, die geeignet sind, die Funktionsweise der Wirtschaftsordnung Soziale Marktwirtschaft in ihren unterschiedlichen Phasen widerzuspiegeln.¹⁹ Ausgehend von der Überlegung, dass jedes Wirtschaften in arbeitsteiligen Volkswirtschaften die Beantwortung der Fragen nach Verteilung der Verfügungsgewalt über die Produktion, nach den Planungssubjekten und dem Koordinierungsmechanismus der aufgestellten Wirtschaftspläne erfordert, ist ein Wirtschaftssystem durch ein Verfügungs-, Planungs- und Koordinierungssystem gekennzeichnet. Je nach Dominanz dieser drei konstitutiven Bestimmungsfaktoren lassen sich bei der Wirtschaftsordnung Soziale Marktwirtschaft drei realtypische Wirtschafts-

16 MüllerArmack, zweite Phase, 1960, S. 267 ff.

17 Vgl. Lampert/Bossert, Wirtschafts- und Sozialordnung, 2007, S. 48.

18 Vgl. Lampert/Bossert, Wirtschafts- und Sozialordnung, 2007, S. 48.

19 Zu der analytischen Vorgehensweise sowie Charakteristika und Funktionsweise realtypischer Wirtschaftssysteme siehe Peters, Wirtschaftssystemtheorie, 2002.

systeme unterscheiden: Wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft, Globalgesteuerte Marktwirtschaft, Verteilungsgesteuerte Marktwirtschaft.²⁰

4.1 Wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft

Die Charakteristika einer Wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft sind

- „vorwiegend private Verfügungsgewalt über Produktion und Verteilung
- ein vorherrschendes dezentrales marktwirtschaftliches Planungssystem
- ein vorherrschendes wettbewerbsorientiertes marktwirtschaftliches Koordinierungssystem“.²¹

Bis 1967 war die Wirtschaftsordnung Soziale Marktwirtschaft vorwiegend durch das realtypische Wirtschaftssystem Wettbewerbsgesteuerte Marktwirtschaft gekennzeichnet. Durch die Währungsreform, die teilweise und sukzessive Preisfreigabe der Güter und Aufhebung der Bewirtschaftungsverordnungen wurde 1948 der Weg für eine freiheitliche Wirtschaftsordnung geebnet. Zugleich erhielten die privaten Wirtschaftssubjekte – basierend auf Eigentumsrechten – die freie Verfügungsgewalt über die Nutzung der Produktionsmittel und die Verwendung der erwirtschafteten Nettoerträge sowie -einkommen innerhalb der zur Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Marktwirtschaft erforderlichen Grenzen. Die Verfügungsfreiheit erstreckte sich innerhalb des ordnungspolitischen Rahmens auch auf die wirtschaftlichen Freiheitsrechte. Die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung wurde überwiegend den Unternehmungen als Produzenten und den privaten Haushalten als Konsumenten überlassen, wobei der Markt bzw. die Marktpreise als Informationsinstrumentarium für die Planungen fungierten. Koordiniert wurden die aufgestellten Pläne auf den Märkten mit Hilfe des wettbewerblich gebildeten Marktpreismechanismus, wobei die Wettbewerbsordnung als Rahmenordnung errichtet wurde, um die Funktionsfähigkeit der Märkte zu gewährleisten. Die konkrete Umsetzung der Wettbewerbsordnung erfolgte in der Sozialen Marktwirtschaft 1957 mit dem Erlass des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in dem jedoch die ordnungspolitische Grundlinie aufgrund vielfältiger Interessengruppeneinflüsse nicht vollständig umgesetzt werden konnte und von Erhard bemängelt worden ist.

20 Vgl. *Peters*, Wirtschaftssystemtheorie, 2002, S. 27 ff., 31 ff., 67 ff., 187 ff.

21 *Peters*, Wirtschaftssystemtheorie, 2002, S. 68 f., 187 ff.

4.2 Globalgesteuerte Marktwirtschaft

Mit dem Erlass des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft 1967 änderte sich die ordnungspolitische Schwerpunktsetzung in der Wirtschaftsordnung Soziale Marktwirtschaft von einem Wirtschaftssystem der Wettbewerbsgesteuerten zu einer Globalgesteuerten Marktwirtschaft mit folgenden Kennzeichen

- „vorwiegend private Verfügungsgewalt über Produktion und Verteilung
- ein vorherrschendes kombiniertes Planungssystem dezentraler marktwirtschaftlicher und indikativ-globaler Planung
- ein vorherrschendes konjunkturpolitisch beeinflusstes marktwirtschaftliches Koordinierungssystem“.²²

Im Mittelpunkt der Globalgesteuerten Marktwirtschaft stand die Ergänzung der Wettbewerbssteuerung um eine konjunkturpolitische Globalsteuerung. Bundeswirtschaftsminister Karl Schiller, unter dessen Ägide die Globalgesteuerte Marktwirtschaft – Schiller bezeichnete sie als aufgeklärte Marktwirtschaft – zu praktizieren versucht wurde, sieht in dieser marktwirtschaftlichen Variante die Möglichkeit „einer sinnvollen Synthese zwischen dem Freiburger Imperativ des Wettbewerbs und der keynesianischen Botschaft der Steuerung der effektiven Gesamtnachfrage“.²³ Diese konjunkturpolitische Steuerung wirkt sich auf das Verfügungs-, Planungs- und Koordinierungssystem unterschiedlich aus. Auf die private Verfügungsgewalt über Produktion und Verteilung kann durch eine antizyklische Konjunkturpolitik – beispielsweise in Form von Steuersatzvariationen, Sonderabschreibungen und Investitionsprämien – indirekt eingewirkt werden. Beim Planungssystem erfolgt eine Ergänzung der einzelwirtschaftlichen Planung im mikroökonomischen Bereich um eine staatliche antizyklische Globalsteuerung im makroökonomischen Bereich mit Hilfe der Instrumentarien des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes. Auch im Koordinierungssystem wirkt sich die Globalsteuerung aus, indem die einzelwirtschaftliche Plankoordination – sofern erforderlich – in Richtung auf konjunkturpolitische Ziele staatlich zu beeinflussen versucht wird. Dabei kann das Ordnungsprinzip Wettbewerb beeinträchtigt werden, indem es zu einem Instrumentarium zur Erreichung der konjunkturpolitischen Ziele herabgestuft wird. Nach ihrem anfänglichen Erfolg 1968 zeigten sich in

²² Peters, Wirtschaftssystemtheorie, 2002, S. 198 ff.

²³ Schiller, Reden, 1968, S. 49.

den folgenden Jahren relativ schnell die Funktionsmängel einer Globalgesteuerten Marktwirtschaft, wie die richtige Diagnose der konjunkturellen Wirtschaftslage und der einzusetzenden Instrumente sowie der nichtvollzugsverbindliche Charakter der Konjunkturpolitik. Zudem machte sich in der Wirtschaftsordnung immer stärker eine Umverteilungs- und wohlfahrtsstaatliche Wirtschaftspolitik bemerkbar, für die der Staat zunehmend einen höheren Anteil der gesamten Wirtschaftsleistung benötigte. Kontinuierlich nahmen die Staatsausgaben zu.

4.3 Verteilungsgesteuerte Marktwirtschaft

Nachdem sich die organisierten Interessengruppen wieder etabliert hatten, entstanden bereits in den 50er Jahren langsam aber sicher schutzbedürftige Wirtschaftsbereiche, wie die Wirtschaftszweige Landwirtschaft, Steinkohlenberg-, Schiff-, Luft-, Raumfahrzeug- und Wohnungsbau sowie Verkehrs-, Elektrizitäts- und Versicherungswirtschaft. Zusätzlich forcierten mannigfache sozialpolitische Maßnahmen die Entwicklung zu einem Wohlfahrtsstaat. Wiederum setzte in der Wirtschaftsordnung Soziale Marktwirtschaft eine ordnungspolitische Schwerpunktverlagerung ein; diesmal zu einem Wirtschaftssystem einer Verteilungsgesteuerten Marktwirtschaft mit den Kriterien

- „vorwiegend private Verfügungsgewalt über Produktionsmittel und vorwiegend staatliche Verfügung über die Ertragsverteilung
- ein vorherrschendes dezentrales marktwirtschaftliches Planungssystem in der Produktionssphäre, das indirekt verteilungspolitisch beeinflusst wird
- ein vorherrschendes wettbewerbsorientiertes marktwirtschaftliches Koordinierungssystem in der Produktionssphäre, das indirekt verteilungspolitisch beeinflusst wird“.²⁴

Von Bedeutung ist die verteilungspolitische Tätigkeit des Staates. Im Gegensatz zu einer Wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft werden nicht nur tatsächlich sozial Schwache unterstützt, sondern „Verteilungsgesteuerte Marktwirtschaften streben Wohlfahrtssteigerungen breiter Gesellschaftsschichten hauptsächlich durch Ausbau der Transfer- und Sozialsysteme mittels Umverteilung an, indem sie steuerbares Leistungseinkommen in verteilungs-

24 Peters, Wirtschaftssystemtheorie, 2002, S. 71, 217 ff.

fähiges Transfer- und Sozialeinkommen umwandeln“.²⁵ Während die Wirtschaftssubjekte über ihre Produktionsmittel noch relativ frei verfügen können, ist die Ertragsverteilung überwiegend durch den Staat geregelt, indem er ein Gros des erwirtschafteten Ertrages in Form von Steuern, Abgaben und Zwangsversicherungen für Umverteilungszwecke abschöpft. Die vorwiegend staatliche Verfügung über die Ertragsverteilung wirkt bis in das Planungs- und Koordinierungssystem. So werden die einzelwirtschaftlichen Planungs- subjekte bei ihren Produktions-, Arbeits- und Investitionsentscheidungen durch die staatliche Verteilungspolitik indirekt beeinflusst, wenn ein Großteil des erwirtschafteten Ertrages nicht mehr für die eigenen Bedürfnisse zur Verfügung steht. Arbeits- und Produktionseinschränkungen bzw. -aufgabe, zunehmende Auslandsinvestitionen sowie rentensuchendes Verhalten²⁶ (rent seeking statt profit seeking) sind die Konsequenzen. Die verteilungspolitischen Maßnahmen in Form von Subventionen, Wettbewerbsbeschränkungen und administrativen Preisfestsetzungen zugunsten staatlich regulierter Wirtschaftsbereiche, Märkte – insbesondere auch des Arbeitsmarktes – und verschiedener Gesellschaftsgruppen bewirken – im Gegensatz zur Wettbewerbskoordinierung – eine Fehlallokation der Produktionsfaktoren und ein unausgeglichenes Angebots-Nachfrage-Verhalten.

Der Wirtschaftssystemwandel von der Wettbewerbsgesteuerten Marktwirtschaft – mit der Zwischenphase der Globalgesteuerten Marktwirtschaft – zur Verteilungsgesteuerten Marktwirtschaft vollzog sich schleichend aber stetig. Unter Zugrundelegung der volkswirtschaftlichen Staats- und Abgabenquote als Maßstab zeigt sich in der Wirtschaftsordnung Soziale Marktwirtschaft bis 1960 eine relativ konstante Entwicklung. In den folgenden Jahren nahmen beide Quoten dann kontinuierlich zu. Anfang der 70er Jahre näherte sich die Staatsquote mit 38,5% der 40% Grenze und schon 1975 erklomm sie mit 48,8% die 50% Marke. Erst seit 2007 ist ein moderater Rückgang auf 43,8% zu verzeichnen.²⁷ Analog entwickelte sich die Abgabenquote: bis 1960 bewegte sie sich um ca. 30%, von 1960 bis 1970 stieg sie auf 35%, 1973 erreichte sie mit 38% die 40% Grenze und hat sich in den Folgejahren bis heute bei 40,3% eingependelt.²⁸ Es ist ersichtlich, dass sich die Wirtschaftsordnung Soziale Marktwirtschaft bereits Mitte der 70er Jahre zu einem Wirtschafts-

25 Peters, Wirtschaftssystemtheorie, 2002, S. 217.

26 Vgl. Tullock, Rent Seeking, 1980, S. 16 ff.; Krueger, Rent-Seeking Society, 1974, S. 291 ff.

27 Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Staatsquote, 2008.

28 Vgl. Bundesministerium der Finanzen, Steuer- und Abgabenquote, 2008.

system der Verteilungsgesteuerten Marktwirtschaft gewandelt hat. Die volkswirtschaftliche Staats- und Abgabenquote stiegen auf ein Maß, das weder mit einer Wettbewerbsgesteuerten noch mit einer Globalgesteuerten Marktwirtschaft vereinbar ist.

Diese Entwicklung spiegelt sich auch in den Maßnahmen der derzeitigen Regierungspolitik der Großen Koalition wider. Zu Beginn ihrer Regierungszeit verbesserte die Große Koalition durch die Umsetzung der in der Regierungserklärung vom 30. November 2005 angekündigten Politik der kleinen Schritte zur Lösung der Wachstumsbremsen die wirtschaftspolitischen Bedingungen. So erfolgte eine Erhöhung des gesetzlichen Renteneintrittsalters, die Reform der Unternehmenssteuern sowie die Föderalismusreform und die Abschaffung der sogenannten Eigenheimzulage. Die Neuverschuldung, das Staatsdefizit und die Arbeitslosenquote sanken. Im weiteren Verlauf fehlte ihr aber genauso wie den anderen Regierungen der Mut zu effizienten Reformen für eine weitreichende ordnungskonforme Wirtschaftspolitik. Ein wesentliches Kennzeichen der Regierung ist ein Wechsel von Nehmen und Geben. Zwar sind einige Subventionen und Steuervergünstigungen, wie die Eigenheimzulage und der Sparerfreibetrag abgeschafft bzw. gekürzt, dafür aber neue Steuervergünstigungen wie die Umsatzsteuerbefreiung bei ärztlichen Leistungen, die Berücksichtigung des ermäßigten Steuersatzes im Rahmen der Mehrwertsteuererhöhung, die Einkommensteuerermäßigungen für Renovierungs-, Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen sowie der sogenannte Abzugsbetrag bei Investitionen für kleine und mittlere Unternehmen als Ersatz für die bisherige Ansparabschreibung gewährt worden. Durch das 2006 beschlossene Wachstums- und Beschäftigungspaket in Höhe von 25 Mrd. Euro bis zum Jahr 2009 zur Belebung der Konjunktur erhöhen sich die Finanzhilfen zusätzlich. Ebenfalls unangetastet blieben in der Föderalismusreform die strukturpolitischen Maßnahmen „Verbesserung der Agrarstruktur“ und die Gemeinschaftsaufgabe „Förderung der regionalen Wirtschaftsstruktur“, die zumeist aufgrund ihres strukturpolitischen Erhaltungscharakters entgegen den Markttendenzen als ordnungsinkonform zu bewerten sind.

Quantitativ lässt sich die Verteilungswirkung am Subventionsvolumen messen. So summierten sich die Subventionen in Deutschland im Jahr 2007 auf 143,1 Mrd. Euro; aufgeteilt in 52 Mrd. Euro Steuervergünstigungen und 91 Mrd. Euro Finanzhilfen. Die sektorspezifischen Subventionen betrugen 75,8 Mrd. Euro; davon beziehen sich 63,6% auf die klassisch regulierten – und

kaum wachstumsorientierten – Wirtschaftszweige Landwirtschaft, Bergbau, Verkehr und Wohnungswirtschaft. Zusätzlich werden ca. 29,7 Mrd. Euro branchenübergreifend für die Regionalförderung und Beschäftigungserhöhung verwendet. Insgesamt wurde fast ein Drittel (ca. 30%) des gesamten Steueraufkommens für Subventionen verwendet. Die große Gruppe der Steuerzahler finanziert die verteilungspolitische Zielsetzung des Staates zugunsten bestimmter Wirtschaftszweige und Berufsgruppen. In vollem Umfang entspricht das Subventionsvolumen 5,9% des Bruttoinlandsprodukts.²⁹

Ebenso ordnungsinkonform verhält es sich mit der Arbeitsmarktpolitik. Der längere Bezug des Arbeitslosengeldes für Ältere wird den Anreiz zur Arbeitsaufnahme senken. Auch der Beschäftigungszuschuss für schwer vermittelbare Arbeitslose ab 18 Jahren, der Qualifizierungs-Kombi für Arbeitslose ab 25 Jahren und die Eingliederungszuschüsse für Arbeitslose ab 50 Jahren wirken wie eine Unterstützungsgarantie von einer Lebensphase zur anderen. Die Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt für diese Gruppen wird weiter zurückgehen – auf der Angebotsseite, weil die Anreize zur Aufnahme immer geringer werden, auf der Nachfrageseite, weil die Qualifikation während der Arbeitslosigkeit im allgemeinen nicht erhöht wird und Unternehmen aufgrund der staatlichen Unterstützungen für bestimmte Arbeitnehmergruppen keine regulären Arbeitsplätze schaffen. Reguläre Arbeitsplätze, insbesondere für gering Qualifizierte, werden auch durch die beschlossenen Mindestlöhne in den Branchen Baugewerbe, Dachdecker-, Elektro-, Maler- und Lackiererhandwerk, Gebäudereinigerhandwerk, Altenpflege, Wachschatz, Müllabfuhr sowie Briefdienstleistungen weiter reduziert werden. In diesen Bereichen werden die Tarifautonomie und ein funktionierender Niedriglohnsektor, der die Produktivität widerspiegelt, durch ordnungsinkonforme Maßnahmen außer Kraft gesetzt. Ein höherer Stundenlohn ist in einer funktionsfähigen Marktwirtschaft nur über bessere Qualifikationen und höhere Arbeitsproduktivität möglich.

Auch in der Sozialpolitik fehlt es an wettbewerblichen Elementen. So wurde zwar die Gesundheitsreform mit dem Gesetzlichen Krankenversicherung-Wettbewerbsstärkungsgesetz titulierte; aber statt der Stärkung des Wettbewerbs wurde der Staatsanteil erhöht und das Versicherungsprinzip als

29 Berechnungen nach *Boss/Rosenschon*, Subventionsbericht, 2008, S. 31ff.

Grundlage der Marktwirtschaft zugunsten des Sozialprinzips als gesetzlich verfügte staatliche Vorsorge geschwächt.³⁰

Eine Begründung für diese vielfältigen ordnungsinkonformen Maßnahmen bietet die Neue Politische Ökonomie.³¹

5 Neue Politische Ökonomie

Im Mittelpunkt der Neuen Politischen Ökonomie steht ein ökonomisch determinierter verhaltenswissenschaftlicher Ansatz, der mit Hilfe des ökonomischen Instrumentariums – hauptsächlich der neoklassischen Wirtschaftstheorie – die Handlungsweisen von wirtschaftspolitischen Entscheidungsträgern, politischen Parteien, Wählern sowie gesellschaftlichen Interessengruppen und deren wechselseitigen Beziehungen innerhalb des wirtschaftspolitischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses analysiert. Als Handlungsmaxime wird das traditionell unterstellte allgemeinwohlorientierte Verhaltensmodell zugunsten eines realistischeren überwiegend eigennutzenorientierten Verhaltens aufgegeben. Downs³² konstruierte als erster einen politischen (Wettbewerbs-) Markt als Wählerstimmenmarkt in Analogie zum neoklassischen Marktmodell, auf dem die Inhaber von Regierungsämtern aus regierenden Parteien mit den Wählern in Austauschbeziehungen (Wählerstimmen gegen wirtschafts- und sozialpolitische Güter) treten, um ihre Wählerstimmen zu maximieren. Niskanen³³ übertrug das politische Verhaltensmodell auf die Staatsbürokratie, deren Verhaltensmotivation in der Budgetmaximierung zur indirekten Befriedigung ihrer Eigeninteressen besteht. In seiner Mesoökonomischen Interaktionstheorie der Wirtschaftspolitik³⁴ modelliert Peters einen Markt für Strukturhilfen, auf dem strukturpolitische Entscheidungsträger Strukturhilfen – insbesondere in Form von Branchensubventionen als Finanzhilfen und Steuervergünstigungen sowie Marktzug-

30 Vgl. Behrends, Unterricht, 2007, S. 4 ff.

31 Ausführlich werden die einzelnen Theorien dargestellt von Behrends, Ökonomie, 2001.

32 Vgl. Downs, Democracy, 1957/1968.

33 Vgl. Niskanen, Decision, 1968, S. 293 ff.

34 Vgl. Peters, Wirtschaftspolitik, 2000, S. 313 ff., S. 339 ff. Die Mesoökonomie, deren wissenschaftlicher Standort zwischen Mikro- und Makroökonomie angesiedelt ist, dient primär der Erforschung struktureller Erscheinungen und Probleme von Gruppen, Branchen und Regionen – also mittleren Aggregaten zwischen Einzel- und Gesamtwirtschaft – sowie der Analyse von Interaktionen zwischen organisierten Interessengruppen und wirtschafts- respektive strukturpolitischen Entscheidungsträgern. Vgl. Peters, Wirtschaftspolitik, 2000, S. 8 ff.

gangs- und Wettbewerbsbeschränkungen für bestimmte Wirtschaftszweige und Berufsgruppen – anbieten, die von Interessengruppen bzw. Verbandsorganisationen gegen adäquate Leistungen für die Anbieter – wie beispielsweise Wahlbeeinflussung ihrer Mitglieder (Stimmenpakete), Fachberatung durch fundiertes Expertenwissen für Ministerien und Bundestagsausschüsse, Prestigezuwachs und finanzielle Unterstützungen – nachgefragt werden. Das Marktmodell für Strukturhilfen zeigt, wie die Verbindung des rentensuchenden Verhaltens der organisierten Interessengruppen mit den wahlpolitischen Überlegungen der politischen Parteien sowie dem eigennutzorientierten Verhalten wirtschaftspolitischer Entscheidungsträger die Wirtschaftspolitik zu einer ordnungsinkonformen Gruppenbegünstigungspolitik entarten lässt. Mit Hilfe der Neuen Politischen Ökonomie ist es gelungen, die größtenteils verdeckten wirtschafts- und strukturpolitischen Verhaltensweisen und Handlungen transparent zu machen und somit die Gründe aufzuzeigen, warum die ursprüngliche wettbewerbsorientierte Wirtschaftsordnung Soziale Marktwirtschaft zu einem Wirtschaftssystem der Verteilungsgesteuerten Marktwirtschaft degeneriert ist.

Ist es möglich, die Soziale Marktwirtschaft wieder zu einer Wirtschaftsordnung zurückzuführen, die die von Erhard gepriesene Leistungsfähigkeit garantiert und sichert?

Unter Zugrundelegung der Erkenntnisse der Neuen Politischen Ökonomie ist es erforderlich, Lösungsstrategien zu entwickeln, bei denen sowohl die Anbieter von als auch die Nachfrager nach wirtschafts-, struktur- und sozialpolitischen Gütern aus Eigeninteresse ordnungskonform handeln. Die Lösungsvorschläge reichen z. B. von einer Steuerbemessungsgrundlage und Budgetausgleichsvorschrift über Verfalldaten für Strukturhilfenprogramme und -gesetze sowie gezielt eingesetzte Referenden bis zu einer umfassenden Ordostrukturpolitischen Konzeption optimaler Strukturflexibilitäten.³⁵ Kernfrage bei diesen mehr oder weniger konstruktiven Lösungsstrategien ist jedoch, wie politische Mehrheiten gefunden werden können, um die dringend notwendigen Maßnahmen zur Reduktion ordnungsinkonformer wohlfahrtsstaatlicher Wirtschaftspolitik durchzusetzen. Alle bisher unterbreiteten Lösungsvorschläge bleiben reine Gedankenspiele, wenn es nicht gelingt, alle am (wirtschafts-)politischen Willensbildungs- und Entscheidungsprozess beteiligten

35 Vgl. *Peters*, Wirtschaftspolitik, 2000, S. 269 ff. Konkret zu Lösungsansätzen zur Reduktion ordnungsinkonformer Wirtschaftspolitik siehe *Behrends*, Erklärung von Gruppenphänomenen, 1999, S. 280 ff.

Politiker, Ministerialbürokraten, Wähler und Interessengruppen aus Eigeninteresse zu einer reformfähigen, d. h. zu einer wettbewerbsorientierten, marktwirtschaftlich ausgestalteten, ordnungskonformen Wirtschaftspolitik zu bewegen. Das Interesse an konsequenter Ordnungspolitik muss zu einem marktförmigen Tauschgut werden, bei dem das Soziale der Marktwirtschaft wieder auf seine ursprüngliche Funktion zurückgeführt wird und den wirtschaftspolitischen Marktteilnehmern nicht mehr als Spielball zur Verfügung steht.

Zu Beginn der Großen Koalition waren die Voraussetzungen für eine Eindämmung der Verteilungsmentalitäten optimal. Die parlamentarischen Mehrheiten und der Aufschwung hätten es relativ leicht gemacht, die ordnungspolitischen Fehlentscheidungen zu revidieren und für eine konsequente Ordnungspolitik zu plädieren, die lediglich die Rahmenbedingungen für einen funktionsfähigen Wettbewerb setzt und ansonsten nicht in den Wirtschaftsablauf eingreift. Damit sind die Voraussetzungen für eine Verbesserung des Angebotsverhaltens der Wirtschaftssubjekte gegeben, indem Anreize für ein marktkonformes Verhalten gesetzt werden. Unter diesen Bedingungen können die Wirtschaftssubjekte selbstverantwortlich entsprechend ihren Fähigkeiten handeln. Das bedeutet, dass die privaten Haushalte einen Anreiz haben, ihre Arbeitskraft zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse anzubieten sowie sich entsprechend den erforderlichen Qualifikationen weiterzubilden und die privaten Unternehmen angeregt werden, zu investieren und Arbeitskräfte einzustellen. Leider wurde die Chance nicht genutzt. Deshalb werden Wohlfahrtssteigerungen für breite Gesellschaftsschichten immer noch vorwiegend durch eine ausgedehnte Umverteilungspolitik mit einer breiten Subventionsmentalität zu erreichen versucht, indem der Staat steuerbares Leistungseinkommen in verteilungsfähiges Transfer- und Sozialeinkommen transformiert.

Literatur

- Behrends, Sylke*: Erklärung von Gruppenphänomenen in der Wirtschaftspolitik: politologische und volkswirtschaftliche Theorien sowie Analyseansätze, Berlin 1999.
- Behrends, Sylke*: Neue Politische Ökonomie: Systematische Darstellung und kritische Beurteilung ihrer Entwicklungslinien, München 2001.
- Behrends, Sylke*: Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Unterricht Wirtschaft, Heft 32/2007, S. 4-8.
- Boss, Alfred; Rosenschon, Astrid*: Der Kieler Subventionsbericht: eine Aktualisierung. Kieler Diskussionsbeiträge 452, 453, Kiel, Mai 2008.
- Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.)*: Entwicklung der Steuer- und Abgabenquote, Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Berlin, 18. Juli 2008. http://www.bundesfinanzministerium.de/nm_4316/DE/BMF__Startseite/Service/Downloads/Abt__I/Steuer__Abgabenquoten__260208,templateId=raw,property=publicationFile.pdf (15.1.2009).
- Bundesministerium der Finanzen (Hrsg.)*: Entwicklung der Staatsquote, Presse- und Informationsamt der Bundesregierung, Berlin, 18. Juli 2008. http://www.bundesfinanzministerium.de/nm_39808/DE/BMF__Startseite/Service/Downloads/Abt__I/Entwicklung__der__Staatsquote__260208,templateId=raw,property=publicationFile.pdf (15.1.2009).
- Downs, Anthony*: An Economic Theory of Democracy, New York 1957; Ökonomische Theorie der Demokratie, Tübingen 1968.
- Erhard, Ludwig*: Das Ordnungsdenken in der Marktwirtschaft, in: Toward Liberty. Essays in honor of Ludwig von Mises on the occasion of his 90th birthday, September 29, 1971, Vol. 1, pp. 121-137, wiederabgedruckt in: Hohmann, Karl (Hrsg.), Ludwig Erhard – Gedanken aus fünf Jahrzehnten, Düsseldorf, Wien, New York 1988, S. 1040-1052.
- Erhard, Ludwig*: Die wahren Feinde des deutschen Volkes, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27. August 1960; wiederabgedruckt in: Hohmann, Karl (Hrsg.), Ludwig Erhard – Gedanken aus fünf Jahrzehnten, Düsseldorf, Wien, New York 1988, S. 635-638.
- Erhard, Ludwig*: Die zweite Periode der Sozialen Marktwirtschaft, in: Industriekurier, 20. Juni 1953; wiederabgedruckt in: Hohmann, Karl (Hrsg.), Ludwig Erhard – Gedanken aus fünf Jahrzehnten, Düsseldorf, Wien, New York 1988, S. 373-376.

- Erhard, Ludwig*: Selbstverantwortliche Vorsorge für die sozialen Lebensrisiken. In: Versicherungswirtschaft, Nr.1, 1956; wiederabgedruckt in: Hohmann; Karl (Hrsg.): Ludwig Erhard – Gedanken aus fünf Jahrzehnten, Düsseldorf, Wien, New York 1988, S. 461-465.
- Erhard, Ludwig*: Wohlstand für alle, 8. Aufl., Düsseldorf, Wien 1964.
- Eucken, Walter*: Die Grundlagen der Nationalökonomie, 9. Aufl., Berlin, Heidelberg 1989.
- Eucken, Walter*: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl., Tübingen 1990.
- Krueger, Anne O.*: The Political Economy of the Rent-Seeking Society, in: The American Economic Review, 1974, pp. 291-303.
- Lampert, Heinz; Bossert, Albrecht*: Die Wirtschafts- und Sozialordnung der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen der Europäischen Union, München 2007.
- Müller-Armack, Alfred*: Soziale Marktwirtschaft, in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (HdSW), 1956, S. 390-392.
- Müller-Armack, Alfred*: Die zweite Phase der Sozialen Marktwirtschaft. Ihre Ergänzung durch das Leitbild einer neuen Gesellschaftspolitik. In: Müller-Armack/Meyer (Hrsg.): Studien zur Sozialen Marktwirtschaft, Köln 1960, S. 267-292.
- Müller-Armack, Alfred*: Stil und Ordnung der Sozialen Marktwirtschaft, in: Lagler, E.; Meßner, J. (Hrsg.), Wirtschaftliche Entwicklung und soziale Ordnung, Ferdinand Degenfeld-Schonburg zum 70. Geburtstag gewidmet, wiederabgedruckt in: Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik, 2. Aufl., Bern, Stuttgart, 1976, S. 231-242.
- Niskanen, William D.*: Nonmarket Decision making. The Peculiar Economics of Bureaucracy, in: American Economic Review, 1968, pp. 293; deutsche Übersetzung: Nichtmarktwirtschaftliche Entscheidungen. Die eigentümliche Ökonomie der Bürokratie, in: Widmaier, Hans Peter (Hrsg.): Politische Ökonomie des Wohlfahrtsstaates, Frankfurt a. M. 1974, S. 208-222.
- Peters, Hans-Rudolf*: Wirtschaftspolitik, 3. Aufl., München, Wien 2000.
- Peters, Hans-Rudolf*: Wirtschaftssystemtheorie und Allgemeine Ordnungspolitik, 4. Aufl., München, Wien 2002.
- Röpke, Wilhelm*: Civitas Humana, Erlenbach, Zürich 1944.

- Rüstow, Alexander*: Zwischen Kapitalismus und Kommunismus, in: ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, S. 100-169.
- Schiller, Karl*: Reden zur Wirtschaftspolitik, Bd. 1, Reihe BMWi-Texte, Bonn 1968.
- Tullock, Gordon*: Rent Seeking as a Negative-Sum Game, in: Buchanan/Tollison/Tullock (eds.) (1980): Toward a Theory of the Rent-Seeking Society, College Station, pp. 16-36.
- Weiss, Karl Günther*: Wahrheit und Wirklichkeit, Homburg-Saarpfalz 1996.

Public-Private-Partnerships (PPP) – goldener Weg zwischen Privatisierung und Eigenvornahme oder der „Versuch, einen Pudding an die Wand zu nageln“¹?

1 Einleitung

Der Begriff „Public-Private-Partnership“ hat in den letzten Jahren den Sprung aus dem angelsächsischen Rechtsraum in das deutsche Verwaltungsrecht geschafft.² Trotzdem die Terminologie bereits aus der Zeit des zweiten Weltkrieges stammt, als Großbritannien und die USA wegen der hohen Kriegsausgaben in einigen zivilen Bereichen auf die Einbeziehung von Privaten angewiesen waren³ und die Konzeption der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben im deutschen Rechtsraum mit dem preußischen Eisenbahnbau bis ins 19. Jahrhundert zurückreicht,⁴ weisen Begriff und Konzeption bis heute Unschärfen auf.⁵ Im weitesten Sinne stellt eine PPP eine in beiderseitigem Vorteil liegende Kooperation von öffentlicher Hand und Privaten bei der Erfüllung von Aufgaben dar, die dem Gemeinwohl dienen.⁶ Die PPP eröffnen dem Staat damit neben der reinen Privatisierung von Aufgaben und der Eigenvornahme durch den Staat einen dritten Weg, in der sich durch die Kooperation mit privaten Unternehmen beim Entwurf, der Planung, der Finanzierung, der Erstellung und dem Management Effizienzvorteile und Kosteneinsparungen für die beanspruchten öffentlichen Haushalte realisieren lassen.⁷ Die Weite und Unbestimmtheit der Definition lassen nachvollziehen, dass eine Vielzahl von Autoren dem Begriff in der Vergangenheit eine kon-

1 Zitat nach *Schuppert*, in: Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Rechtsgutachten für das Bundesministerium des Inneren, 2001, S. 4.

2 *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl, 2008, § 54, Rn. 43 spricht von einer Fülle von Literatur und Praxishandbüchern in den letzten Jahren.

3 *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl, 2008, § 54, Rn. 43.

4 *Stehlin/Gebhardt* verweisen auf die Regelungen des „Preußischen Gesetzes über Eisenbahnunternehmungen“ vom 3.11.1838, *Stehlin/Gebhardt*, in: VBIBW 2005, 90 (90) Fn. 2.

5 *Uechtritz/Otting*, in: NVwZ 2005, 1105 (1105).

6 *Battis/Kerstens*, in: LKV 2006, 442 (442); vgl. auch die Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 14.6.2005 (nachfolgend Gesetzesbegründung), BT-Drs. 15/5668, S. 10.

7 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/5668, S. 10.

krete juristische Relevanz abgesprochen und die Thematik insgesamt in die Sphäre des Politischen abgeschoben haben.⁸

Diese Stimmen dürfte die Zeit überholt haben. Am 7.9.2005 ist das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“⁹ in Kraft getreten, dessen augenfälligste Neuerung der ebenso ambitionierte wie vorhersehbar zum Scheitern verurteilte Versuch darstellt, den gängigen Anglizismus PPP abzulösen und stattdessen den Begriff der „Öffentlich-Privaten-Partnerschaft“ (ÖPP) in die Rechtsordnung einzuführen.¹⁰ Als Artikelgesetz, das aus Änderungen von insgesamt sieben Gesetzen besteht, beinhaltet das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“ keine eigenständigen Regelungen und verzichtet demzufolge auch auf eine allgemeine Definition von „ÖPP“¹¹. Hiermit hat der Gesetzgeber die Möglichkeit ausgeschlagen, die seit Jahren andauernde und fortwährende Diskussion über die inhaltliche Abgrenzung der PPP zu anderen Formen der Zusammenarbeit zwischen Privaten und der Öffentlichen Hand zu beenden.¹²

Dieser Beitrag will die dogmatischen Grundlagen der PPP klären, ihre Anwendungsgebiete aufzeigen und sich mit Möglichkeiten und Grenzen dieser Rechtsfigur beschäftigen.

2 Der öffentlich-rechtliche Vertrag als Grundform der „Public-Private-Partnership“

2.1 Entstehung und Grundstrukturen

Die vertragliche Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem privaten Unternehmer im Rahmen einer PPP stellt sich regelmäßig,

8 Zusammenstellung kritischer Stimmen bei *Schuppert*, in: Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Rechtsgutachten für das Bundesministerium des Inneren, 2001, S. 4.

9 Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften, BGBl I, S. 2676.

10 *Uechtritz/Otting*, in: NVwZ 2005, 1105 (1106); *Tettinger*, in: NWVBl. 2005, 1 (1).

11 *Fleckenstein*, in: DVBl. 2006, 75 (76).

12 Vgl. die Zusammenstellung von Definitionsansätzen bei *Ziekow*, in: Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Wissenschaftliches Gutachten erstattet für das BMI, 2001, S. 77 ff.

aber nicht begriffsnotwendig,¹³ als öffentlich-rechtlicher Vertrag dar. Fast schon traditionell beginnen Abhandlungen über Verträge auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit dem vielzitierten Ausspruch von *Otto Mayer*, dem „Papst des Verwaltungsrechts“¹⁴ des 19. Jahrhunderts, der die grundsätzliche Zulässigkeit eines Abkommens zwischen Staat und Bürger mit markanten Worten verneinte: „Der Staat paktiert nicht“.¹⁵ Zur Begründung dieser Auffassung wurde die Verschiedenartigkeit der potentiellen Vertragspartner in den Vordergrund gerückt. Im obrigkeitsstaatlichen Denken des 19. Jahrhunderts standen auf der einen Seite der souveräne Staat, der seine Anordnungen mit Befehl und Zwang durchsetzen konnte, während auf der anderen Seite der Bürger als Rechtsunterworfener diesen Anordnungen Folge leisten musste. Dieses strukturelle Ungleichgewicht stand nach traditioneller Auffassung einer Gleichordnung auf Ebene des Vertragsrechts entgegen.¹⁶

Mit Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)¹⁷ zum 1.1.1977 hat sich dieser Streit nach den Buchstaben des Gesetzes erledigt, da die §§ 54 ff. VwVfG von der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages ausgehen, solange dem Handeln in Vertragsform keine gesetzlichen Vorschriften entgegenstehen.¹⁸ Nach der gesetzlichen Konzeption können beide Handlungsformen Ziel eines Verwaltungsverfahrens sein und sind daher gleichwertig,¹⁹ dennoch bleibt die Skepsis gegenüber dem paktierenden Staat bis heute in der Terminologie und in der Rechtspraxis spürbar.²⁰ So werden öffentlich-rechtliche Verträge in tradiert Terminologie in koordinations- und subordinationsrechtliche Verträge eingeteilt, wobei die erstgenannte

13 Kooperationsmodelle zwischen privaten Unternehmern und dem Staat, die auf privatvertraglichen Abreden beruhen, sind nicht Gegenstand dieses Beitrags. Zu den dortigen Fragestellungen vgl. *Schuppert*, in: Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Rechtsgutachten für das Bundesministerium des Inneren, 2001, S. 131.

14 *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl, 2008, § 54, Rn. 1.

15 *Mayer*, in: AöR 3 (1888), 3 (42).

16 *Mayer*, in: AöR 3 (1888), 3 (42).

17 Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586).

18 Vgl. § 54 S. 1 VwVfG: „Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen“.

19 Vgl. § 9 VwVfG; *Kämmerer*, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Edition I (Stand: 1.9.2008), § 54, Rn. 1.

20 Hinsichtlich der Terminologie vgl. *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 54, Rn. 7, der zutreffend darauf hinweist, dass sich in dieser Unterscheidung der Kenntnisstand bei Einführung des VwVfG 1976 widerspiegele.

Konstellation zwischen regelmäßig gleichgeordneten Hoheitsträgern, die letztgenannte zwischen Hoheitsträgern und Privaten geschlossen werden.²¹ Der subordinationsrechtliche Vertrag eröffnet in seinem originären Anwendungsbereich des § 54 S. 2 VwVfG²² dem Staat die Möglichkeit, einen Sachverhalt anstatt durch Verwaltungsakt durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zu regeln.²³ Über diese Konstellation hinaus ist die Norm Grundlage für alle sonstigen Verträge zwischen dem Staat und dem Bürger im Anwendungsbereich des VwVfG, bei denen der Bürger nicht als potentieller Normadressat in einem Über/Unterordnungsverhältnis zum Staat steht.²⁴ Damit besitzt der subordinationsrechtliche Vertrag besondere Bedeutung für das Recht der PPP.

Das Gesetz nennt in den §§ 55 und 56 VwVfG²⁵ ausdrücklich zwei Arten von subordinationsrechtlichen Verträgen, den Vergleichsvertrag und den Austauschvertrag, ohne weitere Formen, die sich insbesondere aus den Fachgesetzen ergeben können, auszuschließen.²⁶ Für den Bereich PPP ist dabei insbesondere der Austauschvertrag relevant, der eine ausdrückliche Rechtsgrundlage dafür schafft, dass der Staat eine hoheitliche Leistung an die Gegenleistung eines Vertragspartners knüpft.²⁷

2.2 Voraussetzungen eines öffentlich-rechtlichen Vertrages

Der öffentlich-rechtliche Vertrag setzt nach § 54 S. 1 VwVfG inhaltlich die Begründung, Aufhebung oder Änderung eines Rechtsverhältnisses voraus. Der Begriff „Rechtsverhältnis“ kennzeichnet dabei die auf einem konkreten Sachverhalt beruhenden rechtlichen Beziehungen eines Rechtssubjektes zu

21 *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 54, Rn. 5 f.

22 Vgl. § 54 Abs. 2 VwVfG: „Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde“.

23 § 54 S. 2 VwVfG.

24 H.M., vgl. *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 54, Rn. 5 unter Verweis auf BVerwGE 111, 162 (165).

25 Vgl. § 56 Abs. 1 S. 1 VwVfG: „Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Satz 2, in dem sich der Vertragspartner der Behörde zu einer Gegenleistung verpflichtet, kann geschlossen werden, wenn die Gegenleistung für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart wird und der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dient“.

26 *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 54, Rn. 112, 123 ff.

27 *Spieth*, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Edition 1 (Stand: 1.9.2008), § 56, Rn.1.

einem anderen oder einer Sache,²⁸ wobei an die Konkretheit des Sachverhalts nicht allzu rigide Anforderungen gestellt werden. So können auch zukünftige Sachverhalte ein Rechtsverhältnis begründen, solange diese nicht nur rein hypothetische Konstellationen betreffen, sondern aus einem dem Grunde nach bereits angelegten Sachverhalt entstehen²⁹ und sich damit von einem gegenwärtigen Rechtsverhältnis nicht qualitativ unterscheiden. Damit können öffentlich-rechtliche Verträge auch auf nicht gänzlich gewisser tatsächlicher Grundlage geschlossen werden, was für von externen Faktoren abhängende PPP-Projekte besondere Relevanz besitzt. Der öffentlich-rechtliche Vertrag kann in vielen Bereichen des Verwaltungsrechts angetroffen werden und ist dort aus der Verwaltungspraxis kaum mehr wegzudenken, so beispielsweise im Bauplanungsrecht als städtebaulicher Vertrag,³⁰ im Bauordnungsrecht als Stellplatzablässe,³¹ oder im Erschließungsrecht als Erschließungsvertrag³². Dennoch bleibt seine praktische Bedeutung in der gesamten Breite des Rechtsgebiets hinter der des Verwaltungsakts zurück.³³ Als Gründe hierfür lassen sich der höhere Aufwand für die Konsensbildung,³⁴ die inhaltlichen Schranken insbesondere beim Austauschvertrag sowie die aus Behördensicht ungünstigeren Fehlerfolgen³⁵ nennen. Demgegenüber stehen die Vorteile einer vertraglichen Absprache mit der erhöhten Einflussnahmemöglichkeit des betroffenen Bürgers und der Möglichkeit des Aushandels einer passgenauen Regelung, einer höheren Akzeptanz der vereinbarten Regelung sowie einer Steigerung des Rechtsfriedens.³⁶ Damit sind bereits viele Vorzüge der Realisierung von PPP-Projekten gegenüber den grundsätzlichen Alternativen Privatisierung und Eigenvornahme aufgezählt, jedoch steht die Beantwortung der Frage aus, was genau eine PPP darstellt.

28 Vgl. BVerwGE 14, 235 (236); dass., 89, 327 (329).

29 *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 54, Rn. 89.

30 Vgl. § 11 BauGB.

31 Vgl. § 47a Nds. BauO, der die Möglichkeit eröffnet, gegen Zahlung eines Geldbetrages an die Gemeinde von der Verpflichtung zur Errichtung von Stellplätzen bei zu erwartendem Kraftfahrzeugverkehr befreit zu werden; Leitenstcheidung BVerwG, NJW 1980, 1294.

32 Vgl. § 124 BauGB.

33 *Kämmerer*, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Edition 1 (Stand: 1.9.2008), § 54, Rn. 7.

34 *Kämmerer*, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Edition 1 (Stand: 1.9.2008), § 54, Rn. 7.

35 *Bonk/Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 1, Rn. 279.

36 *Kämmerer*, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Edition 1 (Stand: 1.9.2008), § 54, Rn. 5.

3 Ausprägung und Formen von PPP

Wie bereits einleitend ausgeführt, herrscht ein Streit um die Frage, welche Kriterien eine Zusammenarbeit zwischen einem Privaten und dem Staat aufweisen muss, damit diese eine PPP darstellt. Dabei handelt es sich aus juristischer Sicht um eine primär terminologische Streitigkeit,³⁷ an die sich kaum greifbare Konsequenzen knüpfen, da der Begriff der ÖPP/PPP mit Ausnahme zweier steuerrechtlicher Regelungen³⁸ kein Tatbestandsmerkmal des Gesetzes ist. Die begriffliche Fixierung dient damit insbesondere der Kategorisierung von unterschiedlichen PPP-Modellen und der Abgrenzung der PPP von anderen Formen der Zusammenarbeit zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, wie beispielsweise im Bereich des informellen Verwaltungshandelns,³⁹ des Sponsoring⁴⁰ oder beim mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt.⁴¹ Für diesen Beitrag werden daher die unbestrittenen Definitionsmerkmale der PPP zugrundegelegt, die auch im Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften herangezogen werden. Demnach ist eine PPP ist ein längerfristiger Vertrag, den ein öffentlicher Auftraggeber auf der einen Seite mit einem privatrechtlichen Unternehmer auf der anderen Seite schließt, dessen Gegenstand die Wahrnehmung öffentlicher Interessen ist und in dessen Erfüllung der Unternehmer Bau- und/oder Dienstleistungen eigenverantwortlich und unter Übernahme leistungstypischer Risiken zusagt.⁴² Als Beispiele für mehr oder weniger erfolgreiche PPP-Projekte lassen sich das LKW-Mautstellensystem auf deutschen Autobahnen, das Herkules IT-Projekt der Bundeswehr, der Warnowtunnel in Rostock, der Herrentunnel in Lübeck oder auch die erste als PPP betriebene Justizvollzugsanstalt⁴³ Deutschlands in Hünfeld nennen.

37 Ähnlich *Tettinger*, in: NWVBl 2005, 1 (3) zu den Bemühungen um die Kategorisierung verschiedener PPP-Modelle.

38 Vgl. § 4 Nr. 9 GrunderwerbssteuerG und § 3 Abs. 1 S. 3 GrundsteuerG, welche aufgrund der Änderungen durch das ÖPP-Beschleunigungsgesetz nun Sonderregelungen für ÖPP statuieren.

39 *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 54 Rn. 39 f.

40 *Schröder*, in: LKV 2007, 207 (210).

41 *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 54 Rn. 39 f.

42 Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftsrechtlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004), 327; dazu Fleckenstein, DVBl. 2006, 75 (76).

43 Zu den rechtlichen Schwierigkeiten der Privatisierung im Justizvollzug vgl. *Mösinger*, in: BayVbl. 2007, 417 ff.

Innerhalb dieses Begriffsrahmens ist eine Vielzahl von unterschiedlichen Modellen denkbar. Ausgehend von der Dauer, für die eine PPP angelegt ist, lassen sich projektbezogene und institutionalisierte PPP unterscheiden.⁴⁴ In der erstgenannten Kategorie definiert ein projektbezogener Vertrag Gegenstand und Zielsetzung der Abrede. Hierunter fallen typischerweise Beschaffungsvorgänge der Verwaltung. Die projektbezogene PPP kann in drei Unterkategorien eingeteilt werden, die jedoch nicht abschließend sind. Es lassen sich Abkommen unterscheiden, die die technische Durchführung eines Vorhabens auf einen Unternehmer übertragen, die Letztverantwortung des Hoheitsträgers jedoch bestehen lassen.⁴⁵ Demgegenüber existieren reine Finanzierungsabreden, die privates Kapital zu öffentlichen Zwecken nutzbar machen, den Unternehmer aber nicht mit der weiteren Ausführung der wahrzunehmenden Aufgabe betrauen.⁴⁶ Schließlich existieren eine Vielzahl von Konzessionsmodellen, innerhalb derer ein privater Unternehmer regelmäßig gegen eine Konzessionsabgabe Aufgaben aus dem staatlichen Bereich in eigener Verantwortung wahrnimmt und hieraus wirtschaftlichen Nutzen ziehen darf.⁴⁷ Solche Modelle herrschen insbesondere im Bauwesen vor.⁴⁸

Demgegenüber ist bei der institutionalisierten PPP das Zusammenwirken zwischen Staat und privatem Unternehmer verstärkt auf Kontinuität ausgerichtet,⁴⁹ die in sog. „gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen“ stattfindet. Solche zeichnen sich dadurch aus, dass sowohl der Staat als auch der private Unternehmer an dem privatrechtlichen Unternehmen beteiligt sind.

4 Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz und das Beispiel Fernstraßenbau

Mit dem „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“ sollen bestehende rechtliche Hemmnisse für die Realisierung von PPP-Projekten abgebaut werden.⁵⁰ Der Gesetzesentwurf betont die wirtschaftliche Bedeutung der PPP im Rahmen der

44 Tettinger, in: NWVBl. 2005, 1 (2 f.) unterscheidet in Vertrags- und Organisations-PPP.

45 Tettinger, in: NWVBl. 2005, 1 (3).

46 Tettinger, in: NWVBl. 2005, 1 (3).

47 Tettinger, in: NWVBl. 2005, 1 (3 f.).

48 Tettinger, in: NWVBl. 2005, 1 (3 f.).

49 Tettinger, in: NWVBl. 2005, 1 (4).

50 Vgl. die Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 14.6.2005 (nachfolgend Gesetzesbegründung), BT-Drs. 15/5668, S. 1.

Modernisierung des Staates⁵¹ und verweist auf die positiven Erfahrungen, die andere Staaten, allen voran Großbritannien, mit PPP-Modellen gemacht haben.⁵² Als Problemfelder benennt die Gesetzesbegründung Bereiche des Vergabe-, Steuer-, Finanzierungs- und Haushaltsrechts, die durch das Gesetz modifiziert werden sollen.

Bei den Regelungen des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes hatte der Gesetzgeber insbesondere an den Straßenbau gedacht.⁵³ Dies erklärt, warum er im Bereich des Fachplanungsrechts nur das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz verändert hat. Das Gesetz aus dem Jahr 1994 ist vor dem Hintergrund der deutschen Einigung entstanden, als die Kosten für den Straßenbau durch die Lage im Beitrittsgebiet immens angestiegen und durch die öffentliche Hand alleine nicht zu bewältigen waren. Das Gesetz ermöglicht den Bau, die Erhaltung, den Betrieb und die Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private,⁵⁴ die hierfür ein Wegegeld geltend machen können. Indes beschränkt das Gesetz diese Möglichkeit auf Brücken, Tunneln und Gebirgspässe im Zuge von Bundesautobahnen und Bundesstraßen sowie auf mehrstreifige Bundesstraßen mit getrennten Fahrbahnen⁵⁵ und öffnet damit nur einen sehr begrenzten Teil des Fernstraßensystems für die wegegeldbasierte Zusammenarbeit mit Privaten.⁵⁶ Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz führt für den so umrissenen Bereich die Möglichkeit der Finanzierung durch sog. „Mautgebühren“ als Oberbegriff für „Gebühren“ und „Entgelte“ ein.⁵⁷ Diese Änderung gegenüber dem vorherigen Terminus „Gebührenfinanzierung“ möchte dem privaten Investor sowohl die öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Wegegeldes als Gebühr, als auch die privatrechtliche Ausgestaltung als Entgelt offenhalten, damit ihm kein Regime vorgeschrieben wird.⁵⁸ Diese Regelung begegnete im Gesetzgebungsprozess kompetenziellen Bedenken, da Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG nur zur Erhebung und Verteilung von „Gebühren“ für öffentliche Straßen ermächtigt, was als Hinweis auf eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung gelesen werden kann. Indes stellte das historische

51 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/5668, S. 10.

52 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/5668, S. 1.

53 *Uechtritz/Otting* weisen zu Recht darauf hin, dass dem Straßenbau auf dem Gebiet des PPP eine Vorreiterrolle zukomen, vgl. *Uechtritz/Otting*, in: NVwZ 2005, 1105 (1108).

54 Vgl. § 1 Abs. 1, 2 Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz.

55 Vgl. § 3 Abs. 1 S. 1 Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz.

56 *Fleckenstein*, in: DVBl. 2006, 75 (79).

57 Vgl. die neu in das Gesetz eingefügte Legaldefinition in § 1 Abs. 5 des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes.

58 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/5668, S. 2 und S. 13, *Fleckenstein*, DVBl. 2006, 75 (80).

Motiv für die Einfügung des Kompetenztitels die Möglichkeit der Schaffung einer Alternative zur Steuerfinanzierung dar, die sich jedoch sowohl in öffentlich-rechtlicher als auch in privatrechtlicher Form realisieren lässt.⁵⁹ Die somit kompetenzuell zulässigen Mautgebühren ermöglichen dem privaten Unternehmen das Wirtschaften im Rahmen des Konzessionszeitraum von regelmäßig 30 Jahren, während der der Unternehmer eine Monopolstellung auf der Strecke erhält,⁶⁰ um seine Investitionen zu amortisieren. Bis zur Verabschiedung des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes war diese Möglichkeit der Einbeziehung Privater in den Fernstraßenbau nicht sehr praxisrelevant.⁶¹ Es bleibt abzuwarten, inwieweit das Gesetz in dem benannten Bereich zu einem Anstieg an PPP-Projekten führt.

5 Rechtliche Grenzen für PPP

Nachdem die rechtlichen Grundlagen und Ausprägungen für PPP-Modelle erläutert wurden, stellt sich nunmehr die Frage nach den Grenzen für solche vertraglichen Konstellationen. Angesichts der Komplexität und Vielfalt von PPP-Modellen kann eine auch nur annähernd abschließende Darstellung der Begrenzungen in diesem Rahmen nicht geleistet werden. Es erfolgt daher eine Konzentration auf die wesentlichen Rahmenbedingungen.

5.1 Europarechtlicher Rahmen

Europarechtliche Regelungen stehen in einer gespaltenen Beziehung zum Institut der PPP. Einerseits entspricht der Abbau staatlicher Monopole den Zielsetzungen des EU-Vertrages. Andererseits können sich aus ihnen Grenzen für PPP ergeben, da im europäischen System der offenen Marktwirtschaft staatliche Eingriffe in den Markt eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme darstellen. Besonderes Augenmerk ist insoweit auf das Beihilfenrecht der Art. 87 ff EGV zu legen, das in der Praxis insbesondere für gemischt-

59 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/5668, S. 13; *Uechtritz/Otting*, in: NVwZ 2005, 1105 (1109). Daneben weisen *Uechtritz/Otting* darauf hin, dass der allgemeine Sprachgebrauch von Gebühr keine Festlegung auf eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung enthalte, a.a.O.

60 Gesetzesbegründung, BT-Drs. 15/5668, S. 13; *Uechtritz/Otting*, in: NVwZ 2005, 1105 (1108).

61 *Fleckenstein*, in: DVBl. 2006, 75 (82). Alleine der Warnowtunnel bei Rostock und der Herrtentunnel bei Lübeck wurden auf dieser gesetzlichen Grundlage Gegenstand eines PPP, vgl. *Uechtritz/Otting*, in: NVwZ 2005, 1105 (1108).

wirtschaftliche Unternehmen erhebliche Hindernisse bereitet.⁶² Das europäische Recht wendet sich gegen die Vergabe von Beihilfen. Eine Beihilfe liegt dann vor, wenn Unternehmen durch eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel ein Vorteil gewährt wird und die staatliche Maßnahme geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und den Wettbewerb zu verfälschen.⁶³ Wird dieser Tatbestand erfüllt, muss die Europäische Kommission im sog. Notifizierungsverfahren vorab über die Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen durch den Mitgliedstaat unterrichtet werden, damit diese Gelegenheit zur Äußerung erhält.⁶⁴ Bis zum Abschluss der mitunter langwierigen und umfangreichen Prüfung der Kommission⁶⁵ darf die betreffende Maßnahme nicht vorgenommen werden,⁶⁶ so dass Projektpartner im Rahmen von PPP-Verträgen bemüht sind, Beihilfen in den Projektverträgen bereits tatbestandlich auszuschließen, um Verzögerungen in der Umsetzung des Projekts zu vermeiden.⁶⁷ Das Risiko für die Partner einer PPP ist hierbei hoch, denn ein entgegen den Regelungen der Art. 87 f. EGV geschlossener PPP-Vertrag ist nichtig⁶⁸ und rechtswidrig gewährte Beihilfen sind zurückzuzahlen. In der Praxis sind in dem Prozess des tatbestandlichen Ausschlusses von Beihilfen einige Fallstricke zu überwinden, da Beihilfen in PPP-Verträgen an mehreren Stellen auftreten können. Im Bereich der funktionalen Privatisierung, in der einzelne staatliche Aufgaben auf Private ausgelagert werden,⁶⁹ ist insbesondere das Entgelt, das die Privaten für ihre Tätigkeit erhalten, in der Gefahr, als Beihilfe eingestuft zu werden.⁷⁰ Aber auch beim Konzessionsmodell, bei dem ein Privater für die Zahlung eines Entgelts an den Staat eine öffentliche Aufgabe wie den oben beschriebenen Fernstraßenbau übernimmt und damit für einen bestimmten Zeitraum wirtschaften darf,⁷¹ kann die Höhe des Zahlungsbetrages um so eher als Beihilfe verstanden werden, je niedrig er angesiedelt

62 Tettinger, in: NWVBI 2005, 1 (4); Gas/Rücker, in: DÖV 2004, 56 (56ff).

63 Art. 87 Abs. 1 EGV; vgl. dazu Reuter, in: NVwZ 2005, 1246 (1253).

64 Art. 88 Abs. 3 S. 1 EGV.

65 Reuter, in: NVwZ 2005, 1246 (1253).

66 Art. 88 Abs. 3 S. 3 EGV.

67 Reuter, in: NVwZ 2005, 1246 (1253).

68 BGH, WM 2003, 1491 (1492 f.); dass., NVwZ 2004, 636. So auch Reuter, in: NVwZ 2005, 1246 (1255).

69 Dazu Reuter, in: NVwZ 2005, 1246 (1246).

70 Reuter, in: NVwZ 2005, 1246 (1253).

71 Dazu Reuter, in: NVwZ 2005, 1246 (1247).

ist.⁷² Da das Beihilferecht jedoch nur solche Vorteile erfasst, die der Private unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte,⁷³ sind zulässige Austauschleistungen von Beihilfen nach Maßgabe des sog. „private investor test“⁷⁴ abzugrenzen. Nach diesem ist zu prüfen, ob die getätigten Investitionen der öffentlichen Hand auch von einem verständigen privaten Investor vorgenommen werden würden⁷⁵. Für den praxisrelevanten Bereich der Ausgleichszahlungen an private Unternehmer im Bereich der Auslagerung von Aufgaben der Daseinsfürsorge wie z.B. dem öffentlichen Personennahverkehr gelten seit 2003 besonders strenge Kriterien.⁷⁶ Die öffentliche Hand ist daher gut beraten, gegenüber dem privaten Partner auf jegliche Form von marktunüblicher Sonderbehandlung zu verzichten, will sie nicht das Risiko eingehen, dass die Vertragsdurchführung durch das Notifizierungsverfahren aufgehalten werden, oder gar der ganze Vertrag nichtig ist und eine Rückzahlung der Beihilfe erforderlich wird.

5.2 Verfassungsrechtliche Grenzen

5.2.1 Staatsvorbehalt für bestimmte Aufgabengebiete?

Grenzen für PPP-Projekte ergeben sich aber auch aus dem Verfassungsrecht. Hierbei stellt sich insbesondere die Frage, ob gewisse Bereiche des staatlichen Handelns mit einem sog. „Staatsvorbehalt“ belegt und damit einer Zu-

72 *Reuter*, in: NVwZ 2005, 1246 (1253).

73 Ständige Rechtsprechung des EuGH, vgl. aus der umfangreichen Kasuistik EuGH, NJW 2004, 86, Rn. 84, ebenso EuGH, Slg- 1996, I-3547, Rn. 60.

74 Vgl. als Beispiel einer Regelung „des private investor test“ die Gemeinschaftliche Leitlinien für die Finanzierung von Flughäfen und die Gewährung staatlicher Anlaufbeihilfen für Luftfahrtunternehmen auf Regionalflughäfen, EU-Amtsblatt vom 9. Dezember 2005 C 312, 1.

75 *Reuter*, in: NVwZ 2005, 1246 (1253).

76 EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003 - C-280/00 "Altmark Trans". In der Vergangenheit wurden zuweilen überhöhte Ausgleichszahlungen für die mangelnde Wirtschaftlichkeit einer Dienstleistungserbringung an den privaten Unternehmer geleistet, um die Auslagerung attraktiv zu machen. In der sog. „Altmark-Trans“-Entscheidung des EuGH hat dieser vier Kriterien aufgestellt, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine solche Ausgleichszahlung keine unzulässige Beihilfe darstellt. Erstens muss der private Unternehmer tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden, wobei seine Verpflichtungen klar zu definieren sind. Ausgehend von dieser Verpflichtung muss zweitens die Höhe der vom Staat zu leistenden Ausgleichszahlung nach objektiven und transparenten Kriterien berechnet werden. Hierbei ist drittens der Ausgleich der Höhe nach zu begrenzen. Er darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu decken (sog. Nettomehrkosten-Prinzip). Viertens muss ein Benchmark-Vergleich mit durchschnittlich gut geführten Unternehmen stattfinden.

sammenarbeit mit Privaten entzogen sind.⁷⁷ Angesichts der vielfältigen Gestaltungsformen von PPP in der Praxis erscheint ein rigoroser Ausschluss von staatlichen Aufgabenbereichen schwer vertretbar. Vielmehr ist jeweils auf die konkrete Ausgestaltungsform der PPP abzustellen und die Frage, inwieweit ein hinreichender staatlicher Einfluss gesichert ist. Anerkannt ist, dass der Staat sich um so eher seiner Einflussnahmemöglichkeit begeben kann, je weiter die konkrete Aufgabe vom Kernbereich des staatlichen Handelns entfernt liegt.⁷⁸ Unter dieser Prämisse erscheinen existente PPP in an sich dem Kernbereich staatlichen Handelns zuzuordnenden Feldern zulässig, da sie jeweils nur Randbereiche der abstrakt kerngebietsrelevanten Bereiche betreffen. Als Beispiele lassen sich das Herkules-IT-Projekt der Bundeswehr sowie PPP-Projekte in der Entwicklungszusammenarbeit nennen. Selbst das hessische Modell einer PPP im Bereich des Strafvollzuges erscheint vertretbar, da lediglich der Rahmen des Strafvollzuges in privater Verantwortung liegt, die zu erledigenden Aufgaben jedoch weiterhin in der Verantwortung und der Hand der Justizverwaltung stehen. Insbesondere insoweit ist Art. 33 Abs. 4 GG⁷⁹ von besonderer Bedeutung, der einen sog. Funktionsvorbehalt für Beamte normiert⁸⁰ und in seinem Anwendungsbereich privatrechtliche Arbeitsverhältnisse somit ausschließt. Indes ist der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 4 GG begrenzt, da er auf die „ständige“ Aufgabenwahrnehmung, die „in der Regel“ durch Beamte erledigt wird, abstellt.

5.2.2 Insbesondere: Grundrechtsbindung von gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen?

Wie oben herausgearbeitet wurde, kann sich der Staat zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben mit Privaten zusammenschließen und insbesondere im Rahmen von PPP-Projekten in privatrechtlichen Rechtsformen in sog. gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen agieren. Man spricht insoweit vom „Verwaltungsprivatrecht“.⁸¹ Die Freiheit der Rechtsformwahl stellt den Staat jedoch nicht mit einem Privaten gleich. Der Staat ist vielmehr im traditionel-

77 Tettinger, in: NWVBI 2005, 1, (5); Kämmerer, in: JZ 1996, 1042 (1046).

78 Tettinger, in: NWVBI 2005, 1, (5); Battis, in: Sachs (Hrsg.), GG, 5. Aufl., 2008, Art. 33, Rn. 58.

79 Art. 33 Abs. 4 GG lautet: „Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen“.

80 Battis, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 33, Rn. 45.

81 Höfling, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 1, Rn. 102 f.; von Münch, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bnd. 1, 5. Aufl., 2000, Vorb. Art. 1-19, Rn. 34.

len Grundrechtsverständnis Adressat bürgerlicher Abwehrrechte.⁸² Es stellt sich insoweit die Frage, inwieweit die grundrechtlichen Bindungen des Staates in gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen fortwirken. Hierbei ist anerkannt, dass der Staat im Bereich des Verwaltungsprivatrechts, also wenn es um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben geht, die durch Art. 1 Abs. 3 GG vermittelte Grundrechtsbindung nicht durch eine „Flucht in das Privatrecht“ abstreifen kann.⁸³ Mit anderen Worten ist der Staat im Bereich des Verwaltungsprivatrechts unabhängig von der konkreten Rechtsform, in der er erscheint, an die Grundrechte des Grundgesetzes gebunden.⁸⁴ Andererseits schließt sich der Staat in gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen in einer Rechtsform mit Privaten zusammen, die originäre Grundrechtsträger sind. In einem Unternehmen können daher sowohl grundrechtsberechtigte, als auch grundrechtsverpflichtete Anteilseigner zusammengeschlossen sein. Die staatliche Grundrechtsbindung auf die privaten Anteilseigner zu erstrecken, hieße, letzteren die Grundrechtsberechtigung zu nehmen und sie konzeptionell in den Bereich der staatlichen Verwaltung zu integrieren. Dieses Dilemma löst sich über die Annahme, dass nicht das Unternehmen selbst grundrechtsverpflichtet ist, sondern der Staat als Anteilseigner des Unternehmens seine Grundrechtsbindung behält und über den Weg des Gesellschaftsrechts seinen Einfluss geltend machen muss.⁸⁵ Entsprechend bilden die Grundrechte, wenn auch nicht für ein im Zuge eines PPP entstandenes gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens direkt, sondern nur für seinen staatlichen Anteilseigner, eine Schranke der Gründung und Betätigung.

5.3 Grenzen aus dem einfachen Recht

Sodann sind die einfachgesetzlichen Begrenzungen von PPP zu beachten. Diese ergeben sich insbesondere aus den Begrenzungen der zugrundeliegenden Rechtsfigur des öffentlich-rechtlichen Vertrages. Nach § 59 Abs. 1 VwVfG ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nichtig, wenn sich die Nichtigkeit aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergibt. Für den oben beschriebenen subordinationsrechtlichen

82 Vgl. Art. 1 Abs. 3 GG, der eine Grundrechtsbindung aller staatlicher Gewalt ausspricht.

83 Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Art. 19 III, Rn. 75 ff; von Münch, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bnd. 1, 5. Aufl., 2000, Vorb. Art. 1-19, Rn. 35.

84 Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Art. 1 III, Rn. 68; Höfling, in: Sachs (Hrsg.), GG, Art. 1, Rn. 102.

85 BVerfGE, NJW 1990, 1783; Dreier, in Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Art. 19 III Rn. 72 ff.

Vertrag listet § 59 Abs. 2 VwVfG weitere Nichtigkeitsgründe auf, von denen für das Recht der PPP § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG die relevanteste Regelung darstellt, wonach ein subordinationsrechtlicher Austauschvertrag dann nichtig ist, wenn sich die Behörde eine unzulässige Gegenleistung versprechen lässt. Diese weitgehende Fehlerfolge der Nichtigkeit unterscheidet das Recht des öffentlich-rechtlichen Vertrags sehr weitgehend vom Recht des Verwaltungsaktes, dessen Fehlerhaftigkeit regelmäßig nicht zu seiner Nichtigkeit führt.⁸⁶ Die Regelung des § 59 VwVfG stellt eine Kompromisslösung zwischen den widerstreitenden Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung einerseits und dem Prinzip der Vertragsverbindlichkeit andererseits dar.⁸⁷ Der Norm ist die Aussage zu entnehmen, dass es nur eine Fehlerfolge für rechtswidriges Handeln gibt, nämlich die Nichtigkeit. Diese soll jedoch nur aus den in § 59 VwVfG genannten Gründen eintreten. Als praxisrelevante Nichtigkeitsgründe kommen insbesondere der Verstoß gegen Formvorschriften und der Verstoß gegen das Kopplungsverbot in Betracht.

5.3.1 *Verstoß gegen Formvorschriften*

Nach § 59 Abs. 1 VwVfG kann sich die Nichtigkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrages aus der entsprechenden Anwendung der Vorschriften des BGB ergeben. Unter dem Aspekt der Formvorschriften ist insbesondere § 125 S. 1 BGB relevant, der die Nichtigkeit zivilrechtlicher Verträge vorsieht, die ohne Einhaltung der gesetzlichen Form geschlossen wurden. Nach § 57 VwVfG sind öffentlich-rechtliche Verträge schriftlich abzuschließen. Bei dieser Norm handelt es sich um eine gesetzliche Formvorschrift im Sinne des § 125 S. 1 BGB, so dass die regelmäßige Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 57 VwVfG die Nichtigkeit darstellt.⁸⁸ Neben der Begründung des Rechtsverhältnisses fallen insbesondere auch Änderungen desselben unter das Schriftformerfordernis,⁸⁹ ebenso kann mangelnde Vertretungsmacht das Schriftformerfordernis verletzen.⁹⁰

86 *Spieth*, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Edition 1 (Stand: 1.9.2008), § 59, Rn. 2.

87 *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 59, Rn.5; *Spieth*, in: Bader/Ronellenfitsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Edition 1 (Stand: 1.9.2008), § 59, Rn. 3.

88 *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 57, Rn. 25.

89 *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 57, Rn. 12.

90 *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 57, Rn. 18.

5.3.2 Verstoß gegen das „Kopplungsverbot“

Das Recht der PPP wird zu einem Großteil durch Austauschverträge im Sinne des § 56 VwVfG geprägt. Nach § 56 Abs. 1 S. 2 VwVfG muss die Gegenleistung des privaten Vertragspartners den gesamten Umständen nach angemessen sein und im sachlichen Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Behörde stehen. In Abs. 2 wird der für PPP-Modelle eher weniger naheliegende Bereich behandelt, dass der private Vertragspartner einen Anspruch auf die behördliche Leistung hat. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auf § 56 Abs. 1 VwVfG. Durch diese Norm soll vermieden werden, dass ein „Ausverkauf von Hoheitsrechten“⁹¹ durch die Verwaltung stattfindet.⁹² Sie ist Ausdruck des allgemeinen verfassungsrechtlichen Kopplungsverbotes, das im Rechtsstaatsprinzip, im Übermaßverbot und im Willkürverbot wurzelt⁹³ und Bürger und Staat wechselseitig vor einer Übervorteilung schützen möchte.⁹⁴ Aus dem Kopplungsverbot des § 56 Abs. 1 VwVfG lassen sich vier Kriterien ableiten, die kumulativ vorliegen müssen. Zunächst muss der Vertrag zu einem bestimmten und nach Ort, Zeit und Umfang feststehenden Zweck vereinbart worden sein.⁹⁵ Zweitens muss der vertragliche Zweck der Behörde zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben dienen, was bei PPP-Modellen bereits per Definition vorliegt. Die Gegenleistung, die die Behörde erhält, muss drittens den gesamten Umständen nach angemessen sein und viertens in einem sachlichen Zusammenhang mit der Leistung der Behörde stehen.⁹⁶ Verstößt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag gegen diese Kriterien, tritt nach der rigiden Fehlerfolge des § 59 Abs. 2 Nr. 4 bei subordinationsrechtlichen Austauschverträgen die Nichtigkeit ein.⁹⁷ Für PPP-Projekte ist es daher dringend zu empfehlen, vorsorglich alternative Vertragsbestimmungen in den Vertrag aufzunehmen, die hilfsweise zum Tragen kommen, falls ein Verstoß gegen das Kopplungsverbot vorliegt.⁹⁸ Hiermit würde die Vermutung des § 59 Abs. 3 VwVfG, wonach bei der

91 Vgl. die Begründung des Gesetzesentwurfs, BT-Drs. 7/910, S. 80.

92 Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 56, Rn. 59.

93 BVerwG, NJW 1980, 1294 (1294f).

94 Spieth, in: Bader/Ronellenfötsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Edition 1 (Stand: 1.9.2008), § 56, Rn. 9.

95 Spieth, in: Bader/Ronellenfötsch, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Edition 1 (Stand: 1.9.2008), § 56, Rn. 51.

96 Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 56, Rn. 47.

97 Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 56, Rn. 58.

98 Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, 7. Aufl., 2008, § 56, Rn. 58.

Nichtigkeit eines Teils des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Zweifel der ganze Vertrag nichtig ist, widerlegt werden.

6 Fazit und Ausblick: Fortbestehender Novellierungsbedarf im Recht der PPP

Nach alledem ist festzustellen, dass der rechtliche Rahmen für PPP-Projekte in Deutschland auch nach Verabschiedung des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes defizitär ist. Handlungsbedarf ergibt sich dabei auf den verschiedensten Ebenen. Die europarechtliche Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Vergütung für private Dienstleistungen im öffentlichen Sektor befindet sich in Bewegung,⁹⁹ so dass insoweit größere Unsicherheiten für den Rechtsanwender bestehen. Diese Unsicherheiten setzen sich auf verfassungsrechtlicher Ebene fort. Es ist eine Wertungsfrage, welche Bereiche der Staatlichkeit einem Staatsvorbehalt unterfallen und welche Konsequenzen für die Geschäftstätigkeit eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens sich aus der Grundrechtsgebundenheit der staatlichen Anteilseigner ergeben.

Der auffälligste Missstand ergibt sich jedoch aus den Wurzeln der PPP als öffentlich-rechtlicher Vertrag. Die für diese Rechtsfigur vorgesehenen Fehlerfolge, also regelmäßig die Nichtigkeit auch bei Formverstößen, kollidiert mit dem Bedürfnis der Beteiligten nach einer verlässlichen und rechtssicheren Regelung. Dies gilt umso mehr, als dass bei langfristigen PPP-Modellen Laufzeiten von dreißig Jahren keine Seltenheit darstellen. Es wäre empfehlenswert, sich auf die Grundlage der PPP zurückzubesinnen, wonach beide Vertragspartner und damit letztlich auch die durch den Staat repräsentierte Allgemeinheit von einer PPP-Regelung profitieren sollen. Eine wechselseitig profitable Regelung im Bereich der öffentlichen Aufgaben des Staates ist aber rechtlich weniger bedenklich als eine Regelung, von der nur eine Seite profitiert und die beispielsweise auch durch Verwaltungsakt geregelt werden könnte. Die letztgenannten Konstellationen scheinen aber insbesondere im Blick von § 59 VwVfG zu stehen.¹⁰⁰ Aber auch die im Kopplungsverbot zum Ausdruck kommende Befürchtung der einseitigen Übervorteilung ist bei PPP-Projekten, von denen beide Parteien profitieren sollen, kaum gegeben. Ein PPP-Projekt soll eben keinen Ausverkauf von Hoheitsrechten darstellen,

⁹⁹ Vgl. exemplarisch die „Altmark-Trans“-Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 2003, Fn. 76.

¹⁰⁰ Vgl. § 59 Abs. 2 Nr. 1-3 VwVfG, die auf Verwaltungsaktverhältnisse abstellen.

sondern eine kostengünstige Alternative zur Eigenvornahme oder vollständigen Privatisierung bieten. Die rigide Fehlerfolge der Nichtigkeit verdeutlicht das Dilemma, in dem sich das Institut des öffentlich-rechtlichen Vertrages insgesamt befindet. Er stellt auch mehr als dreißig Jahre nach seiner Normierung im VwVfG ein Ausnahmeinstitut dar, das sich, anders als das Recht des Verwaltungsaktes, das insbesondere in den letzten 15 Jahren die Fehlerfolgen immer weiter abschwächte, seit seiner Einführung de facto nicht weiterentwickelt hat.

Es ist daher an der Zeit, das Recht der PPP auf eigene Beine zu stellen. Die verschiedenen Ausprägungen, die die Praxis entwickelt hat, sollten vom Gesetzgeber aufgenommen und auf eine rechtssichere Basis gestellt werden. Dies setzt insbesondere voraus, dass eine einheitliche, gesetzliche Definition der PPP erfolgt, die das Merkmal des wechselseitigen Profitierens einschließt und damit die oben angeführten Bedenken, die in § 59 VwVfG Ausdruck finden, zerstreut. Sobald die Wechselseitigkeit des Profitierens aber Definitionsmerkmal ist, lässt sich die Nichtigkeitsfehlerfolge nicht mehr rechtfertigen, so dass insoweit eine neue Fehlerfolge gefunden werden müsste, die sich verstärkt an zivilrechtlichen Kategorien orientieren könnte.

Eine eigene, rechtssichere Regelung würde einen Anreiz für private Investoren bedeuten, sich verstärkt in PPP zu engagieren und damit den oft beschrien Investitionsstau der öffentlichen Hand lindern. In der jetzigen Rechtslage sind Unternehmer zu Recht skeptisch. Die Zwiespältigkeit der Regelung zeigt sich insbesondere beim Vergleich der PPP mit privaten Investitionen in private Gesellschaften. Nach dem „private investor test“ werden beide Konstellationen inhaltlich gleich behandelt. Damit bietet eine PPP aus der Sicht des Unternehmers zurzeit keine besonderen Vorteile gegenüber einem privaten Investitionsgeschäft, wohl aber aus der Sicht des finanziell angeschlagenen Staates und der Bürger, die auf funktionierende Infrastruktur und öffentliche Investitionen angewiesen sind.

Literatur

- Bader, Johann; Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.):* Beck'scher Onlinekommentar VwVfG. München, 1. Edition, 2008.
- Battis, Ulrich; Kersten, Jens:* Public Private Partnerships in der Städtebauförderung, in: LKV 2006, S. 442-449.
- Dreier, Horst (Hrsg.),* Grundgesetz Kommentar, Bd. 1. Tübingen, 2. Aufl. 2004.
- Fleckenstein, Martin:* Abbau von Hemmnissen für Public Private Partnerships: Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, in: DVBl. 2006, S. 75-82.
- Gas, Tonio; Rücker, Martin:* Die Finanzierung von Public Private Partnerships unter dem Blickwinkel des EG-Beihilferechts, in: DÖV 2004, S. 56-65.
- Kämmerer, Jörn Axel:* Verfassungsstaat auf Diät? Typologie, Determinanten und Folgen der Privatisierung aus verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Sicht, in: JZ 1996, S. 1042-1050.
- Maurer, Hartmut:* Allgemeines Verwaltungsrecht. München, 17. Aufl. 2008.
- Mayer, Otto:* Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, in: AöR 3 [1888], S. 3-86.
- Mösinger, Thomas:* Privatisierung des Strafvollzugs, in: BayVBl 2007, S. 417-428.
- von Münch, Ingo; Kunig, Philip:* Grundgesetz-Kommentar, Bnd. 1. München, 5. Aufl., 2000.
- Reuter, Alexander:* PPP-Refinanzierung unter Haushalts-, Gebühren-, Preis- und Beihilferecht: Zielkonflikte und Lösungsansätze, in: NVwZ 2005, S. 1246-1254.
- Roth, Frank:* Erstes Betreibermodell für den privaten Ausbau und Betrieb von Autobahnen in Deutschland, in: NVwZ 2003, S. 1056-1061.
- Sachs, Michael (Hrsg.),* Grundgesetz Kommentar. München, 4. Aufl. 2008.
- Schröder, Rainer:* Outsourcing und Sponsoring der Verwaltung: Rechtsfragen einer Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung der öffentlichen Hand, in: LKV 2007, S. 207-210.
- Schuppert, Gunnar Folke:* Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungs-kooperationsrechts. Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines

- Rechtsrahmens für Public Private Partnership. Rechtsgutachten erstattet für das Bundesministerium des Inneren, Berlin 2001.
- Stehlin, Volker; Gebhardt, Georg*: Public Private Partnerships – ein Modell für Kommunen?, in: VBIBW 2005, S. 90-95.
- Stelkens, Paul; Bonk, Heinz Joachim; Sachs, Michael (Hrsg.)*: Verwaltungsverfahrensgesetz. München, 7. Aufl. 2008
- Tettinger, Peter*: Public Private Partnerships, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, in: NWVBl. 2005, S. 1- 10.
- Uechtritz, Michael; Otting, Olaf*: Das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“?, in: NVwZ 2005, S. 1105-1110.
- Ziekow, Jan*: Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz. Rechtsgutachten erstattet für das Bundesministerium des Inneren, Berlin 2001.

Schulinspektion – zwischen Intention und Realität

1 Einleitung

Die Leseleistungen, mathematischen und naturwissenschaftlichen Kompetenzen der in der PISA-Studie 2000 befragten 15-Jährigen Schülerinnen und Schüler¹ aller Schulformen in Niedersachsen sind im OECD-Mittelwert und im Bundesländervergleich eher unterdurchschnittlich und weisen eine erhebliche Streuung auf.² Die Ergebnisse der Folgerhebungen in den Jahren 2003 und 2006 sahen nicht entscheidend anders aus. Diese Resultate führten zu der Annahme, dass die Schulen in Niedersachsen in der Gesamtbetrachtung nicht in der Lage seien, die erwartbaren Leistungen in den Basiskompetenzen bei den Schülern zu entwickeln und Benachteiligungen durch soziale Herkunft, Migrationshintergründe sowie bildungsferne Elternhäuser auszugleichen.

Vermutet wurde, dass es Schulen in einem durch mangelnde sächliche und personelle Ausstattung sowie soziale Konflikte belastetem Umfeld hierbei weitaus schwieriger haben als unbelastete Schulen, ihrem Erziehungs- und Bildungsauftrag nachzukommen. Tatsächlich zeigte sich jedoch, dass häufig gerade „belastete“ Schulen einen weitaus höheren Erfolg der schulischen Arbeit verzeichnen und Schulen mit günstigen Inputbedingungen nicht selten lediglich mittlere bis schlechte Ergebnisse in internationalen Vergleichsstudien erzielen. Dies legt den Schluss nahe, dass nicht die von außen einwirkenden Faktoren, sondern die internen Elemente der Schule wie Engagement der Schulleitung, Kooperation im Kollegium, gemeinschaftliche Kommunikation über klare Zielvorstellungen sowie die Bereitschaft zu ständiger Selbstüberprüfung und Verbesserung entscheidend für den Erfolg sein könnten. In der Konsequenz wurden in Niedersachsen ähnlich wie in anderen Bundesländern Reformen des Bildungswesens auf dieser Ebene angesetzt.³ Diese Neuerungen, speziell die Einführung der Schulinspektion sowie eine erste Bilanz ihrer Arbeit soll zentrales Thema dieses Beitrages sein. Dazu sollen folgende

1 Im Folgenden wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit die grammatikalische männliche Form von Personen und Positionsbezeichnungen verwendet.

2 Vgl. Baumert (Hrsg.) (2002), S. 17 ff.

3 Vgl. Busemann (2007), S. 3 f.

Fragestellungen in den Blick genommen werden: Welche Aufgaben umfasst die externe Evaluation en detail? Welche personellen, zeitlichen und strukturellen Rahmenbedingungen der Schulinspektion sind vorfindbar und welchen Einfluss üben diese möglicherweise auf die Qualität der Schulinspektion aus? Wie sind die gesetzlichen Vorgaben, wie und in welchem Umfang können diese in der Realität umgesetzt werden? Ist die gewünschte Qualitätsverbesserung der einzelnen Schulen, welche das langfristige Ziel der Schulinspektion ist, auf diesem Weg mit den dafür vorgesehenen Instrumenten und Rahmenbedingungen überhaupt zu realisieren? Liegen hier nicht Qualität und Quantität zu dicht beieinander? Die Erfahrungen befragter Schulinspektoren,⁴ die sowohl an der Entwicklung der Inspektion beteiligt waren, als auch vor Ort in den Schulen als Inspektoren operieren, sollen einen Beitrag zur Beantwortung dieser Fragen leisten und das Spannungsfeld von Intention und Realität der Schulinspektion in Niedersachsen beleuchten.

2 Schulreform in Niedersachsen

Im Zuge einschneidender Reformen in der niedersächsischen Schullandschaft ist die Schule zukünftig als lebendige Organisation zu verstehen, die in aktiver Zusammenarbeit von Schulleitung und Lehrerkollegium, aber auch in Kooperation mit Eltern- und Schülerschaft Freiräume zur eigenverantwortlichen Gestaltung nutzen, eigene Ziele der schulischen Arbeit setzen und diese an gemeinsam vereinbarten Standards messen und ggf. modifizieren kann. Dies schließt zugleich eine veränderte Form der Aufsicht über die Schulen ein.⁵

Dieser Paradigmenwechsel in den Arbeitshandlungen und Verantwortungsbereichen von Schulen, insbesondere von Schulleitungen und Schulaufsicht, wurde in Niedersachsen mit der Novellierung des niedersächsischen Schulgesetzes vom Juli 2006 sowie dem Gesetz zur Einführung der eigenverantwortlichen Schule rechtlich verankert.⁶ Die veränderte Steuerungsarchitektur des Bildungswesens in Niedersachsen, die sich auf vier Säulen stützt, lässt sich mit der folgenden Abbildung 1 verdeutlichen:

4 Zur Methode des narrativen Interviews, die hier verwendet wurde, siehe beispielsweise Mayring (2002), *Qualitative Sozialforschung*. Weinheim: Beltz.

5 Vgl. Brockmann (2007), S. 33.

6 Vgl. Brockmann (2007), S. 34; Busemann, Bernd (2007), S. 5.

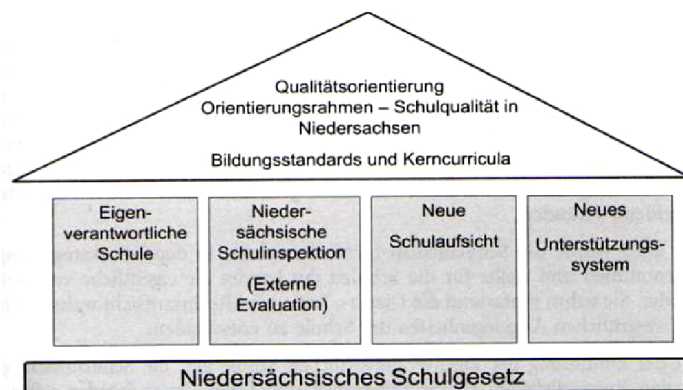


Abb. 1: Neue Steuerungsarchitektur des niedersächsischen Bildungswesens
 Quelle: Brockmann, Heinz-Wilhelm (2007), S. 35.

In § 32 des niedersächsischen Schulgesetzes ist die Eigenverantwortlichkeit der Schule in „Planung, Durchführung und Auswertung des Unterrichts, in der Erziehung sowie in ihrer Leitung, Organisation und Verwaltung“⁷ geregelt. Darüber hinaus ist die gemeinsame Erstellung eines eigenen Schulprogramms durch Lehrer-, Schüler- und Elternschaft, welches den Schulen Profilierungsmöglichkeiten bietet, die jährliche Selbstevaluation der Arbeitserfolge sowie die Bewirtschaftung eines eigenen Budgets aus Landesmitteln insbesondere zur Nutzung von nachfrageorientierten Qualifizierungs- und Beratungsmaßnahmen festgelegt.⁸ Die Rolle der Schulleiter ändert sich konsequenterweise analog zu diesen Entwicklungen: Künftig übernehmen sie zum einen eine Schlüsselrolle für die schulische Qualitätsarbeit in starker Zusammenarbeit mit dem Kollegium und zum anderen zahlreiche dienstrechtliche Befugnisse wie Weisung und Beurteilung, die Einstellung in das Eingangsamtsamt oder auch die Verbeamtung auf Lebenszeit und sind somit direkte Vorgesetzte für das gesamte pädagogische und nicht-pädagogische Personal der Schule.⁹ Darüber hinaus wird durch die Einrichtung eines Schulvorstandes, der bedeutende Entscheidungsspielräume hinsichtlich der Verwendung der Haushaltsmittel und der Gestaltung der Schule wahrnimmt,

7 Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.) (2007), § 32 (1).

8 Vgl. Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.) (2007), § 32.

9 Vgl. Kreutzahler/Jänen (2007), S. 230 f.

sowie die Reduzierung der Zuständigkeiten der Gesamtkonferenz auf vorrangig pädagogische Aufgaben, eine effizientere und klarer strukturierte Tätigkeitenverteilung und die stärkere Einbindung der Eltern- und Schülerschaft anvisiert.¹⁰ Diese Änderungen entsprechen dem Prinzip der Kollegialität und sozialen Resonanz, indem schulische Erziehungsarbeit als gemeinsame Aufgabe angesehen wird, die in der Zusammenarbeit die Motivation fördert, sich den Herausforderungen zu stellen und Anerkennung für die Entscheidungs- und Selbstkontrollkompetenzen der gesamten Schule zeigt.¹¹

Mit dieser Dezentralisierung der Entscheidungsbefugnisse und der Verlagerung der Verantwortlichkeit zur Qualitätsentwicklung auf die Ebene der Schulen geht die veränderte Rolle der Schulaufsicht einher.

Die Schulaufsicht, die in ihrer ursprünglichen Form die Dienst-, Fach- und Rechtaufsicht inne hatte, gibt einen Teil ihrer Zuständigkeiten an die Schulleiter ab, nimmt nun verstärkt die Vorgesetztenfunktion eben dieser ein und gewährleistet die rechtliche und sachliche Unterstützung der Schulen. Um dieser Aufgabe nachzukommen, bedarf sie umfangreicher und differenzierter Kenntnisse über die Ergebnisse der schulischen Arbeit. Diese erlangt sie in regelmäßigen Gesprächen mit den Schulleitern, aus den Resultaten vergleichender Abschlussarbeiten und den Berichten der Schulinspektion, welche von der Schulaufsicht als weisungsunabhängige, nachgeordnete Behörde des Kultusministeriums im Mai 2005 eingerichtet wurde. Die „neue“ Schulaufsicht versteht sich als Begleiter, Berater und Unterstützer der Schulen und ihrer Arbeit. In Konfliktfällen, die nicht mehr schulintern gelöst werden können, und bei durch die Schulinspektion aufgedeckten schwerwiegenden Mängeln bleibt der Schulaufsicht das Recht des direkten Eingreifens vorbehalten.¹² Grundlegend für die Arbeit der Einzelschule, der Schulinspektion und der Schulaufsicht sind einheitlich geregelte Bildungsstandards und Kerncurricula sowie der Orientierungsrahmen „Schulqualität in Niedersachsen“, der als Referenzrahmen für ein einheitliches Qualitätsverständnis dient.¹³

10 Vgl. *Brockmann* (2007), S. 34; *Busemann, Bernd* (2007), S. 7 f.

11 Vgl. *Rosenbusch* (2007), S. 25 ff.

12 Vgl. *Brockmann* (2007), S. 36 f.

13 Vgl. *Lohmann* (2007), S. 43.

3 Die niedersächsische Schulinspektion

Aufgrund der veränderten Aufgaben und Kompetenzen der Einzelschule einerseits und der Schulaufsicht andererseits gilt es ein neues Gleichgewicht zwischen Handlungsspielräumen und Rechenschaftslegung zu schaffen. Die Schulen sind zunächst angehalten, jährlich mittels interner Evaluation die Ergebnisse ihrer Arbeit zu überprüfen.¹⁴ Darüber hinaus wurde bereits im Mai 2005 die Schulinspektion als eine der tragenden Säulen der Schulreform in Niedersachsen nach dem Vorbild der niederländischen Schulinspektion errichtet. Sie übernimmt als organisational und personell von der Schulaufsicht unabhängige Instanz die externe Evaluation. In dieser Funktion gibt sie den Abnehmern schulischer Bildung, d. h. Bildungspolitik, Eltern, Schüler, aber auch Betrieben und Universitäten, einen Überblick über die Verwendung der Ressourcen der Einzelschule und die Einhaltung allgemeiner Qualitätsstandards. Die Schulinspektion stellt eine Vergleichbarkeit zwischen den Schulen her, ohne diese einem direkten Ranking auszusetzen.¹⁵ Allgemeines Ziel der externen Evaluation ist eine Bestandsaufnahme der Qualität der schulischen Arbeit, Stärken herausstellen und Verbesserungsbedarfe aufdecken, um Handlungsempfehlungen zu formulieren, die die weitere Ausrichtung der Qualitätsentwicklung bestimmen und modifizierte Zielsetzungen und Handlungen mit sich bringen.¹⁶ Schulische Arbeit unterliegt je nach differierenden gesellschaftlichen und politischen Erwartungen und Normen konkurrierenden Zielsetzungen. Damit externe Evaluation neben den Prozessen der Selbsteinschätzung trotzdem nicht als auferlegter Zwang und übermäßige Kontrolle angesehen wird und bei den Akteurinnen und Akteuren in Schule keine Unsicherheiten erzeugt, gibt es einige grundlegende Gelingensbedingungen für die externe Evaluation, damit diese anschlussfähig und kooperativ zur internen Evaluation ist. Bedeutend ist die Kompatibilität der Ziele und Qualitätsindikatoren und die Verbindlichkeit und Einigkeit bezüglich der Maßstäbe beider Evaluationsverfahren. Darüber hinaus ist eine gewisse Sensitivität, die auf die individuellen Bedingungen der Schule und mögliche Unsicherheiten seitens des schulischen Personals eingeht, wünschenswert. Den Beteiligten sind die Verfahrensschritte und angewandten Standards sowie die Bewertungen transparent zu machen. Aus aufgedeckten Mängeln sollten eindeutige, realistische Zielsetzungen und Handlungsemp-

14 Vgl. Füßel, Hans-Peter (2007), S. 229.

15 Vgl. Artelt (2007), S. 131; Füßel, Hans-Peter (2007), S. 229.

16 Vgl. Artelt (2007), S. 135; Wilken, Werner/Märkl, Bert (2007), S. 170.

fehlungen abgeleitet werden, die Verbindlichkeitscharakter haben. Der erneut einsetzende Prozess der Formulierung und Umsetzung von Maßnahmen zur Zielerreichung und erneuten Evaluation wird idealerweise unterstützend durch die Schulaufsicht begleitet.¹⁷ In Niedersachsen soll dieser erste Zyklus der Darstellung einer erwünschten objektiveren Außensicht auf schulische Arbeit im Jahr 2010 abgeschlossen sein.

3.1 Ziele und Aufgaben der niedersächsischen Schulinspektion

Die Behörde der Schulinspektion ermittelt im Auftrag des niedersächsischen Kultusministeriums im Vier-Jahres-Rhythmus die Qualität der ca. 3200 niedersächsischen Schulen auf Grundlage des Orientierungsrahmens „Schulqualität in Niedersachsen“. Bis zum Jahr 2010 soll dies zum ersten Mal für alle öffentlichen allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen erfolgt sein. Darüber hinaus wird die Schulinspektion einzelne Aspekte des niedersächsischen Schulsystems bewerten. Während des gesamten Inspektionsverfahrens gilt das Prinzip der Transparenz. Die Belange und Befindlichkeiten aller Beteiligten sind zu wahren. Die Inspektoren sind der Fairness, Sachlichkeit und Objektivität verpflichtet. Zu ihren Aufgaben zählt es nicht, beratend aktiv zu werden, Partei zu ergreifen oder auf bestehende Konflikte unmittelbar einzuwirken. Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, dient der Schulinspektion als Grundlage für ihre Arbeit das standardisierte Konzept für Schulqualität.

Dieses Konzept umfasst in Anlehnung an den Orientierungsrahmen Schulqualität sechs Qualitätsbereiche, die durch 32 Qualitätsmerkmale und insgesamt 90 Qualitätsindikatoren differenziert beschrieben werden.¹⁸ Im Fokus der Qualitätsbereiche stehen zum Beispiel die Ergebnisse und Erfolge der Schule bei den Schülern, die Lern- und die Schulkultur, das Schulmanagement und die Lehrerprofessionalität sowie Ziele und Strategien der Qualitätssicherung und -entwicklung aus der Selbstevaluation und dem Schulprogramm.¹⁹ Aus diesen ergibt sich das Qualitätsprofil der Schule mit 16 Qualitätskriterien. Die Bewertung der Kriterien erfolgt ebenfalls nach einem stan-

17 Vgl. Artelt (2007), S. 135 ff; Brauckmann, Stefan/Döbert, Hans (2005), S. 96 ff.

18 Vgl. Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.) (2005), S. 5 ff.; Kiper (2006), S. 43 f.; Wilken/Märkl (2007), S. 170 f.

19 Vgl. Bos et. al. (2007), S. 250.

dardisierten Verfahren. So kann das Qualitätskriterium stark (4), eher stark als schwach (3), eher schwach als stark (2) oder schwach (1) ausgeprägt sein.²⁰

Die so gewonnenen Kenntnisse über Stärken und Schwächen der Einzelschule bilden die Grundlage für Maßnahmen zur Qualitätsverbesserung. Ein offizielles Ranking der Schulen ist nicht intendiert. Die detaillierten Berichte werden jedoch an die Landesschulbehörde und das Kultusministerium weitergeleitet und stehen der Schulöffentlichkeit zur Verfügung.

3.2 Ablauf und Instrumente der niedersächsischen Schulinspektion

Der Ablauf der Inspektion der Einzelschule gliedert sich in die Phase der Vorbereitung, Durchführung und Berichterstattung sowie Ergebnisveröffentlichung.

Eine Inspektion wird von mindestens zwei Inspektoren durchgeführt, von denen mindestens eine Person aus der Schulform der zu inspizierenden Schule kommt (für eine Inspektion an einer Realschule muss demzufolge mindestens ein Inspektor Schulleitungserfahrungen an einer Realschule nachweisen) und hauptverantwortlich für die Inspektion ist.

Die nach dem Zufallsprinzip ausgewählte Schule wird sechs bis acht Wochen vor der eigentlichen Inspektion vor Ort der Schule informiert. Unter Berücksichtigung der schulischen Verpflichtungen und Termine wird in Absprache mit der Schulleitung ein Termin für den Schulbesuch vereinbart und die einzureichenden Unterlagen der Schule zur Daten- und Dokumentenanalyse benannt.²¹ Neben der Schulstatistik, die beispielsweise die Anzahl der Lehrkräfte und Schüler oder die Abschluss- und Abbrecherquoten enthält, zählen hierzu auch Dokumente wie das Schulprogramm, Konferenzbeschlüsse oder pädagogische Konzepte.²² Idealerweise findet vor dem Schulbesuch eine durch die Schulleitung initiierte Informationsveranstaltung für die Schulöffentlichkeit statt, in der der Ablauf, die Ziele, die Instrumente und Bewertungskriterien sowie weitere Fragen bezüglich der Schulinspektion erörtert werden.²³

20 Vgl. Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.) (2005), S. 7.

21 Vgl. Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.) (2005), S. 8.

22 Vgl. Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.) (o. J. b), S. 1.

23 Vgl. Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.) (2005), S. 8.

Während des eigentlichen Schulbesuchs, in der Regel zwei Tage, interviewen die Inspektoren mit Hilfe von kurzen Gesprächsleitfäden die Schulleitung, eine Gruppe der Lehrkräfte, Eltern, Schüler sowie Vertreter der Ausbildungs- und Partnerbetriebe bei berufsbildenden Schulen. Das gesamte Inspektions-team führt ebenfalls einen Schulrundgang durch, bei dem u. a. das Schulgelände und -gebäude, die Räumlichkeiten sowie die Ausstattung mit Lehr- und Lernmaterialien bewertet werden. Im Zentrum der Inspektion stehen jedoch die Unterrichtsbesuche. Nachdem der erste Besuch im Team stattfindet, um sich ggf. noch einmal bezüglich der Bewertung der Beobachtungskriterien untereinander abzustimmen, werden anschließend in Einzelarbeit ca. 20 Minuten einer Unterrichtsstunde beobachtet. Insgesamt soll die Unterrichtsqualität bei mindestens 50% der Lehrkräfte einer Schule auf der Grundlage eines einheitlichen Unterrichtsbeobachtungsbogens festgestellt werden. Dieser umfasst Kriterien wie die Zielorientierung und Strukturierung des Unterrichts, das pädagogische Klima, die Unterstützung eines aktiven Lernprozesses und die Stimmigkeit sowie Differenzierung des Unterrichts.

Die Fülle der zu bewertenden Kriterien lässt ebenso wie die erforderliche Anzahl der zu beobachtenden Lehrkräfte besonders an größeren Schulen die Vermutung zu, dass die Inspektoren enormem Zeitdruck bei der Evaluation ausgesetzt sind und möglicherweise beim Ausfüllen des Beobachtungsbogens Verzerrungs- oder Vergessenseffekte auftreten. Die aggregierten Ergebnisse der Beobachtungen lassen keine Rückschlüsse auf einzelne Lehrkräfte oder Unterrichtsstunden zu, sondern identifizieren Beispiele guten Unterrichts sowie Verbesserungsbedarfe. Bereits zum Ende des Schulbesuches erfolgt eine vorläufige Auswertung der erhobenen Daten, aus denen das Qualitätsprofil der Schule erstellt wird sowie eine Rückmeldung an die Schulöffentlichkeit.²⁴

In der Phase der Berichterstattung und Ergebnisveröffentlichung findet die endgültige Auswertung der erhobenen Daten zunächst ohne Berücksichtigung des sozialen Umfelds und besonderer Bedingungen der Schule statt. Innerhalb von drei Wochen nach dem Schulbesuch erhält die Schulleitung den Inspektionsbericht mit ausführlichem Qualitätsprofil, einschließlich der Benennung von Stärken und Verbesserungsbedarfen und der Beschreibung der Ausgangslage der Schule, in der nun Besonderheiten des schulischen Umfeldes Niederschlag finden. Zu dem Bericht kann die Schulleitung binnen

24 Vgl. Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.) (2005), S. 9; Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.) (o. J. a), S. 2 f.

14 Tage Stellung hinsichtlich Durchführung und Ergebnisse der Inspektion sowie der Arbeit der Inspektoren nehmen. Der abschließende Bericht und die Stellungnahme werden an die Schule und die Schulaufsicht versendet. Die Weitergabe des Berichtes an die Schulöffentlichkeit und die Implementation von Maßnahmen zur Qualitätsverbesserung obliegt der Schulleitung. Die Schulaufsicht greift lediglich bei gravierenden Mängeln ein und schließt mit der Schulleitung Zielvereinbarungen zur Behebung der Mängel und bietet konkrete Unterstützungsleistungen an.²⁵

3.3 Personal der Schulinspektion

Für die Durchführung der Inspektion aller öffentlichen allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen Niedersachsens im Vier-Jahres-Rhythmus werden 67 Schulinspektoren benötigt. Darüber hinaus bedarf es weiterer 40 Mitarbeiter im Bereich der Organisation und Verwaltung.²⁶

Das Anforderungsprofil und Auswahlverfahren für künftige Schulinspektoren ist sehr vielgestaltig und höchst anspruchsvoll. Neben der Erbringung von Gutachten und Empfehlungen beispielsweise des zuständigen Dezernenten ist mehrjährige Berufserfahrung in der Schulleitung, der Leitung eines Studienseminars oder in einer herausgehobenen Funktion innerhalb der Schulverwaltung nachzuweisen.

Im Rahmen eines Auswahlverfahrens, einem Assessment im Kultusministerium, werden die Management-, Führungs- und Methodenkompetenzen, aber auch Kompetenzen in den Bereichen Gremien- und Personenberatung, Methoden und Instrumente schulinterner und externer Evaluation und der inner-schulischen Qualitätsentwicklung, Schulprogrammentwicklung und Unterrichtsentwicklung, Vergleichsarbeiten, Standards und Abschlussprüfungen der Bewerber geprüft. In diesem Verfahren müssen sie ebenfalls diversifiziertes Wissen über Strukturen und Bildungsgänge des niedersächsischen Schulsystems, Rechts- und Verwaltungsvorschriften nachweisen. Voraussetzung für die Tätigkeit als Inspektor sind weiterhin Einsatzbereitschaft und Flexibilität, hohe Belastbarkeit und sicherer Umgang mit elektronischen Medien. Ferner wird auf die Fähigkeit, sich in neue Sachgebiete einzuarbeiten, sowie

25 Vgl. Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.) (2005), S. 9 ff.; Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.) (o. J. a), S. 3 ff.

26 Vgl. Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.) (2005), S. 17 ff.

auf Schlüsselqualifikationen wie Kooperations- und Teamfähigkeit, kommunikative Kompetenz und Verhandlungsgeschick besonderer Wert gelegt.²⁷

Haben sich die Bewerber als besonders geeignet erwiesen, absolvieren sie eine sechsmonatige Qualifizierung, in der sie neben verschiedenen Workshops zur Arbeit als Schulinspektor zunächst hospitieren, um dann sukzessive Übungsinspektionen durchzuführen und die Qualifizierungsmaßnahme mit einer Prüfungsinspektion abzuschließen. Wesentliche Inhalte der Qualifizierung sind die Vermittlung von Fachkenntnissen über die Schulinspektion in Niedersachsen, Schulqualität und Evaluation, Daten- und Dokumentenanalyse, System- und Unterrichtsbeurteilung sowie über Qualitätsmanagementsysteme (TQM/EFQM). Zusätzlich müssen praktische Übungen und Trainingssequenzen zum Umgang mit Bewertungskriterien und zu Gesprächsführungstechniken durchgeführt werden. Ebenso ist das Vermitteln von korrekter Präsentation und Dokumentation der Schulinspektionsergebnisse Bestandteil der Qualifizierung.²⁸

4 Das Spannungsfeld zwischen Intention und Realität

Im vorherigen Kapitel wurde ein detailliertes Bild der niedersächsischen Schulinspektion gezeichnet. Mit Hilfe von Interviews mit ausgewählten Vertretern der niedersächsischen Schulinspektion soll im Folgenden diese detaillierte Darstellung kritisch hinterfragt und eine Beantwortung der eingangs gestellten Fragen vorgenommen werden.

Derzeit gibt es in Niedersachsen statt den vorgesehenen 67 insgesamt 53 aktive Schulinspektoren (Stand Januar 2009), um die 3200 öffentlichen allgemeinbildenden und berufsbildenden Schulen in einem Vier-Jahres-Zyklus zu inspizieren. Zusätzlich unterstützen zehn fachschulische Mitarbeiter als Abgeordnete Lehrkräfte die Inspektoren bei der Organisation, der inhaltlichen Vorbereitung sowie der Auswertung des Schulbesuches. Darüber hinaus gibt es im Bereich der Verwaltung sechs weitere Mitarbeiter. Neben der Präsidentenstelle sind alle Fachbereichsleitungen I – IV besetzt, so dass insgesamt 74 Personen ihren Dienstsitz in Bad Iburg haben.²⁹ Durch Fluktuationen innerhalb des Personalstamms und das Fehlen zusätzlicher Planstellen wird diese Mitarbeiterzahl voraussichtlich vorerst wenig ansteigen.

27 Vgl. Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.) (2008), S. 2 ff.

28 Vgl. Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.) (2005), S. 16 ff.

29 Vgl. Niedersächsische Schulinspektion (Hrsg.) (2008), S. 35 f.

Die personelle Unterbesetzung der Inspektion und die große Zahl der kleinen Schulen (etwa 1000 Stück), denen die gleiche Aufmerksamkeit zuteil werden muss wie den großen Schulen, hat u. a. dazu geführt, dass die voraussichtliche Beendigung des ersten Inspektionszyklusses auf das Jahr 2011 korrigiert werden musste. Dies bedeutet für einen Teil der Schulen, dass zwischen zwei Inspektionen möglicherweise sechs Jahre liegen und nährt die Befürchtung, dass aufgrund der externen Evaluation angeschobene Veränderungen in den jeweiligen Systemen bis dahin wieder zum Stillstand kommen.

Neben dem extremen zeitlichen Druck während der Schulbesuche und in der Vor- und Nachbereitung sind die Inspektoren hohen psychischen Belastungen ausgesetzt. In ihrer Rolle als externe Beobachter arbeiten sie über Tage hinweg an den Schulen hoch konzentriert. Sie müssen sich in vielfältigen Kompetenzbereichen organisieren und stets versuchen, die Gratwanderung zwischen neutraler Darstellung der Ergebnisse aus dem Qualitätsprofil der Einzelschule und Vermeidung einer Beratung und Maßnahmen- und Unterstützungsplanung zu bewältigen. Dies fällt nicht immer leicht, da alle Inspektoren eigene Erfahrungen aus in der Vergangenheit ausgeübten Leitungspositionen innerhalb des Schulwesens mitbringen. Genau dies stellt sich jedoch auch als ihr Vorteil heraus. Die Kommunikation des Inspektionspersonals mit der Schulleitung auf Augenhöhe mit ähnlichem Erfahrungswissen schafft Vertrauen und mindert Unsicherheiten bezüglich des Inspektionsverfahrens und der Inspektionsinstrumente.

Als Resultat der ersten Inspektionsrunde, die neben der Bestandsaufnahme der einzelschulischen Qualität zugleich als empirisches Verfahren zur Testung des Instrumentariums dient, konnte der Unterrichtsbeobachtungsbogen als konzeptionell solides Instrument, jedoch mit eindeutigem Entwicklungsbedarf hinsichtlich verschiedener Details identifiziert werden. Alle Schulen, unabhängig von ihrer Spezifikation wurden mit demselben Qualitätskatalog begangen. Dies wird den einzelnen Schulformen jedoch nicht gerecht. Darüber hinaus existiert zwar eine Indikatorenbeschreibung zu den einzelnen Qualitätskriterien, welche als Entscheidungshilfe dient, aber noch nicht eindeutig regelt, wann ein Kriterium als erfüllt gilt und wie die Qualitätskriterien zueinander in Beziehung gesetzt werden müssen. Dadurch kommt es in einigen Aspekten der Beobachtung zu Unschärfen. Diesen versucht man in kommunikativen Aushandlungsprozessen wie Workshops, Konferenzen und Teammeetings zu begegnen. Basis bleibt auch weiterhin der Orientierungsrahmen Schulqualität Niedersachsen und die darin implizierten Grundsätze

guter Schule und guten Unterrichts, um u. a. die Ergebnisse für die Einzelschule über verschiedene Evaluationsperioden transparent und vergleichbar zu gestalten. Darüber hinaus werden die Kriterien des Beobachtungsbogens für die einzelnen Schulformen künftig stärker spezifiziert und gewichtet. Kritisch betrachtet wird außerdem das Fehlen eines sozial-ökonomischen Faktors. Das soziale Umfeld und schulische Besonderheiten werden neben weiteren Aspekten der schulischen Ausgangslage ausschließlich im Abschlussbericht der Inspektion beschrieben. Für die Einführung dieses Faktors wurden bisher jedoch die erforderlichen Daten noch nicht bereit gestellt, wodurch auch der Qualitätsbereich „Erfolge der Schule“ bislang unbeantwortet bleiben muss. Für den zweiten Inspektionszyklus ist weiterhin die Schwerpunktsetzung der Inspektion zu bedenken. Erwogen wird beispielsweise eine so genannte proportionale Inspektion, in der explizit untersucht wird, was die Einzelschule in den identifizierten Verbesserungsbereichen für Entwicklungen in Gang gesetzt hat. Aus dem letzten Inspektionsbericht hervorgehende Stärken werden dann nur grundlegend in die Betrachtung integriert. Fest steht, dass künftig stärker außenstehende Experten wie Wissenschaftler sowie Mitwirkende der Studien- und Ausbildungsseminare in die Arbeit der Schulinspektion einbezogen werden sollen.

Die häufig durch die inspizierten Schulen laut gewordene Kritik, dass 20 Minuten Unterrichtsbeobachtung bei mindestens 50 % der Lehrkräfte nicht ausreichend sind, wird durch Befunde aus empirischen Untersuchungen in den Niederlanden widerlegt. Idealerweise ist die Beobachtung aller Lehrkräfte anzustreben, jedoch ändert ein erhöhter Prozentsatz und eine Verlängerung der Beobachtungszeit das Ergebnis der systemischen Bestandsanalyse der Unterrichtskultur nicht signifikant. Die Kriterien sind so definiert, dass die Anlage der Unterrichtsstunde die Entscheidung bedingt, ob ein Kriterium als erfüllt gilt. Dieser Unterschied zwischen individueller Lehrerbeurteilung und systemischer Betrachtung ist vielfach in den Schulen noch nicht realisiert. Dies zeigt sich beispielsweise in einer einseitigen Auslegung der Kriterien durch die Schulen. Häufig wird der Versuch unternommen, die Beobachtungskriterien gemäß einer abzuarbeitenden Liste zu erfüllen, ohne ihre Sinnhaftigkeit im Gesamtgefüge der Unterrichtseinheit zu berücksichtigen.

Nach der Rückmeldung des Qualitätsprofils an die Schule ist die Arbeit vor Ort für die Schulinspektoren beendet. Die Verarbeitung der Ergebnisse, die Ableitung und Implementation von Verbesserungsmaßnahmen liegen in der Eigenverantwortung der Schulen. Hier sind die Schulleiter in ihrem Füh-

runghandeln gefordert. Sie sind in der Pflicht Prozesse in Gang zu setzen, Konzepte zu verschriftlichen, umzusetzen und einer ständigen Revision zu unterziehen. Diese Kompetenzen waren und sind gegenwärtig vielfach noch nicht vorhanden. Darauf haben sowohl Politik als auch Schulinspektion reagiert. Im Inspektionsverfahren wird das Kriterium des „Schulleitungshandeln“ vorerst ausgesetzt. Für die Führungsverantwortlichen an den Schulen wurden Qualifizierungsangebote geschaffen. Bereits etwa 2000 der insgesamt 3200 Schulleiter in Niedersachsen haben aktuell solche Qualifikationsmaßnahmen zur Beförderung der Kompetenzen absolviert. Dennoch ist das Unterstützungsangebot seitens der Bildungspolitik ausbaufähig.

Die Bereitschaft der Schulen zur Zusammenarbeit mit den Inspektoren ist groß. Die Arbeit der Schulinspektion wird überwiegend positiv eingeschätzt. Die Schulleitungen, Lehrkräfte, Schüler- und Elternschaft erfahren sehr viel über die eigene Schule, Prozesse werden, wenn nicht bereits geschehen, bewusst gemacht und ein Nachdenken über schulische Qualitätsarbeit angestoßen. Betont wird jedoch auch, dass der Aufwand zur Zusammenstellung der Dokumente im Vorfeld der Inspektion unverhältnismäßig hoch ist. Diese Unzufriedenheit wäre jedoch vermeidbar, wenn von schulpolitischer Seite die vielfach schon vorhandenen Daten der Inspektion generell zur Verfügung gestellt würden.

Die intendierte Trennung zwischen Schulinspektion, Schulaufsicht und Beratungssystem wird konsequent eingehalten. Die Schulinspektion leitet die Inspektionsberichte der Einzelschulen an die Schulaufsicht weiter. Diese greift erst bei der Feststellung gravierender Mängel ein und schließt mit der Schulleitung Zielvereinbarungen, in der Maßnahmen und Unterstützungsangebote festgeschrieben werden. Die Schulinspektoren leisten in ihrer Rolle als neutraler Beobachter keine Beratung und Unterstützung. Die Verbindung von Bewertung und Beratung würde der Eigenverantwortung der Schulen, der Integrität und Autonomie der Inspektion zuwider laufen sowie ihre hohe Akzeptanz gefährden.

5 Fazit

Die niedersächsische Schulinspektion als eigenständige, nur dem Kultusministerium unterstellte Einrichtung hat das Potential sich als Erfolgsmodell zu etablieren. Abzuwarten bleibt, wie sich die Arbeit der Schulinspektion fortsetzt, wenn alle Schulen bis 2011/12 den Inspektionszyklus durchlaufen haben. Seitens der Inspektion werden bereits jetzt vorbereitende Arbeiten getroffen, um aufgedeckte Schwächen zu minimieren und so ein den veränderten Bedingungen entsprechendes Inspektionsverfahren zu schaffen. Erhalten bleiben dabei die Kernelemente des Orientierungsrahmens für Schulentwicklung in Niedersachsen. Ohne Zweifel ist auch die Ausbildung der Inspektoren auf hohem Niveau und trägt zu der Akzeptanz und der Qualität der Inspektion bei. Welchen direkten Beitrag die Schulinspektion zur Qualitätsverbesserung an niedersächsischen Schulen leistet, kann an dieser Stelle nicht beantwortet werden. Hier gilt es Konzepte zur Erfolgsmessung und zur Bewertung des Zusammenspiels von interner Schulentwicklung und externer Evaluation zu entwickeln.

Die Realität holt die Intention jedoch an den Stellen ein, an denen bildungspolitische Vorgaben greifen. Aufgrund der begrenzten personellen Ressourcen verlängern sich die Inspektionszyklen. Dies birgt die Gefahr, dass Effekte der Inspektion verblassen und die Arbeit der Schulen sowie implementierte Maßnahmen nicht entsprechend gewürdigt werden können. Der Ausbau der Unterstützungssysteme für Schulen ist rasch voranzutreiben. Angesichts der Komplexität dieses Instruments der externen Evaluation ist bei den Akteuren der Schulen und der Öffentlichkeit stellenweise noch verstärkte Aufklärungsarbeit notwendig.

Die erste Evaluation der Schulinspektion hat belegt, dass die Inspektoren gute Arbeit leisten und große Akzeptanz erfahren. So kann festgehalten werden, dass Schulinspektion ein Instrument ist, das geeignet scheint, ein Bewusstsein für Qualität zu entwickeln und in der Folge schulinterne und schulübergreifende Kommunikation zu fördern und Konzepte auf den Weg zu bringen.

Literatur

- Artelt, Cordula*: Externe Evaluation und einzelschulische Entwicklung – Ein zukunftsreiches Entwicklungsverhältnis? In Buer, Jürgen van & Wagner, Corinna (Hrsg.): Qualität von Schule. Ein kritisches Handbuch. Lang: Frankfurt am Main 2007, S. 131-140.
- Baumert, Jürgen et. al. (Hrsg.)*: PISA 2000 – Die Länder der Bundesrepublik Deutschland im Vergleich. Zusammenfassung zentraler Befunde. Berlin 2002. http://www.mpib-berlin.mpg.de/pisa/PISA_E_Zusammenfassung2.pdf [18.12.2008].
- Bos, Wilfried et. al.*: Schulinspektion in Deutschland - Eine kritische Bestandsaufnahme. In Buer, Jürgen van & Wagner, Corinna (Hrsg.): Qualität von Schule. Ein kritisches Handbuch. Lang: Frankfurt am Main 2007, S. 241-258.
- Brauckmann, Stefan & Döbert, Hans*: Wie viel externe Evaluation brauchen Deutschlands Schulen? In Döbert, Hans & Fuchs, Hans-Werner (Hrsg.): Leistungsmessungen und Innovationsstrategien in Schulsystemen. Ein internationaler Vergleich. Münster/New York/München/Berlin: Waxmann 2005, S. 95-101.
- Brockmann, Heinz-Wilhelm*: Neue Steuerungsarchitektur in Niedersachsen. In: Busemann, Bernd; Oelkers, Jürgen & Rosenbusch, Heinz (Hrsg.): Eigenverantwortliche Schule – Ein Leitfaden. LinkLuchterhand: Köln 2007, S. 31-39.
- Busemann, Bernd*: Eigenverantwortliche Schule: Der Weg aus dem PISA-Tal. In: Busemann, Bernd; Oelkers, Jürgen & Rosenbusch, Heinz (Hrsg.): Eigenverantwortliche Schule – Ein Leitfaden. LinkLuchterhand: Köln 2007, S. 3-10.
- Füssel, Hans-Peter*: Erweiterte Autonomie der Einzelschule und externe Evaluation – Entwicklungen in der deutschen Schulpraxis und Schulgesetzgebung. In Buer, Jürgen van & Wagner, Corinna (Hrsg.): Qualität von Schule. Ein kritisches Handbuch. Lang: Frankfurt am Main 2007, S. 229-240.
- Kiper, Hanna*: „Wenn der Inspektor kommt...“ Die niedersächsische Konzeption der Schulinspektion kritisch betrachtet. In Schulverwaltung. Ausgabe Niedersachsen Nr. 2/2006, S. 43-46.

- Kreutzahler, Ulrich & Jänen, Hermann:* Führen und Verantworten: neue Rolle der Schulleitung. In Busemann, Bernd; Oelkers, Jürgen & Rosenbusch, Heinz (Hrsg.): *Eigenverantwortliche Schule – Ein Leitfaden*. LinkLuchterhand: Köln 2007, S. 229-234.
- Lohmann, Armin:* Hilfe und Herausforderung: Orientierungsrahmen Schulqualität in Niedersachsen. In Busemann, Bernd; Oelkers, Jürgen & Rosenbusch, Heinz (Hrsg.): *Eigenverantwortliche Schule – Ein Leitfaden*. LinkLuchterhand: Köln 2007, S. 43-49.
- Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.):* Niedersächsisches Schulgesetz (NSchG) in der Fassung vom 3. März 1998 (Nds. GVBl. S. 137), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 12. Juli 2007 (Nds. GVBl. S. 339).
- Niedersächsisches Kultusministerium, Arbeitsgruppe „Schulinspektionssystem (Hrsg.):* Abschlussbericht vom 21.02.2005. Hannover 2005. http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C8892332_L20.pdf [22.12.2008].
- Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.):* Schulverwaltungsblatt - Stellenausschreibungen. Hannover Heft 8/2008. http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C48811042_L20.pdf [9.2.2009].
- Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.):* Durchführung der Schulinspektion. Hannover o. J. a. http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C41413817_L20.pdf [5.1.2009].
- Niedersächsisches Kultusministerium (Hrsg.):* Instrumente und Methoden der Schulinspektion. Hannover o. J. b. http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C41782828_L20.pdf [5.1.2009].
- Niedersächsische Schulinspektion (Hrsg.):* Periodischer Bericht 2008. Bad Iburg 2008.
- Prenzel, Manfred et. al. (Hrsg.):* PISA 2006 in Deutschland. Die Kompetenzen der Jugendlichen im dritten Ländervergleich. Zusammenfassung. Kiel 2008. http://pisa.ipn.uni-kiel.de/Zusfsg_PISA2006_national.pdf [18.12.2008].
- Prenzel, Manfred et. al. (Hrsg.):* PISA 2003: Ergebnisse des zweiten Ländervergleichs. Zusammenfassung. Kiel 2005. http://pisa.ipn.uni-kiel.de/PISA2003_E_Zusammenfassung.pdf [18.12.2008].

Rosenbusch, Heinz S.: Organisationspädagogische Bedingungen der Eigenverantwortlichen Schule. In Busemann, Bernd; Oelkers, Jürgen & Rosenbusch, Heinz (Hrsg.): Eigenverantwortliche Schule – Ein Leitfaden. LinkLuchterhand: Köln 2007, S. 21-30.

Wilken, Werner & Märkl, Bert: Aufforderung zur Qualitätsentwicklung: Schulinspektion in Niedersachsen. In Busemann, Bernd; Oelkers, Jürgen & Rosenbusch, Heinz (Hrsg.): Eigenverantwortliche Schule – Ein Leitfaden. LinkLuchterhand: Köln 2007, S. 170-178.

Aufgaben und Steuerung einer Zentralbank

1 Einleitung

Zu Beginn des 21. Jahrhunderts steht die Weltwirtschaft vor der ersten globalen Rezession seit Ende des 2. Weltkriegs. Nach der Prognose des Internationalen Währungs Fonds (IWF, 2008) wird das globale Wachstum nur 2,2 Prozent betragen.¹ Die Finanzmärkte wurden erschüttert, was zum Verschwinden der Wall Street geführt hat. Während im Jahr 2008 die Ölpreise auf Rekordhöhe kletterten und Inflation eine Bedrohung war sieht die Lage in 2009 schon ganz anders aus. Letztes Jahr hat die US Wirtschaft 2,5 Millionen Jobs netto verloren, und Europa scheint zu folgen. Konventionelle Geldpolitik funktioniert nicht, die Zinssätze in Japan und den USA liegen nahe bei 0 Prozent.²

In diesem Artikel werden wir die historische Entstehung von Zentralbanken nachvollziehen und deren Wirken in einer modernen Wirtschaft definieren. Danach werden wir makroökonomische Theorie und Zentralbankpolitik zusammenbringen. Später ergänzen wir ein internationales Finanzsystem und arbeiten die Konsequenzen für die Zentralbanken heraus. Als letztes beschreiben wir, wie Zentralbankpolitik im 21. Jahrhundert aussieht, welche Probleme der heutige Ansatz mit sich bringt und in wie fern die Zentralbanken zur aktuellen Krise beigetragen haben. Dieser Artikel ist so verfasst, dass auch ein Leser ohne ökonomische Grundkenntnisse folgen kann. Zwischendurch verweisen wir auf interessante Literatur.

2 Die Erfindung von Kredit

Eine Schuld ist nichts anderes als ein Versprechen, für etwas heute Empfangenes in der Zukunft etwas zurückzugeben. Es gleicht dem Tauschhandel,

1 Der IWF definiert globale Rezession als ein Weltwirtschaftswachstum unter 3%.

2 In einer Rezession ist eine Ausweitung des Geldangebots die normale Reaktion einer Zentralbank. Dies führt zu einem geringeren nominalen (und realen) Zinssatz, welcher zu höheren Investitionen führen sollte. Bei einem nominalen Zinssatz von null ist diese Art von Geldpolitik nicht mehr weiter durchführbar.

nur dass die Zeitpunkte der Warenübergaben auseinander fallen. Eine Partei liefert heute, die andere Partei soll in der Zukunft liefern. Dabei kann ein Gut heute gegen ein anderes in der Zukunft getauscht werden. Es ist von vornherein klar, dass das Versprechen einer Lieferung in der Zukunft mit einem gewissen Risiko behaftet ist und sich der Kreditgeber daher in einer schlechteren Position befindet. Unteilbarkeit der Güter (z. B. Kühe) und zeitlich variable Präferenzen (z. B. ein Steak pro Tag versus eine ganze Kuh heute) führten zur Benutzung einer Währung. Eine Währung hat einen intrinsischen Wert und kann als Tauschmedium wie auch zur Wertaufbewahrung verwendet werden.³ Dies vereinfachte den Handel und auch die Nutzung von Verschuldung.

Die Entwicklung von Verschuldung löste ein altes Dilemma. In der Antike hatten erfolgreiche Bauern mehr Getreide als sie zur Ernährung und erneuten Aussaat brauchten. Dieses Getreide wurde irgendwann schlecht, daher war es eine sinnvolle Idee, das überschüssige Getreide jemandem zu geben gegen das Versprechen, etwas vom selben Wert im nächsten Jahr zurück zu erhalten. Dies ist ein wichtiger Schritt im Verständnis von Sparen und Investition: das Ersparte wird nicht zur Seite gelegt, sondern von anderen investiert.⁴ Dies ist der zentrale Punkt einer Finanzwirtschaft. Allerdings sollte gleich hier gesagt werden, dass nicht zu allen Zeiten Sparen und Investitionen gleich hoch sind. Vermögen kann auch in Form von Gütern wie etwa Gold oder Zigaretten gehalten werden, wodurch es nicht mehr in Investitionen umgewandelt wird. Diese Art von Ungleichgewicht werden wir uns später nochmal ansehen.

Ein weiterer interessanter Punkt ist der des Bankrotts. Ein Bauer, der sich im vorigen Jahr Getreide geliehen hatte, könnte mit der Rückzahlung in Verzug geraten. Dies führt zu Problemen mit dem Kreditgeber und endete oft in einer Tragödie.⁵ Mit dem Aufstieg der Zivilisation wurde aus dem Schuldversprechen ein Schuldvertrag. Ein solcher Schuldvertrag war durch das Gesetz geschützt. Die Regeln und Strafen bei Nichtbeachtung einer Schuld waren

3 Als Währung können knappe Güter mit einem positiven Wert benutzt werden, wenn sie leicht zu transportieren sind, wie z.B. Diamanten, Gold oder auch Geld in Form von Münzen und Scheinen.

4 Niemand spart für sein Alter, indem er sich ein zweites Auto in die Garage stellt oder bereits heute Nahrungsmittel für die Zeit von 2020 bis 2025 kauft.

5 In Pegu und angrenzenden Regionen im Osten Indiens hatte der Kreditgeber das Recht, den Schuldner, seine Frau und seine Kinder umzubringen. Dadurch wurde die Schuld getilgt. Vgl. *Bower et al.* (1747-68), vii, S. 128.

nun schriftlich fixiert. Dies wurde erstmals im alten Griechenland und im römischen Imperium durchgeführt.⁶

Der nächste Schritt in der Entwicklung hin zur Finanzwirtschaft war der vom Kontrakt über Warenlieferungen zum Kontrakt über die Lieferung von Geld. Dies ist die Erfindung von Geld so wie es auch heute noch benutzt wird. Ein Bauer im alten Griechenland lieh sich Güter und zahlte Güter zurück, aber ein Händler im mittelalterlichen Norditalien lieh sich Geld und zahlte Geld zurück. Dies ist der Beginn des Bankwesens wie wir es heute kennen, mit Sparkassen und Investmentbanken – und Finanzkrisen.

Theoretisch leihen sich Konsumentenbanken Geld von den Menschen während Investmentbanken dieses Geld dann verleihen.⁷ Zwischen beiden Typen von Banken muss eine Verbindung bestehen, um das Geld von den Sparern zu den Investoren fließen zu lassen. Banken haben oft ein bisschen von beiden Formen des Bankgeschäfts betrieben.⁸ Die Bank leiht sich kurzfristig Geld beim Publikum und verleiht es langfristig. Wenn aber nun alle Sparer gleichzeitig ihre Ersparnisse abheben wollen, so kann die Bank das Geld nicht zurückzahlen, denn es ist ja zumindest teilweise längerfristig verliehen. Die Bank ist dann bankrott, auch wenn die Investitionen sich auszahlen würden. Dies ist das fundamentale Problem des „bank run“. Andere Banken könnten der Bank mit dem Liquiditätsengpass Geld leihen, passiert dies nicht, wird die Bank geschlossen und abgewickelt.⁹ Um diese Art von Liquiditätsengpass zu verhindern halten Banken einen Teil ihres Vermögens in liquiden Anlagen wie Geld und Staatsanleihen, teilweise werden sie per Gesetz dazu angehalten. Diese Anlagen bringen keine oder nur niedrige Zinsen, daher sind Banken immer bestrebt, diese Anlagen zu minimieren. Dabei muss das Risiko der anderen Anlagen beachtet werden. Dies ist der Beginn des modernen Risikomanagements.

Ein anderer Punkt, der mit der Erfindung von Kredit zusammenhängt, ist die Möglichkeit der Verschuldung. Eine Bank kann von anderen (in- oder ausländischen) Banken Geld leihen, indem sie Teile ihrer Einlagen verpfändet.

6 Siehe *Tilden* (1936), Kap. VI und VII.

7 In der Praxis sind die beiden Typen von Bank oft miteinander vermischt und kommen nicht in Reinform vor.

8 Während der Weltwirtschaftskrise verbot der Glass-Steagall Act dies in den USA. Im Zuge der Liberalisierung der Finanzmärkte in den 90ern wurde dieses Gesetz Schritt für Schritt wieder zurückgenommen.

9 Aus der Konkursmasse werden alle verbliebenen Forderungen verkauft, diese werden also nicht ungültig.

Da Banken nicht sehr transparent sind, kann dies zur Erhöhung der Geldmenge im Bankensystem führen, wenn Geld aus dem Ausland zufließt. In guten Zeiten führt eine höhere Kreditvergabe zu höheren Erträgen bzw. Preisen, während in schlechten Zeiten eine Entschuldungsspirale einsetzt: fallende Preise der Anlagen führen zur Liquidierung von Positionen, um die Gesamtverschuldung herunter zu fahren. Dadurch fallen die Preise jedoch noch weiter.¹⁰

In der Mitte des 2. Jahrtausends gab es in ganz Norditalien keine zentrale Institution, welche die Schuldenaufnahme der Banken gebremst hätte. Dies ist nicht weiter verwunderlich, denn es gab noch keine großen Nationen, stattdessen dominierten Stadtstaaten wie Venedig, Florenz oder Pisa.¹¹ Der Verleih von Geld war also unreguliert und die Banken setzten den Zins nach eigenem Ermessen.¹² Neben Liquiditätsengpässen können auch Insolvenzen auftreten, wenn eine Bank Geld verleiht und es nicht wiederbekommt. Der Bank ist es dann nicht mehr möglich, den Sparern das Geld zurückzuzahlen. Eine solche Bank zu retten ist außerordentlich teuer und daher schwierig.¹³

3 Die Entwicklung der „modernen“ Zentralbank

Monarchen, Tyrannen, Regierungen, sie alle hatten ihre Zentralbank. Deren Hauptaufgabe bestand im Einsammeln der Steuern, Aufnehmen von Krediten aus dem In- und Ausland sowie in der Koordination der Ausgaben für Kriege, Handel und ähnliches. Dieses sind nicht die Aufgaben einer modernen Zentralbank. Das Aufkommen der modernen Zentralbanken fällt mit der Gründung des US Federal Reserve Systems zusammen, welches nach der Finanzkrise von 1907 in die Wege geleitet wurde.¹⁴ Nach Ausbruch des 1.

10 Die Theorie der Schulden-Deflation von *Fisher* (1933) zeigt den Mechanismus auf. Diese Theorie ist seitdem mehrmals erweitert worden, vgl. von *Peter* (2005).

11 Die Medici waren so erfolgreich im Regieren von Florenz, dass sie drei Päpste hervorbrachten und Niccolò Machiavelli sein Buch „Der Fürst“ schrieb, um die Familie zu beeindrucken. Vgl. *Ferguson* 2008.

12 Die Christliche Theologie zu jener Zeit war teilweise gegen das Erheben eines Zins. Die Wahl eines Medici zum Papst sicherte jedoch das Geschäft der Geldverleiher im Norden Italiens.

13 Wenn erwartet wird, dass die faulen Kredite in der Zukunft im Wert steigen, dann kann ein Investor bereit sein, der Bank einen Kredit zur Überbrückung der Schwierigkeiten einzuräumen. Dies passierte in Schweden in den frühen 1990ern während der skandinavischen Finanzkrise. Vgl. *Jonung* (2008).

14 Dies war nicht die erste Zentralbank in der Geschichte der USA.

Weltkriegs war die Zentralbank auch direkt in das Management des Goldstandards eingebunden.¹⁵

Der Goldstandard war das System fixer Wechselkurse, welches durch die Konvertibilität der Währungen zu Gold aufgebaut wurde. 1834 wurde der Preis des US-Dollars auf 20,67 pro Unze Gold festgelegt. In den 1870ern traten weitere Länder dem Goldstandard bei und verpflichteten sich damit, einen bestimmten Betrag ihrer jeweiligen Währung gegen eine Unze Gold zu tauschen. Dieses internationale Wirtschaftssystem schuf Wachstum und erlaubte einen relativ freien Austausch von Gütern, Kapital und Arbeitskräften. Diese Zeit war ähnlich der jetzigen Phase der Globalisierung, denn auch damals gab es Finanzkrisen.

Der Goldstandard war relevant für Zentralbanken, da er die Geldmenge beeinflusste. Da die beteiligten Währungen durch Gold gedeckt waren, führte ein Zufluss (Abfluss) an Gold zu einer Erhöhung (Senkung) der Geldmenge. Ein Export von deutschen Gütern in die USA führte zu einem Goldfluss von den USA nach Deutschland.¹⁶ Daher zogen die USA einen Teil ihrer Geldmenge aus dem Verkehr, da er nicht mehr durch Gold gedeckt war, während in Deutschland das Geldangebot ausgeweitet wurde. Das Preisniveau in den USA fiel, da weniger Geld eine leicht durch die Importe angestiegene Gütermenge kaufte. In Deutschland geschah das Gegenteil. Mehr Geld kam auf weniger Güter, was zu Inflation führte. Ein höheres Preisniveau in Deutschland und ein niedrigeres in den USA bedeutet einen Zugewinn an Wettbewerbsfähigkeit auf internationalen Märkten für die USA. Je mehr also ein Land (netto) exportierte, desto geringer wurde seine internationale Wettbewerbsfähigkeit. Das System führte zu Stabilität im Sinne von ausgeglichenen Exporten und Importen. Die fixen Wechselkurse halfen zudem Unternehmen bei der Antizipation von Erlösen auf den Weltmärkten.

Der Goldstandard wurde durch den 1. Weltkrieg gestoppt und in den 1920ern wieder aufgenommen. Dies lief nicht ohne Probleme ab. 1929 platzte eine Blase an den Aktienmärkten, was zu Bankenpleiten in den USA und anders-

15 Vgl. *Silber* (2007) zur Geschichte der Vorherrschaft des US-Dollars im internationalen Finanzsystem.

16 Die Exporteure tauschten ihre Devisen bei der Zentralbank. Die Zentralbanken untereinander bereinigten etwaige Ungleichgewichte in periodischen Abständen durch den Transfer von Gold.

wo führte.¹⁷ Zur gleichen Zeit war auch das internationale Handelssystem gestört. Die Regeln des Goldstandards wurden verletzt. Großbritannien trat zu einem sehr hohen Wechselkurs bei, was zu billigen Importen aber mangelnder Wettbewerbsfähigkeit auf der Exportseite führte. Auch andere Länder traten zu „falschen“ Kursen dem Goldstandard bei. Frankreich hatte das umgekehrte Problem: durch die Überbewertung der Währungen einiger europäischer Länder war die Exportwirtschaft überlegen, so dass mehr exportiert als importiert wurde. Dies führte zu Goldzuflüssen. Nach den Regeln des Goldstandards hätte nun die Geldmenge ausgeweitet werden müssen, um Importe zu verbilligen und Exporte zu verteuern. Frankreich weitete aber die Geldmenge nicht aus. Als Reaktion führten die USA protektionistische Maßnahmen durch, um den Abfluss von Gold nach Frankreich zu stoppen und für mehr Beschäftigung zu sorgen. Dies setzte einen Abschwung im Welthandel in Gang und fügte der Weltwirtschaft großen Schaden zu.¹⁸

In der Folge kam es zu politischem Extremismus, welcher zum 2. Weltkrieg führen würde. Um eine Wiederholung der Weltwirtschaftskrise zu verhindern, wurde bereits während des Krieges eine Neuordnung des internationalen Wirtschaftssystems geplant. Resultat waren die Institutionen von Bretton Woods: die Weltbank und der IWF.¹⁹

Der Protagonist der Konferenz von 1944 war John Maynard Keynes. In einer Veröffentlichung zwei Jahre zuvor hatte der britische Ökonom eine internationale Währungsunion vorgeschlagen, um Handel und Entwicklung anzukurbeln. Er schlug die Schaffung einer gemeinsamen Währung vor: der „Bancor“, welcher von allen Nationen als Zahlungsmittel akzeptiert werden sollte. Keynes Gegenspieler war der US Finanzminister Harry Dexter White, welcher ein System von fixen Wechselkursen vorschlug, welche nur im Falle von strukturellen Zahlungsbilanzschwierigkeiten verändert werden sollten. Dieses System basiert auf dem US-Dollar, welcher ja seinerseits an Gold gebunden war. Dieser Vorschlag setzte sich 1944 durch. Die Wechselkurse wurden fixiert, und der IWF sprang bei Liquiditätsengpässen ein, indem er teure kurzfristige Kredite an Länder in Zahlungsschwierigkeiten vergab.

17 *Friedman/Schwartz* (1971) argumentieren, dass die Weltwirtschaftskrise durch den Fall des Geldangebots verursacht wurde. Heute können wir sehen, dass selbst die Rettung des Bankensystems die Finanzkrise nicht stoppen kann.

18 Neben England und Frankreich machten auch andere Länder Fehler. Diese beiden Länder sollen hier nur als Vertreter hervorgehoben werden, sie sind keineswegs die Hauptschuldigen der Weltwirtschaftskrise.

19 Damals hieß die Weltbank noch Internationale Bank für Wiederaufbau und Entwicklung.

Das Bretton Woods System brach formell 1971 mit dem Smithsonian Agreement zusammen. Der Grund dafür lag am System selbst. Die USA erfuhr in den 1970ern steigende Handelsbilanzdefizite bei gleichzeitiger expansiver und damit inflationärer Geldpolitik. Dies drückte auf die fixen Wechselkurse und zwang die Teilnehmer, ebenfalls zu inflationieren. Internationale Kapitalflüsse reagierten auf kleine Arbitragemöglichkeiten. Dies führte zu Problemen bei den Zentralbanken, da sie Handlungen privater Akteure monetär neutralisieren sollten, um den Wechselkurs weiterhin fix zu halten. Zudem wurde die Goldbindung des US-Dollars unglaublich, und so fielen dann die fixen Wechselkurse. Seitdem haben wir flexible Wechselkurse, durch welche externen Beschränkungen durch Abwertungen aufgeweicht werden konnten. Durch diesen Systemwechsel wurde der Aufbau eines globalen Finanzmarktes möglich mit hohen Wachstumsraten und steigender Bedeutung.

Die moderne Zentralbank kümmerte sich also Anfang des 20. Jahrhunderts um Beschäftigung und Wachstum im Inland, und daher auch um Preisstabilität unter Beachtung des außenwirtschaftlichen Gleichgewichts. Nach dem Ende von Bretton Woods fiel die außenwirtschaftliche Komponente weg.

4 Finanzielle Evolution oder Involution?

Das US-amerikanische Finanzsystem Mitte der 1980er galt als spezialisiert und segmentiert. Es war wie ein Zoo, um es im Bild von Albert Wojnilower auszudrücken, in dem die Tiere in separaten Käfigen untergebracht waren um sicherzustellen, dass nicht die aggressivsten Spezies die harmlosen auffressen. Die Bankenaufsicht wollte die Fehler der 1920er vermeiden und handelte entsprechend. Finanzstabilität sollte durch die umfassenden Regulierungen des Glass-Steagall Acts entstehen, welcher die Ursachen der Weltwirtschaftskrise in der Nutzung von Immobilien als Sicherheit und in der starken Beteiligung von Banken an Unternehmen sah.

Das Gesetz erzwang die Trennung von Konsumenten- und Investmentbanken durch das Verbot für Konsumentenbanken, sich an der Finanzierung von Unternehmen der Privatwirtschaft zu beteiligen. So durften sich Konsumentenbanken nicht am Investitionsgeschäft beteiligen. Als Ausgleich waren die Einlagen ihrer Kunden nun über die Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC) versichert. Zudem durften Investmentbanken keine Konsumenteneinlagen verwalten.

Über die Zeit jedoch veränderte sich die Wahrnehmung der Regulierer und es kam zum Bush Law von 1980 und weiteren Reformen in den 1990ern. Liberalisierung, offene Käfige, waren nun gefragt, um einen darwinistischen Selektionsprozess hin zu mehr Effizienz zu ermöglichen. Der langsame Abbau des Glass-Steagall Acts sollte finanziellen Fortschritt ermöglichen. Es sollten große Finanzinstitutionen geschaffen werden, welche die enormen Kapitalzuflüsse von öl-exportierenden Ländern anlegen konnten. Der theoretische Hintergrund war der einer Effizienzsteigerung des gesamten Finanzsystems durch große Banken. Seit Beginn dieser Reformen gibt es eine Minderheit von Ökonomen, welche argumentiert, dass ein liberalisiertes und integriertes Finanzsystem schwächer und krisenanfälliger sein würde als das regulierte und segmentierte der Vergangenheit. In der neuen Welt wurde Kredit nicht mehr auf der Basis von persönlichem Vertrauen vergeben, sondern wie eine Ware gehandelt. Zentralbanken sahen sich zwei Herausforderungen gegenüber. Erstens mussten sie Kredit für einen überfüllten Markt bereitstellen, und zweitens mussten sie die Reserveanforderungen absenken um die Rentabilität und damit die Wettbewerbsfähigkeit der Banken zu erhöhen.

Diese neue Ära war voller Veränderungen, wie etwa der Verbreitung von Kreditkarten und anderen Zahlungsarten, der Deregulierung des Bankwesens und dem Aufstieg von Finanz-Imperien, dem Anwachsen des Marktes der Versicherungen von Krediten gegen Zahlungsausfälle und dem Wachstum der Märkte für diverse Derivate.²⁰

Die herrschende Meinung während dieser Zeit wurde von Alan Greenspan so ausgedrückt: „Die neuen Instrumente zur Diversifikation von Risiken hat den Banken einen großen Teil ihrer Kreditrisiken genommen und es zu Institutionen mit geringem Verschuldungsgrad verschoben, was im Vergleich zu dem vorigen Vierteljahrhundert zur Entwicklung eines flexibleren und effizienteren – und damit weniger anfälligen – Finanzsystems geführt hat.“²¹

20 Es gibt drei Möglichkeiten zur Risikoübertragung: „hedging“, welches das Risiko mindert oder ausschaltet gegen eine Beteiligung an einem möglichen Gewinn, „insurance“, welches das Risiko gegen eine Zahlung mindert oder ausschaltet, und „diversification“, bei welcher das Risiko auf verschiedene Träger aufgeteilt wird (vgl. *Bodie/Merton*, 1991).

21 Vgl. *Greenspan* 2005.

5 Geldpolitik nach Öffnung der Käfige

Die Auswirkungen einer fortgeschrittenen Liberalisierung des US Finanzsektors waren bereits Ende der 1980er zu erkennen. Der Zusammenbruch des Kommunismus erlaubte eine Liberalisierung der Weltwirtschaft. Ein liberalisiertes Finanzsystem muss in der Lage sein, die enormen Mengen an Kapital dorthin zu lenken, wo sie in einem globalisierten Markt den höchsten Nutzen und damit auch die höchste Rendite stiften, ohne dabei die Realwirtschaft in die falsche Richtung zu lenken oder sich selbst zu zerstören. Ansonsten droht eine Inflation durch den US-Dollar, welche wohl nicht einmal durch die harten Maßnahmen der Fed aus den 1980ern zu stoppen wäre. Die Liberalisierung der globalen Finanzmärkte ermöglichte einen starken Kapitalfluss nach Asien, wo er zum Erstarken der Tigerstaaten und jetzt auch China und Indien führte, unter Einsatz ausländischen Kapitals, welcher weit über dem von Japan liegt. Der Preis dieses Kapitaleinsatzes ist die Tolerierung von ausländischen Direktinvestitionen und die Öffnung der Märkte.

Das globale Finanzsystem entfesselte in Zusammenwirkung mit der Integration von einer großen Menge an neuen Arbeitskräften ein hohes Wachstum der Weltwirtschaft. Dieser Prozess hielt lange Jahre an, auch wenn die Binnennachfrage in den Entwicklungs- und Schwellenländern zugunsten von Kapitalexporten in kapitalreiche Länder schwächelte, welche entsprechend hohe Handelsdefizite aufbauten.

Im Verlauf der Veränderung des globalen Finanzsystems wurde klar, dass neue Technologien, Finanzinnovationen, Reformen der Regulierung und das Fortschreiten der Globalisierung eine Veränderung der geldpolitischen Strategie erforderte. Ein Erreichen des Hauptziels, der Bekämpfung von Inflation, erforderte starke Modifikationen der Instrumente. Die monetaristischen Ideen aus den 1980ern wurden durch die Realität überholt. Die Anpassung Wachstumsrate der Geldmenge an die der Gesamtwirtschaft war unrealistisch - in einer globalen Wirtschaft kann eine Zentralbank die Geldmenge nicht mehr kontrollieren, da sich die Unternehmen auf dem globalen Finanzmarkt Liquidität besorgen können. Nur strikte Maßnahmen wie die Zinserhöhungen auf zweistellige Werte von Paul Volcker konnten eine zunehmende Verschuldung der Unternehmen unterbinden.

Mit der Abkehr vom Monetarismus wendeten sich mehr und mehr Zentralbanken der Strategie des Inflationsziels zu. Diese Strategie war nicht neu, und auch nicht deren theoretische Grundlage. Die meisten Ideen stammen aus

dem Werk „Geldzins und Güterpreise“ (1898) von Knut Wicksell. Der Hauptgedanke ist, dass die Zentralbank über Variationen des Zinses die Inflation steuern kann. Sind die Zinsen relativ niedrig, so wird viel investiert, die Nachfrage steigt und es kommt zu Inflation. Andersherum führen relativ hohe Zinsen zu einer Stagnation der Investitionen und schlussendlich zu sinkender Inflation. Wird ein bestimmtes Zinsniveau getroffen, so dass keine Veränderung des Preisniveaus resultiert, spricht man vom „natürlichen“ Zins, bei welchem Ersparnis und Investition mengenmäßig identisch sind und weder Sparer noch Investoren unbefriedigt bleiben (Leijonhufvud, 2009).

In der momentanen makroökonomischen Literatur wird viel Zeit und Mühe auf die Optimierung einer sog. Taylor-Regel verwandt, welche auf Wicksellianischer Theorie basiert. Es handelt sich um eine inverse Beziehung von Zinssatz und Inflationsrate, wie bereits erwähnt. Nach herrschender Meinung ist es dann Aufgabe einer Zentralbank, lediglich ein Inflationsziel bekannt zu geben und dieses dann über Veränderungen des Zinssatzes zu verfolgen.

6 Wo hat die Geldpolitik versagt?

Auch wenn die Theorie der Makroökonomik davon ausgeht, dass die Höhe des „natürlichen“ Zinssatzes bekannt ist, so ist doch angewandte Geldpolitik normalerweise adaptiv.²² Der Entscheidungsträger erkennt die Richtigkeit des Marktzinssatzes anhand der entstehenden Veränderung des Preisniveaus im Vergleich zum Inflationsziel und kann dann den Marktzinssatz nachjustieren (Leijonhufvud, 2008). Das Problem bei einem Inflationsziel ist, dass eine konstante Inflationsrate manchmal keinen Hinweis darauf gibt, ob die Geldpolitik richtig liegt oder nicht. Trotz des Erfolges vieler Zentralbanken im Erreichen und Halten eines niedrigen Inflationsziels über die letzten Jahr-

22 Trotz der fundamental wichtigen Rolle des „natürlichen“ Zinses war Wicksell selbst von der Wirksamkeit einer derart durchgeführten Geldpolitik nicht überzeugt. John Maynard Keynes war noch kritischer und stellte selbst die Existenz eines einzigen optimalen Zinssatzes in Frage (Keynes, 1937). Milton Friedman basierte seine natürliche Rate der Arbeitslosigkeit auf dem „natürlichen“ Zinssatz in seiner „Presidential Adress“ (Friedman, 1968), wies aber darauf hin, dass darauf basierende Geldpolitik fehlerhaft sein kann. Selbst wenn wir die Kritik an der Verwendung vom „natürlichen“ Zins ausblenden, so bleibt doch eine Vernachlässigung der Zentralbanken in der Informationsgewinnung zur Feststellung eben dieses Zinssatzes festzustellen. Eine rasch wachsende Literatur hat erkannt, dass falsche Informationen das System destabilisieren können (Orphanides/Williams, 2002, 2006; Primiceri, 2006). Das Risiko dabei liegt nicht nur in der Verhinderung einer Stabilisierung der Ökonomie, sondern auch im Einschwenken auf einen sub-optimalen Wachstumspfad (Tamborini, 2006).

zehnte argumentieren Kritiker, dass dies nicht durch die Fähigkeit der Zentralbanker sondern durch eine spezielle historische Konstellation in der Weltwirtschaft zustande gekommen ist. Inzwischen ist klar, dass die US-amerikanische Zentralbank den Zinssatz lange Jahre unter dem „natürlichen“ Zins gehalten hat und damit eine expansive Geldpolitik durchgeführt hat, während der Kontakt mit den Märkten verloren ging. Wenn aber die Welt mit Liquidität in US-Dollars überschwemmt wurde, wo blieb die Inflation?

Es gibt mehrere Erklärungen die sich teilweise ergänzen. Erstens sorgte die Integration von China in die Weltwirtschaft mit Hunderten von Millionen von billigen Arbeitskräften für Druck auf die realen Preise und Löhne. Zweitens sorgten viele Zentralbanken durch ihre jeweilige Geldpolitik für fast stabile Wechselkurse.²³ Dies sorgte für stabile Importpreise in den USA und durch die Konkurrenzsituation mit US-amerikanischen Produkten für allgemein stabile Preise.

Die dauerhafte Koexistenz von einem nicht nachhaltigen Boom auf den Kredit- und Vermögensmärkten auf der einen und niedriger und weiter zurückgehender Inflation auf Güter- und Dienstleistungsmärkten andererseits kann durch eine Vielzahl von Faktoren erklärt werden. Der Hauptgrund ist die Verknüpfung von günstigen Entwicklungen auf der Angebotsseite (welche die Preise niedrig hielten) und eines Booms auf den Vermögensmärkten (bedingt durch besseren Zugang zu externer Finanzierung und einer zu optimistischen Beurteilung von Risiken).²⁴ Die Kombination steigender Preise auf Vermögensmärkten, starkem Wirtschaftswachstum und niedriger Inflation kann zu übermäßig optimistischen Einschätzungen der wirtschaftlichen Lage führen, welche ihrerseits zu Preisanstiegen auf Vermögensmärkten führen,

23 China nahm einen Anstieg der Dollarreserven in Kauf um die Exportindustrie anzukurbeln, Russland wollte sich gegen eine Aufwertung des Rubels und ein folgendes „Dutch Disease“ schützen und andere Länder handelten nach der Devise „a few millions a day keeps the IMF doctors away“ (*Leijonhufvud*, 2007).

24 Andere relevante Faktoren könnten die erfolgreiche Implementierung der Stabilisierungsprogramme Ende der 1970er sein, welche Inflationserwartungen niedrig hielten und in der Folge zu weniger Inflation führten. Diese Art von Umgebung führt zu generellem Optimismus über zukünftiges Wachstum, welches einen Boom in Konsum und Verschuldung der Konsumenten auslösen kann, oft verknüpft mit Zuflüssen von ausländischem Kapital. Steigende Preise auf Vermögensmärkten steigen dabei meist und verstärken den Boom der Kreditvergabe. Eine weitere Schlüsselrolle könnte die Glaubwürdigkeit der Zentralbank in Bezug auf das Inflationsziel gespielt haben. Durch die Verankerung von niedrigen Inflationserwartungen und daraus entstehender Stabilität von Preisen und Löhnen kann inflationärer Druck, welcher normalerweise bei nicht nachhaltigem Wachstum der Nachfrage entsteht, weggenommen werden.

die nicht durch die originäre Verbesserung der Produktivität gedeckt sind. So kann ein sich selbst verstärkender Boom entstehen, getrieben durch steigende Preise auf Vermögensmärkten und aufrecht erhalten durch optimistische Erwartungen. Während der Anstieg der Nachfrage inflationstreibend wirken kann, so kann dies durch eine stetig steigende Produktivität auf der Angebotsseite kompensiert werden.

In dieser Situation kann selbst eine adaptive Taylor-Regel versagen: wie wir oben erklärt haben, entdeckt die Zentralbank erst durch eine Veränderung in der Inflationsrate, ob der gewählte Zinssatz zu hoch oder zu niedrig war im Vergleich zum „natürlichen“ Zinssatz, und kann erst dann ihre Politik anpassen. Diese essentielle Rückkopplung kann jedoch durch Ersparnis-Investitions Ungleichgewichte kurzgeschlossen werden. Das Problem von Inflationszielen unter heutigen Bedingungen ist, dass eine konstante Inflation keine Informationen mehr darüber gibt, ob der gewählte Zinssatz optimal ist oder nicht. Ein falscher Zinssatz führt zudem zu einem weiteren Anwachsen der finanziellen Ungleichgewichte. Nichtsdestotrotz reicht eine Veränderung der Erwartungen über die zukünftige wirtschaftliche Situation aus, um den Prozess umzukehren und das System in eine tiefe Krise zu stürzen.

7 Was in den USA passiert: ein kurzer Überblick

Es ist weithin bekannt, dass das Herz des US-amerikanischen Kapitalismus in der Wall Street schlägt: die Bedeutung des Aktienmarktes für die US-Wirtschaft ist größer als in den meisten anderen Ländern. Etwa die Hälfte der US-Amerikaner besitzt Aktien. Allerdings handeln nur wenige selber, meist sind sie indirekt am Handel beteiligt über das Sozialsystem, welches hauptsächlich aus privaten Rentenfonds besteht. Das US-amerikanische System begünstigt Finanzierung mit Kapital über Aktienmärkte. Wenn allerdings Aktienkurse fallen, greifen die Firmen lieber auf Bankkredite zurück, um neue Investitionen zu finanzieren.

Die Inflation war während der letzten Jahre nahezu konstant, wie wir oben gesehen haben, was die Federal Reserve Bank zur Beibehaltung ihrer Zinspolitik bewegte. Dadurch klappte eine immer größere Schere zwischen Marktzins und „natürlichem“ Zins, welche zu einem Boom auf dem Aktien- und Immobilienmarkt führte. Wissentlich oder unfreiwillig bewahrte die Geldpolitik in den letzten Jahren die Vermögenswerte vor einem Kollaps. Diese Niedrigzinspolitik wurde von vielen Ökonomen als zu großzügig kritisiert,

weil sie die Aktienkurse an der Wall Street künstlich hoch hielt. Profitiert haben von dieser Strategie die großen Investmentbanken, die ein Schattenfinanzsystem jenseits der Regulierungen aufbauten. Dieses System basierte auf den innovativen Produkten, welche von Mathematikern und Physikern mithilfe komplexer Programme entwickelt wurden.²⁵

Der Wendepunkt kam mit der Umkehr der Geldpolitik durch Alan Greenspan 2004. Bei den Aktienkursen war das Ende der Fahnenstange erreicht, und über zukünftige Geldpolitik herrschte allgemeine Unsicherheit. Banken versuchten sich gegen Kreditrisiken zu versichern, vor allem bei Immobilienkrediten. Das Hauptinstrument war die Versicherung von Kreditrisiken, die sogenannte „securitization“.²⁶

Seit 2005 ist der Markt für Versicherungen für Kreditrisiken (sog. CDS) auf das sechzigfache angewachsen. Viele der Versicherungen wurden nur aus Spekulationsgründen gekauft. Die Firma AIG, zusammen mit JP Morgan, Goldman Sachs sowie Bear Stearns, war das Zentrum dieses Marktes. Seit 2004 befürchteten die Marktteilnehmer ein Ende der für sie goldenen Zeiten, aber es war zu schwer, den Umfang des Marktes für immer kompliziertere Produkte zu reduzieren, die sehr profitabel und auch gut nachgefragt waren. Daher wurden weitere Transaktionen durch weitere, teilweise mehrfache, Versicherungen abgesichert. Damit überzeugten sich die Firmen gegenseitig und auch ihre Kunden, dass im Zweifelsfall alle Risiken abgesichert wären. An diesem Punkt versagte das Modell.

In der Realität legten die Firmen ihre Profite an, indem sie die sichersten Tranchen verschiedenster Kredite kauften, welche von spezialisierten Finanzfirmen angeboten und von Ratingagenturen bewertet wurden. Diese Ratingagenturen mussten nach Ausbruch der Krise im sub-prime Sektor der Immobilienkredite ihre Bewertungen für die vorher als sicher angepriesenen Produkte herunterstufen. Dies führte zu Zahlungen der Kreditversicherer, welche plötzlich viel Kapital brauchten, um ihren Verpflichtungen nachzukommen. AIG geriet in Schwierigkeiten, JP Morgan und Goldman Sachs gründeten einen US-\$ 75 Mrd. schweren Rettungsfonds, aber der Absturz der Aktienkurse führte zu einem erhöhten Kapitalbedarf bei JP Morgan und Goldman Sachs selbst.

²⁵ Vgl. *Mandelbrot/Hudson* 2004 oder *Taleb* 2008.

²⁶ Hier tat sich besonders AIG hervor, welche im September 2008 durch eine Injektion von US-\$ 79 Mrd. durch die Federal Reserve Bank gerettet werden musste.

Das Rätsel der fehlenden Inflation spielte eine zentrale Rolle beim Abdriften der Geldpolitik in eine falsche Richtung (Mazzocchi, 2009). Die herrschende Meinung in Bezug auf Geldpolitik und Finanzmarktstabilität wird von Michael Bordo et al. (2000) folgendermaßen zusammengefasst: „Ein monetäres Regime welches Preisstabilität erzeugt, wird, als ein Beiprodukt, auch Finanzmarktstabilität fördern“. Während die empirische Evidenz weitgehend konsistent ist mit der Idee, dass monetäre Instabilität auch finanzielle Instabilität verursachen kann, kann die Interpretation dieser Evidenz unter einem anderen Gesichtspunkt kritisiert werden. Und zwar ist es kein Beweis dafür, dass weder unerwartete Änderungen in der Inflationsrate noch Ersparnis-Investitions Ungleichgewichte nicht in einer Umgebung mit niedriger und stabiler Inflation entstehen können. Die letzten Episoden mit Überinvestitionen, so wie die „New Economy“ Blase um die Jahrtausendwende und die Immobilienblase in den letzten Jahren sind dafür Beweis genug.

8 **Schlussteil**

In diesem Artikel haben wir die Rolle einer Zentralbank in einer modernen Ökonomie vorgestellt. Wir haben gesehen, wie Geldpolitik und generell die Politik einer Zentralbank stark von den ökonomischen und finanziellen Bedingungen beeinflusst wird. Zentralbanken haben in einer sich ständig wandelnden Welt immer eine ausgeprägte Lernfähigkeit bewiesen. Durch die Notwendigkeit, mit Politik schnell auf neue Herausforderungen zu reagieren, waren sie der makroökonomischen Theorie oft etwas voraus.

Wir haben festgestellt, dass in den letzten 15 Jahren die US-amerikanische Zentralbank eine übermäßige Liquidität bereitgestellt hat, vor dem Hintergrund stabiler und niedriger Inflation. Während dieser Zeit wurde jedoch etwas voreilig das Ende der Knappheit beschworen. Dies geschah vor dem Hintergrund der Globalisierung von Güter- und Finanzmärkten, welche von einer „free market“ Rhetorik begleitet wurde, die ein Ende der Wachstums-schranken beschwor und eine immer weiter steigende Effizienz als Wachstumsmotor sah. Einige Ökonomen waren der Meinung, dass die Märkte keine regulierenden Institutionen von außen bräuchten, da sie sich solche selber aufbauen würden, um ein Fortbestehen des Marktes zu garantieren.²⁷

27 Vgl. *Friedman/Schwartz* 1980.

Dieser Gedanke wurde inzwischen falsifiziert. Institutionen waren für die Märkte von zentraler Bedeutung. Das nach der Reform einiger Institutionen entstandene perpetuum mobile lief einige Jahre gut, und ließ viele an weitere gute Jahre glauben, entpuppte sich aber spätestens 2007 als simples Karussell. Die stark steigenden Preise für Rohstoffe, vor allem Öl, zeigten deutlich, dass externe Beschränkungen noch immer greifen. Unsicherheit machte sich breit und war durch keine Finanzwette mehr zu bekämpfen. Unablässig musste nun der Staat schwerwiegend in die Wirtschaft eingreifen. Neue Institutionen wurden geschaffen, aber nicht wie vorhergesagt vom Markt, sondern vom Staat. Die durch marktendogene Institutionen verloren gegangene Stabilität sollte so zurückerlangt werden.²⁸

Bis heute haben wir noch keine Umkehr hin zur staatlich kontrollierten Ökonomie der 1930er gesehen, eher noch werden vermeintlich liberale Ideen institutionalisiert: Private Agenten dürfen tun und lassen was sie wollen und haben ein Recht auf Rettung, wenn sie gegen eine Wand laufen oder in den Abgrund stürzen. Freiheit zu Handeln, aber ohne das Risiko der Verantwortung für Fehler – eine pervertierte Version des alten Liberalismus, welche langfristig nicht bestehen kann.

Vor diesem Hintergrund reden Ökonomen und Politiker über Fehler im internationalen Finanzsystem und schlagen institutionelle Reformen vor. Sie wollen eine Art neues Bretton Woods System für die größten Ökonomien.²⁹ Radikale Reformen sollen auch die Transparenz erhöhen, welcher die Teilnehmer der Finanzmärkte momentan nicht ausgesetzt sind. Weitere Vorschläge sind eine Überholung der Regulierung der Ratingagenturen, das Einsetzen eines Überwachers der größten Finanzfirmen, das Einbinden des IWF als Überwacher der Finanzmarktstabilität und der Schnittstelle von Güter- und Finanzmärkten.

Wie schon im ersten Bretton Woods Abkommen schreitet Großbritannien im Verein mit den USA voran, welches den Bestand des eigenen Finanzsektors als Zentrum der globalen Kapitalströme gefährdet sieht. Auf der anderen Seite sehen die EU, China, Japan und Indien keinen Nutzen im Beibehalten der jetzigen Architektur des Weltfinanzsystems und bevorzugen ein System, in welchem die Last auf mehrere Schultern und damit Währungen verteilt wird.

28 Ein Beispiel wären die Ratingagenturen und der Zwang zur Haltung von Kapitalreserven, welcher nach Aufforderung der Großbanken an die Regulatoren erfolgte.

29 So gefordert auf dem Gipfel der Finanzminister der G8 in Rom im Februar 2009.

Obwohl der Dollar-Standard klar in der Krise ist, sieht es nach einer Wiederholung der Geschichte aus, welche ihren Vorgänger im Bretton Woods System hat: die USA beharren auf dem US-Dollar als Leitwährung, Großbritannien startet die Verhandlungen, die Europäer werden durch Schmeichelei und Blendung gespalten und stimmen letztendlich einem System zu, in welchem der US-Dollar weiterhin die tragende Rolle als Ankerwährung spielt. Ein solches System würde die Fehler des ersten beinhalten und die Welt weiter destabilisieren. Es scheint, als könnte nur ein neuer Keynes, vielleicht mit mehr Glück und mehr politischem Einfluss als der erste, dieses Szenario stoppen.³⁰

Literatur

Bodie, Zvi; Merton, Robert C.: Finance. New Jersey 1998.

Bordo, Michael D.; Dueker, Michael J.; Wheelock, David C.: Aggregate Price Shocks and Financial Instability: A Historical Analysis, *Economic Inquiry*, 40 (2002), 521-538.

Bower, Archibald; Campbell, John; Psalmanazar, George; Sale, George; Shelvocke, George: An universal history, from the earliest account of time. London 1747-68.

Ferguson, Niall: The ascent of money: a financial history of the world. London 2008.

Fisher, Irving: The debt deflation theory of great depressions. *Econometrica*, 1, 4 (1936), 337-357.

Friedman, Milton: The Role of Monetary Policy, *American Economic Review*, 58 (1968), 1-17.

Friedman, Milton; Schwartz, Anna J.: Free to choose. New York 1980.

Greenspan, Alan: Speech at the Symposium sponsored by the Federal Reserve Bank of Kansas City. 2005.

International Monetary Fund: World Economic Outlook, October 2008. Washington D.C.

Jonung, Lars: Lessons from Financial Liberalization in Scandinavia. *Comparative Economic Studies* 50 (2008), 564-598.

³⁰ Vgl. Stiglitz, 2006.

- Keynes, John Maynard*: The General Theory of Employment, Quarterly Journal of Economics 14 (1937), 109-123.
- Leijonhufvud Axel S. B.*: So far from Ricardo, so close to Wicksell. manuscript, University of Trento 2007.
- Leijonhufvud Axel S. B.*: Keynes and the Crisis. CEPR-Policy Insight No 23/2008.
- Leijonhufvud Axel S. B.*: Fixing the crises: Two systemic problems. Vox-EU.org. 2009.
- Mandelbrot, Benoit; Hudson, Richard*: The (mis)behavior of markets: A fractal view of risk, ruin and reward. New York 2004.
- Mazzocchi, Ronny*: *Endogenous Capital Stock in a Neo-Wicksellian Model*, mimeo. Trento 2009.
- Orphanides, A.; Williams, J. C.*: Robust Monetary Policy Rules with Unknown Natural Rates, Brookings Papers on Economic Activity 2, 63-118, 2002.
- Orphanides, A., Williams; J. C.*: Inflation Targeting Under Imperfect Knowledge. CEPR Discussion Paper Series 5664, 2006.
- Primiceri, G.*: Why Inflation Rose and Fell: Policy-Makers Beliefs and U.S. Postwar Stabilization Policy. In: Quarterly Journal of Economics, 121 (2002), 867-901.
- Silber, William L.*: When Washington Shut Down Wall Street: The Great Financial Crisis of 1914 and the Origins of America's Monetary Supremacy, Princeton 2007.
- Stiglitz, Joseph E.*: Making Globalization Work. New York 2006
- Taleb, Nassim Nicholas*: The black swan: the impact of the highly improbable, London 2007.
- Tamborini Roberto*: Back to Wicksell? In search of the foundations of practical monetary policy, Discussion paper, n.2/2006, University of Trento, Department of Economics
- Tamborini, Roberto*: Are we all Wicksellian now?, RGE's Europe Econo-Monitor, 2008.
- Tilden, Freeman*: A world in debt, New York 1936.

von Peter, Goetz: Debt-deflation: concepts and a stylized model. Bank for International Settlements Working Paper 176/2005.

Wicksell, Knut: Geldzins und Gueterpreise. Eine Untersuchung uber die den Tauschwert des Geldes bestimmenden Ursachen, Jena 1898.

European citizenship

1 Vom Marktbürger zum Unionsbürger

Die Einführung der Unionsbürgerschaft ist das Ergebnis einer über 20 Jahre andauernden Entwicklung, welche ihren vorläufigen Abschluss in dem Vertrag von Maastricht fand.

Die wirtschaftliche Ausrichtung der vorangegangenen europäischen Verträge sah keine direkte Einbindung der Bürger in das Regelwerk vor; dennoch hatten die verschiedenen Gemeinschaften stets einen Einfluss auf die zivile Bevölkerung der Mitgliedstaaten. Mit dem Abschluss des Vertrages über die europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag) prägte sich auch der Begriff des Marktbürgers.¹ Der Marktbürger sollte an der Vergemeinschaftung Europas nur rein ökonomisch teilhaben. So wurde zum Beispiel gerade nicht explizit dem Bürger, sondern dem Produktionsfaktor Arbeit Freizügigkeit gewährt.²

Dieses Gedankenbild wurde erst durch die Leitentscheidung³ des EuGH geändert, in der dieser feststellte, dass der Einzelne ebenfalls Rechtssubjekt der Gemeinschaft ist und deswegen das unabhängige Gemeinschaftsrecht dem Einzelnen neben Pflichten auch Rechte verleihen soll.⁴

Politisch ist dieser Gedanke unter der Bezeichnung „Europa der Bürger“ 1969 auf der Haager Gipfelkonferenz aufgenommen worden. Die Initiative hatte neben der Stärkung der Rechte der Bürger auch das Ziel diesen einen Europäischen Grundgedanken zu vermitteln. Dadurch sollte eine Identifizierung der Bürger mit Europa erreicht werden und dem Gefühl ein Europa „aufgesetzt“ zu bekommen entgegengewirkt werden.⁵

In diesem Zusammenhang gab es 1974 konkretere Vorschläge zur Umsetzung der Idee des Europas für die Bürger. Zunächst sollte eine Passunion ins

1 Zum Begriff des Marktbürgers: *Ipsen/Nicolaysen*, NJW 1964, S.339 (340).

2 *Callies*, EuR 2007, S. 7 (10).

3 EuGH, Rs. 26/62, Urt. v. 5.2.1963, Slg. 1963, I (1 ff.), van Gend & Loos.

4 EuGH, Rs. 26/62, Urt. v. 5.2.1963, Slg. 1963, I (1 ff.), van Gend & Loos.

5 *Callies*, EuR 2007, S. 7 (11).

Leben gerufen werden, wobei der Pass zwar auch weiterhin als nationales Dokument ausgegeben werden, dennoch aber eine gewisse identitätsstiftende Bindung an die Gemeinschaft erzeugen sollte.⁶ Weitere Überlegungen diesbezüglich sahen den Ausbau der Freizügigkeit durch einen schrittweisen Abbau der Grenzkontrollen an den Binnengrenzen sowie die gegenseitige Anerkennung von Universitätsabschlüssen und die Förderung von Austauschprogrammen vor.⁷ Diese Entwicklungen gaben den Ausschlag für einen Richtlinienvorschlag der Kommission im Jahre 1979⁸ über ein allgemeines Aufenthaltsrecht der Gemeinschaftsangehörigen in den anderen Mitgliedstaaten, welcher jedoch nie angenommen wurde.

Es dauerte noch bis 1984, bis sich der Europäische Rat wieder dem Gedanken zuwandte ein Europa der Bürger zu schaffen. Insoweit ist es auch nicht verwunderlich, dass der 1985 vorgelegte Abschlussbericht des Adonnio-Ausschusses⁹ an erster Stelle die Forderungen nach Freizügigkeit für die Bürger der Gemeinschaft sowie nach Ausweitung der Aufenthaltsmöglichkeiten hatte.

Fast zeitgleich hierzu verabschiedete das Europäische Parlament 1984 den sog. Spinelli-Vertragsentwurf¹⁰ zur Gründung der Europäischen Union, in dem zum ersten Mal der Begriff der Unionsbürgerschaft erwähnt wurde.¹¹

Es dauerte noch bis 1987, bis sich das Europa der Bürger von einer politischen Idee zu einem Begriff des geltenden Gemeinschaftsrechts entwickelt hatte.¹² Dies wurde 1989 vom EuGH dahingehend gestützt, dass er feststellte, dass die Verwirklichung eines Europas der Bürger zu den allgemeinen Zielen der Gemeinschaft gehöre.¹³ Im gleichen Jahr legte die Kommission neue Richtlinienvorschläge vor, welche Aufenthaltsrechte für nicht wirtschaftlich tätige Personen vorsahen. Die Annahme dieser Vorschläge durch den

6 *Callies*, EuR 2007, S. 7 (11).

7 *Callies*, EuR 2007, S. 7 (12).

8 Richtlinienvorschlag über das Aufenthaltsrecht der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates vom 31.07.1979, ABl.1979 C 207/14.

9 Benannt nach dem italienischen Vorsitzenden Pietro Adonnio.

10 Benannt nach Altiero Spinelli.

11 Art. 3 Vertragsentwurf zur Gründung der Europäischen Union, Amtsblatt Nr. C 122 vom 20/05/1985 S. 0090.

12 Vgl. Art. 2 iv Beschluss des Rates vom 15.06.1987 über ein gemeinschaftliche Aktionsprogramm zur Förderung der Mobilität von Hochschulstudenten (ERASMUS), 87/327/ EWG, ABl. 1987, L166/20.

13 EuGH, Urt. v. 30.5.1989, ABl 1989, 1425 (1425).

Ministerrat erfolgte 1990, nachdem sich im Kontext des Vertrages von Maastricht die Ansicht durchgesetzt hatte, dass die Gemeinschaft die Kompetenz zur Regelung der Freizügigkeit auch von nicht erwerbstätigen Gemeinschaftsangehörigen hat.¹⁴

Die konkrete Idee einer „Europabürgerschaft“ wurde vom Europäischen Rat aber erst Ende 1990, anlässlich der Verhandlungen über eine die Wirtschafts- und Währungsunion ergänzende Politische Union, wieder aufgenommen.¹⁵

Diese Entwicklung führte zu der Einführung der Unionsbürgerschaft im Rahmen der Vorschriften des Europäischen Gemeinschafts Vertrages.¹⁶

2 Status Quo

Die Ausgestaltung der Unionsbürgerschaft im Vertrag von Maastricht stellt keineswegs das Ende dieser Entwicklung dar, sondern bezeichnet vielmehr eine Station in dieser Entwicklung, die über den Vertrag von Amsterdam¹⁷ und den Vertrag von Nizza¹⁸ bis heute andauert.

Die Unionsbürgerschaft soll die Rechte und Interessen der Angehörigen der Mitgliedstaaten stärker schützen und dadurch die europäische Integration fördern. Dadurch soll eine zusätzliche Loyalität gegenüber der EU geschaffen werden, ohne dabei die Offenheit für eine weitere Entwicklung und Ergänzung der Unionsbürgerschaft zu verlieren.

2.1 Unionsbürgerschaft

Der Unionsvertrag von Maastricht hat in den EG-Vertrag die Unionsbürgerschaft eingeführt.¹⁹ Diese knüpft direkt an die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats an.²⁰ Die Unionsbürgerschaft setzt somit den Besitz der Staatsangehörigkeit eines der Mitgliedstaaten der Europäischen Union voraus²¹ und ist daher im Hinblick auf ihren Erwerb und Verlust automatisch

14 Callies, EuR 2007, S. 7 (13).

15 Callies, EuR 2007, S. 7 (13).

16 Vertrag von Maastricht in der Fassung vom 29.7.1992, ABl. Nr. C 191.

17 Einfügung von Art. 17 Abs.1 Satz 3 und 21 Abs. 3 EGV.

18 Änderungen des Art. 18 Abs. 2 EGV, Einfügung Art. 18 Abs. 3 EGV.

19 Vgl. Art.17 EGV.

20 Herdegen, Europarecht, 2008, S. 242.

21 Art. 17 Abs. 1 Satz 2 EGV.

und zwingend mit der mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit verbunden. Ein selbständiger Erwerb der Unionsbürgerschaft, durch Angehörige von Drittstaaten, ist daher nicht möglich.²²

Träger der Unionsbürgerschaft sind also die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten als natürliche Personen. Dass es sich bei Unionsbürgern um natürliche Personen handeln muss, ergibt sich schon aus dem allgemeinen Zweck in einem Europa der Bürger, eine persönliche Loyalität der Unionsbürger gegenüber der Union zu schaffen.²³

Juristische Personen sind hiervon jedoch nicht vollständig ausgenommen, so dass einzelne der den Unionsbürgern gewährleisteten Rechte auf juristische Personen, die ihren satzungsmäßigen Sitz in einem der EU-Mitgliedstaaten – und damit eine enge Verbindung zum Mitgliedstaat – haben, ausgeweitet worden sind.²⁴

Bemerkenswert ist im Zusammenhang mit der Entwicklung eines Europas der Bürger die Tatsache, dass die Unionsbürgerschaft die nationale Staatsbürgerschaft nicht ersetzt, sondern diese nur ergänzt.²⁵ Dabei handelt es sich quasi um eine In-sich-Beschränkung bezüglich der Weiterentwicklung der Unionsbürgerschaft.

Grundlegendes Ziel der Unionsbürgerschaft sollte die Ausstattung des Einzelnen mit Rechten sein, so dass jetzt die Unionsbürger die insgesamt im EG-Vertrag vorgesehenen Rechte haben. Für die Ausgestaltung der Unionsbürgerschaft wird das gesamte primäre und sekundäre Gemeinschaftsrecht erfasst. Als Kernbestand finden sich in den Artikeln 17 ff. EGV solche Rechte, die in einem Staat regelmäßig nur den eigenen Angehörigen vorbehalten sind; insbesondere das Recht auf Freizügigkeit, politische Wahlrechte, diplomatischen Schutz und ferner das Petitionsrecht, welches die Anrufung des Bürgerbeauftragten und das Auskunftsrecht gegenüber Gemeinschaftseinrichtungen beinhaltet. Explizite Pflichten des Unionsbürgers sind im Vertrag nicht enthalten. Allgemein sind jedoch die Unionsbürger verpflichtet, das Gemeinschaftsrecht und dessen Grenzen zu beachten.²⁶

22 *Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), Die Unionsbürgerschaft, 2003, S. 383, Rn. 26.

23 *Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), Die Unionsbürgerschaft, 2003, S. 384, Rn. 29.

24 So das Petitionsrecht zum EU – Parlament (Art. 21 Abs.1, 194 EGV) und das Recht zur Anrufung des Bürgerbeauftragten.

25 Art. 17 Abs. 1 Satz 3 EGV.

26 *Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), Die Unionsbürgerschaft, 2003, S. 385, Rn. 30.

2.2 Freizügigkeit

Das in Art. 18 EG-Vertrag gewährleistete Recht, sich im Hoheitsbereich der Mitgliedstaaten aufzuhalten und frei zu bewegen, stellt eines der Rechte dar, welche dem Unionsbürger zustehen.²⁷

Die Freizügigkeit der Unionsbürger wird damit von einer spezifischen wirtschaftlichen Zwecksetzung abgekoppelt, wie sie der Inanspruchnahme der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit oder auch der aktiven Dienstleistungsfreiheit zugrunde liegen.²⁸

Beschränkungen der allgemeinen Freizügigkeit sind möglich, müssen aber – wie bei den Grundfreiheiten – eng ausgelegt werden. Nähere Bestimmungen hierzu finden sich im sekundären Gemeinschaftsrecht.²⁹

Artikel 18 EGV soll zwar nur die Freizügigkeit der Unionsbürger ohne wirtschaftlichen Bezug regeln, hat aber eine Auslegung erfahren, die ihm in Verbindung mit dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 12 EGV eine besondere Dynamik verleiht. Hierbei sticht besonders die Möglichkeit, Ansprüche auf Sozialleistungen zu haben, heraus.³⁰

2.3 Wahlrecht

Ein weiteres Recht der Unionsbürger findet sich in den Bestimmungen des Artikels 19 EGV, die jedem Unionsbürger die Möglichkeit geben, das aktive und passive Kommunalwahlrecht unter den gleichen Bedingungen wie die Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaates auszuüben. Des Weiteren hat jeder Unionsbürger, der seinen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat, das aktive und passive Wahlrecht bei den Wahlen zum Europäischen Parlament, ebenfalls zu identischen Bedingungen.³¹

Das Recht, an Wahlen sowohl auf kommunaler als auch auf europäischer Ebene in einem anderen als dem eigenen Mitgliedstaat teilzunehmen dient der politischen Integration der Unionsbürger im Aufenthaltsstaat. Indem es eine Differenzierung der Unionsbürger nach ihrer Staatsangehörigkeit in diesem traditionell den eigenen Staatsangehörigen vorbehaltenen Bereich

27 *Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), Die Unionsbürgerschaft, 2003, S. 386, Rn. 1.

28 *Herdegen*, Europarecht, 2008, S. 243.

29 Siehe Freizügigkeitsrichtlinie 2004/ 38/EG, ABl. 2004, L158, S.77.

30 Ausführlich: *Herdegen*, Europarecht, 2008, S. 244.

31 *Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), Die Unionsbürgerschaft, 2003, S. 394, Rn. 6-7.

nicht mehr zulässt, trägt es zu Überwindung der abgrenzenden Funktion der Staatsangehörigkeit und zur Entwicklung einer gemeinsamen politischen Identität innerhalb der Europäischen Union bei.³²

2.4 Diplomatischer und konsularischer Schutz

Die Unionsbürger genießen darüber hinaus, in einem Drittstaat, in dem ihr Herkunftsland nicht vertreten ist, den diplomatischen und konsularischen Schutz eines jeden Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaft, welches eine Botschaft oder ein Konsulat in diesem Drittstaat betreibt.³³

Die Norm beinhaltet neben den speziellen Rechten für alle Unionsbürger die besondere Verpflichtung für alle Mitgliedstaaten, diesen diplomatischen oder konsularischen Schutz zu gewähren, falls er gefordert wird.³⁴ Besondere Bedeutung kommt Art. 20 EGV daher im Hinblick auf das Unionsziel zu, die europäische Identität und Solidarität auch im Aussenbereich zu festigen.³⁵

2.5 Petitions-, Beschwerde-, Korrespondenzrecht

Art. 21 Abs. 1 EGV gewährleistet in Verbindung mit Art. 194 EGV das Petitionsrecht zum Europäischen Parlament (EP). Demzufolge hat jeder Bürger der Union sowie jede natürliche oder juristische Person mit Wohnort oder satzungsmäßigem Sitz in einem Mitgliedstaat der EU das Recht, sich allein oder zusammen mit anderen Bürgern oder Personen in Angelegenheiten, die in die Tätigkeitsbereiche der Gemeinschaft fallen und die ihn oder sie zugleich unmittelbar betreffen, an das EP zu wenden und damit außerhalb der sonstigen formalisierten Rechtswege berechnigte Beschwerden geltend zu machen.³⁶

Neben dem Petitionsrecht haben Unionsbürger im Falle einer Beschwerde die Möglichkeit, sich an den Europäischen Bürgerbeauftragten zu wenden. Auch zu den Aufgaben des Bürgerbeauftragten gehört die Überprüfung von etwaigen Missständen bei der Tätigkeit der Organe oder Institutionen der Gemeinschaft.³⁷

32 *Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), Die Unionsbürgerschaft, 2003, S. 395, Rn. 8.

33 *Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), Die Unionsbürgerschaft, 2003, S. 402, Rn. 7.

34 *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2009, S. 409, Rn. 6 ff.

35 *Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), Die Unionsbürgerschaft, 2003, S.401, Rn. 4.

36 *Breitenmoser/Huscher*, Europarecht, S.193, Rn. 435.

37 *Breitenmoser/Huscher*, Europarecht, S.194, Rn. 438-444.

Darüber hinaus enthalten die Bestimmungen des Artikels 21 EGV in Absatz 3 das Recht, bei Ersuchen und Anfragen an die Gemeinschaftsorgane sowie den Bürgerbeauftragten, Auskunft in der eigenen Gemeinschaftssprache zu bekommen.

Alle drei Rechte dienen der mit dem Vertrag von Maastricht eingeleiteten neuen Stufe der Integrationsentwicklung, in der die Entscheidungen möglichst offen und bürgernah getroffen werden sollen; d.h. für die Unionsbürger transparent, verständlich, nachprüfbar und erforderlichenfalls korrigierbar sind.³⁸

2.6 Fortentwicklung der Unionsbürgerschaft

Zu guter Letzt enthält der zweite Teil des EGV noch die Bestimmungen des Art. 22 EGV. Diese Vorschriften unterstreichen die eigenständige Bedeutung der Unionsbürgerschaft, aber auch ihren einstweilen fragmentarischen Charakter. Sie sollen durch die Anwendung eines vereinfachten Verfahrens die Weiterentwicklung ermöglichen. Die Bestimmungen sind damit als eine der sogenannten Evolutivklauseln des Vertrages zu sehen.³⁹

3 Vertragliche Weiterentwicklung

Der Wunsch nach einer Verfassung für Europa entwickelte sich aus der Notwendigkeit heraus, eine Lösung für das bestehende Legitimationsproblem des Gemeinschaftsrechts zu finden.⁴⁰ Das zwischen Staats- und Völkerrecht stehende Europarecht hat Schwierigkeiten, eine seinem besonderen Charakter entsprechende Legitimation zu finden. Die EU-Verfassung sollte nicht nur der EU ihre durch die Erweiterung bedrohte Handlungsfähigkeit wiedergeben, sondern auch die innere Sinnhaftigkeit der europäischen Einigung zum Ausdruck bringen. Eine solche Sinnhaftigkeit scheint sich jedoch für die Unionsbürger noch nicht eingestellt zu haben.⁴¹

Die vorläufige Ablehnung des europäischen Verfassungsvertrages durch die Volksabstimmungen in Frankreich und den Niederlanden beweist, dass die

38 *Magiera*, in: Streinz (Hrsg.), Die Unionsbürgerschaft, 2003, S.405, Rn. 2.

39 *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2009, S. 416, Rn. 5.

40 Zur Europäischen Verfassung ausführlich: *Streinz/Ohler/Herrmann*, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2008, S. 1-16.

41 *Chen*, Europäische Verfassung und Europäische Identität, 2007, S. 94-96.

aus der Thematik dieses Beitrags an sich zustimmungswürdige Verfassungsreform, die die demokratische Legitimität der europäischen Rechtssetzung sowohl im primären als auch im sekundären Recht deutlich stärkt, nicht schon per se die Akzeptanz bei den Unionsbürgern garantiert,⁴² obwohl die Europäische Verfassung die Weiterführung des Gedankens von einem Europa der Bürger darstellt. Dies wird schon in Art. I-1 Abs.1 VerfEU deutlich, demzufolge die EU sowohl eine Union der Staaten als auch eine Union der Bürger ist. Die Bürgerinnen und Bürger treten damit erstmals gleichrangig neben den Staaten als Träger der europäischen Integration auf.⁴³

Auf die Ablehnung des Verfassungsvertrags folgte eine zweijährige „Reflexionsphase“,⁴⁴ deren Ergebnis der Vertrag von Lissabon darstellte, der die bestehenden Verträge – den „Vertrag über die Europäische Union“ (EUV) und den „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (AEUV) umbenannten „Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft“ (EGV) – ändert, dabei aber abgesehen von der Bezeichnung „Verfassung“ und allen als staatsähnlich empfundenen Elementen den materiellen Inhalt des Verfassungsvertrages im Wesentlichen übernommen hat.⁴⁵

Das Reformziel des Vertrags, die demokratische Legitimation des Handelns der Union zu erhöhen, wurde u.a. durch eine stärkere Bezugnahme auf die Unionsbürgerschaft verfolgt. Im Hinblick auf die Umsetzung eines Europas der Bürger wurde eine Bürgerinitiative⁴⁶ eingeführt, mit der ein Element direkter Demokratie für die Unionsbürger geschaffen worden ist. Bemerkenswert ist ebenso, dass die Parlamentsabgeordneten des Europa Parlaments nicht mehr als Vertreter der „Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“⁴⁷ bezeichnet werden, sondern als „Vertreter der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger“.⁴⁸ Eine Änderung der Komplementarität der Unionsbürgerschaft sowie ihrer mittelbaren Ableitung aus der Staatsbürgerschaft konnte jedoch durch den Vertrag von Lissabon nicht erreicht werden.⁴⁹

42 Chen, Europäische Verfassung und Europäische Identität, 2007, S. 95.

43 Callies, EuR 2007, S. 7 (14).

44 Streinz/Ohler/Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2008, S.23.

45 Streinz/Ohler/Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 2008, S.17.

46 Siehe Art. 11 Abs.4 VEU i.V.m. Art. 24 Abs. 1 VAEU.

47 Siehe Art. 189 EG.

48 Vgl. Art 14 Abs. 2 VEU.

49 Hatje, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2009, S. 390, Rn. 13.

Die einzelnen bisher in den Art. 18-22 EGV enthaltenen Rechte der Unionsbürger werden ohne wesentliche Änderungen in den AEUV übernommen. Bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang die Änderungen des Art. 18 EGV, der übernommen und um die Möglichkeit des Rates, Maßnahmen zu erlassen, die die soziale Sicherheit oder den sozialen Schutz betreffen, erweitert wird. Solche Maßnahmen werden von den gegenwärtigen Bestimmungen ausdrücklich ausgeschlossen.⁵⁰

Des Weiteren wird das Recht auf diplomatischen Schutz ebenfalls in den Vertrag von Lissabon aufgenommen. Diese vertragliche Bestimmung ermächtigt darüber hinaus den Rat Koordinierungs- und Kooperationsmaßnahmen zur Erleichterung des Schutzes zu erlassen, falls diese notwendig sein sollten.⁵¹

4 Europa der Bürger

Die Ratifizierung des Vertrages von Lissabon bleibt vorerst abzuwarten, jedoch würde ein Scheitern die EU erneut mit ihrem Legitimationsproblem konfrontieren und darüber hinaus auch den Prozess eines Europas der Bürger ins Stocken bringen.

Von einem Europa der Bürger erwartet der Unionsbürger die Gewährleistung des Bürgerstatus und die damit verbundene Anerkennung bürgerlicher, politischer und sozialer Rechte.⁵² Eine solche Gewährleistung beinhaltet der Vertrag von Lissabon.

Trotzdem mangelt es offensichtlich an der faktischen Akzeptanz bei den Bürgern; ein Grund hierfür besteht in der Problematik, dass sich Europa begrifflich nicht absolut erfassen lässt. In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht für die EG/EU seit 1993 die Wortprägung „Staatenverbund“ in Umlauf gebracht. Diese ist für alle praktischen Bedürfnisse weitgehend synonym mit „Gemeinschaft“, „Union“, „Staatenunion“, oder „Staatengemeinschaft“.⁵³ Der beste Lösungsansatz wäre ein identitätsstiftender Begriff, der sich durch ein natürliches Zusammenwachsen des europäischen Gemeinwesens etabliert hat.

50 *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2009, S. 400, Rn. 21.

51 *Hatje*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2009, S. 414, Rn. 21.

52 *Reiche*, Unionsbürgerschaft im freiheitlichen Sozialstaat, S. 11.

53 *Oppermann*, Europarecht, 2005, S. 274, Rn. 4.

Da sich die EU nicht vollkommen in die klassischen staats- bzw. völkerrechtlichen Kategorien einteilen lässt, beschreibt man sie am ehesten als neuartigen Staaten- und Verfassungsverbund. In diesem Staatenverbund teilen sich Union und Mitgliedstaaten die Staatsgewalt. Der Rechtsrahmen des Verfassungsverbundes regelt die gemeinsame Ausübung der Souveränität im Staatenverbund der EU. In der Folge bedeutet das für die Bürger, dass diese auch zwei politische Eigenschaften oder Arten von Status haben müssen: einen auf der Ebene des Mitgliedstaates und einen auf der Ebene der Union.

Um eine verbesserte Akzeptanz zu erreichen, muss das europäische Rechtssetzungsverfahren so ausgestaltet werden, dass es zu einem transparenten Verfahren wird, welches für die Bürger leicht nachvollziehbar ist. Die EU-Organe müssen personifiziert werden, d.h. die Vertreter und politischen Führer der EU müssen sichtbar auftreten, um einen charismatischen Einfluss auf die Unionsbürger ausüben zu können. Je mehr Unionsbürger sich tatsächlich mit der EU identifizieren, desto mehr Akzeptanz und Legitimität ihrer supranationalen Herrschaft gewinnt die EU.⁵⁴

Die EU ist kein Staat im völkerrechtlichen Sinn, daran wird auch der Vertrag von Lissabon nach erfolgreicher Ratifizierung durch alle Mitgliedstaaten nichts ändern. Der EU fehlt, zumindest nach den herkömmlichen Anforderungen an die kulturelle, soziale und politische Homogenität eines Staatsvolks, auch weiterhin ein einheitliches europäisches Volk.⁵⁵

Für das notwendige Element des Staatsvolks wird im europäischen Staatenverbund deutlich, dass sich die Union ihre Bürger mit den Mitgliedstaaten teilt. Analog kann diesbezüglich auch mit dem Element des Staatsgebiets verfahren werden; hier wird in Art. 299 EG deutlich, dass sich die EU ihr Gebiet ebenfalls mit den Mitgliedstaaten teilt. Voraussetzung für einen Staatenverbund ist eine ihn konstituierende Verfassung, ohne die der Staatenverbund nicht legitimiert ist.⁵⁶

Für die Bürger Europas würde eine Verfassung bedeuten, dass sie sich in diesem Staatenverbund auf der europäischen Ebene als europäisches Volk konstituieren und dadurch einen bedeutsamen Schritt in der Entwicklung zu einem Europa der Bürger gehen würden.

54 *Chen*, Europäische Verfassung und Europäische Identität, 2007, S. 95 (96).

55 *Callies*, EuR 2007, S. 7 (15).

56 *Callies*, EuR 2007, S. 7 (17 f.).

Literatur

- Breitenmoser, Stephan; Husheer, André:* Europarecht - Band II: Binnenmarkt und Aussenwirtschaftsrecht der EG, Europäischer Grundrechtsschutz (EU, Europarat, OSZE). Zürich u.a. 2002.
- Callies, Christian:* Der Unionsbürger: Status, Dogmatik und Dynamik. In: Hatje, Armin; Huber, Peter M. (Hrsg.): Europarecht, Beiheft 1/2007 – Unionsbürgerschaft und soziale Rechte. 2007, S. 7-43.
- Chen, Yi-Kai:* Europäische Verfassung und Europäische Identität – Der EU-Verfassungsentwurf legitimatorisch betrachtet. Tübingen 2007.
- Hatje, Armin:* Die Unionsbürgerschaft. In: Schwarze, Jürgen (Hrsg.): EU-Kommentar. 2. Aufl., Baden-Baden 2009, S. 384-418.
- Herdegen, Matthias:* Europarecht, 9. Aufl., München 2008.
- Ipsen, Hans Peter; Nicolaysen, Gert:* Hager Konferenz für Europarecht und Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, NJW 1964, München 1964, S. 339-347.
- Magiera, Siegfried:* Die Unionsbürgerschaft. In: Streinz, Rudolf (Hrsg.): Beck'sche Kurz-Kommentare Band 57 – EUV/EGV Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, München 2003, S. 378-407.
- Reiche, Dorit:* Unionsbürgerschaft im freiheitlichen Sozialstaat, Torgau 2006.
- Streinz, Rudolf; Ohler, Christoph; Herrmann, Christoph:* Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU – Einführung mit Synopse, 2. Aufl., München 2008.

European Media Governance – Regulation 2.0 and the Audiovisual Media Services Directive

1 Introduction

The fact, that media and communications have the power to disseminate information and influence people has always attracted governmental attention. From the beginning of broadcasting governments used their monopoly to regulate radio and television by licensing and organising the limited airwaves to avoid signal interference and chaos. State regulation was characterised by the limited geographical scope and the focus on one-way or one-to-many mass communication.¹ But broadcasting is becoming two-way: broadcasters use mobile phones and the Short Message Service to allow the audience to respond and react to programmes and more interactive services become possible over broadcast networks and return channels.²

Due to these new “open-spectrum” technologies and the fact, that we have not regulated the press for reasons of principle, as the general legal rules on the regulation of a free market deemed sufficient, one might ask, why regulate electronic media at all.³ But spectrum scarcity has only been one of the arguments for state regulation. In contrast to the press the influence of television and radio has been a central term in government media regulation, recognising the greater power, impact and effect of moving images and sound linked with the simultaneity of reception.⁴ Whether these arguments should be transposed to the new convergent media environment is in question. At least new audio-visual services have the same intense and authentic effect.⁵

Another aspect of regulation was the fact that regulatory policy at least in western democracies always had to guarantee certain public interests, as

1 *Valcke/Stevens*, *Telematics and Informatics* 2007, p. 285 (289); *Ariño/Llorens*, Ward (ed), *Regulation and the Public Interest*, p. 132.

2 For a more extensive discussion see *Hanrahan*, *Network Convergence*, 2007.

3 Cf. Dommering, *Castendyk/Dommering/Scheuer (eds)*, *European Media Law*, p. 22; McGonagle, *Hardy/Möllers (eds)*, *Spreading the World on the Internet*, p. 81 (83).

4 *Ariño/Llorens*, Ward (ed), *Regulation and the Public Interest*, p. 138.

5 Cf. *Valcke/Stevens*, *Telematics and Informatics* 2007, p. 285.

cultural diversity, media pluralism, protection of minors and consumers, ensuring the offer of content that would not be produced under normal market conditions.⁶ Diversity in media organisations is regarded as a crucial principle for a well-functioning democracy as it helps to promote informed decision-making.⁷ A communications system, which rests in only a few hands, was always angst-ridden by the idea that the freedom of speech could be corrupted and the practice of democracy with a diversity of opinion and information would be impaired. The perception of a direct relationship between democracy and a vibrant communications system of diverse sources and owners is near universal.⁸ The diversity of opinion in the media and broadcasting services are considered vital for constitutional law as well as for freedom of information for citizens.

New technologies and progressive internationalisation are changing the media market.⁹ Technological and economic convergence and the fast internationalisation of media markets transform the landscape of media in twenty-first century democracies.¹⁰ This will involve new forms of content, new means of providing it and new financing models. The ongoing revolutionary changes put instruments and arguments for the need of media regulation into question, as traditional concepts of regulation are failing and have formulated a need for new concepts and instruments.¹¹

2 New Challenges

New technologies bring about new challenges. Especially and more than any other sector, the mass media has been completely transformed. In spite of a diversification and a breaking down of dominant representations in the media, the power and the importance of the (mass) media can not be denied. It demands formal and informal mechanisms for the control of those who oper-

6 ECJ, C-288/89, 25.7.1991 (Gouda et al. v. Commissariaat voor de Media), ECR 1991, I-4007.

7 See *Lloyd/Napoli*, Local media, p. 5; *Meier/Perrin*, Communications 2007, p. 336.

8 *Siochru et al.*, Media Governance, p. 3; McGonagle. IRIS Plus 2008, p. 2.

9 *Verhulst*, Napoli (ed), Media Diversity, p. 113.

10 See *Puppis*, European Journal of Communication 2008, p. 405.

11 *Golding*, Brants/Hermes/van Zoonen (eds), The Media in Question, p. 7; *Bar-doel/d'Haenens*, Media responsibility, p. 10; see also *Meier/Perrin*, Communications 2007, p. 336 (342).

ate communications.¹² The new information and communication technology is worldwide and the logic in regulation broadcasting, based on scarcity of goods has vanished.¹³ Some of the new challenges are familiar to the challenges we have already seen with traditional intermediaries.¹⁴

2.1 Lack of neutrality

Some of the new intermediaries become increasingly dominant and visible, controlling the flow of information. Unlike the old scarcities, which were largely the result of technological limitations, the new ones are often artificially imposed, but their effects are quite similar. Satellite and cable platforms develop gatekeeper positions, controlling the access to the consumer via conditional access or navigation systems or electronic programme guides (so called “bottle-necks”).¹⁵ Search-engine providers draw up the criteria on the basis of which the information present on the Internet is collected, ordered and made available. It is not hard to imagine that there is information that the providers do not want to have included in their search engines.¹⁶

2.2 Lack of Interoperability and Transparency

The access to informational content should not be inhibited by unfair access conditions in subscriber contracts, contractual or technical lock-ins or lock-outs, and a lack of adequate service information.¹⁷ The Microsoft windows operating system represents the gatekeeper for the majority of computer users. Another problem are Google’s or Yahoo’s algorithms, which are quite difficult to decipher.¹⁸ Individual search engines index only a small part of all the information present on the Internet and all the search engines together cover no more than half of all the available information.¹⁹ The code-driven process of automated advertising and the current pay-per-click and TV ad

12 *McQuail*, Towards a Sociology of Mass Communications, p. 13; *Brown*, Economic Affairs 2006, pp. 31.

13 Cf. *Held*, Communications 2007, p. 355 (356); *Brown*, Economic Affairs 2006, pp. 31.

14 See *Verhulst*, Napoli (ed), Media Diversity, p. 123; *Dommering*, Dommering/Asscher (eds), Regulating Code, p. 9; *Mueller*, Ruling the Root, p. 4.

15 *Verhulst*, Napoli (ed), Media Diversity, p. 123; See also *van Eijk*, IRIS Plus 2006, pp. 2.

16 *Van Eijk*, IRIS Plus 2006, pp. 2.

17 *Helberger*, Entertainment Law Review 2008, p. 128.

18 Cf. *Collins*, Schulz/Held (eds), Mehr Vertrauen in Inhalte, pp. 59.

19 *Van Eijk*, IRIS Plus 2006, p. 2.

system make it difficult to apply old standards of objectivity or balanced programming.²⁰ Code writer can combine non-objective methods besides more objective ones. As a result paid placements are also included on leading search engines and often relegate legitimate search results to the fringe.²¹

2.3 Commercialisation and Concentration

The commercial sector of broadcasting came into being and grew in the 1980s and 1990s.²² Although many firms were established by a single entrepreneur or as family firms they have transformed themselves into multinational corporations listed on stock market exchanges.²³ Commercial broadcasters tried to profit of economies of scale in a European market and internationalised their ownership structures. The power of multimedia companies and the investment of private equity in media result in an increasing commercialisation of content.²⁴ Policy-makers and politicians have been too optimistic about the potential of new media forms to ameliorate concentration of influence in the hands of media oligopolies. The media concentration can be identified as a fundamental problem for democracy and the success of the new generation of aggressive commercial players could be used as proof of the failure of a market philosophy and government at distance.²⁵

2.4 Personalisation

It is doubtful if audio-visual media services can be considered as “mass media” with regard to their impact and influence in society. On the one hand the fragmentation of national television monopolies represents a welcome diversification and a breaking down of dominant representations that marginalise minority views, but on the other hand the new media allows consumers to avoid ideas, sounds and images that they do not agree with or do not enjoy.²⁶

20 *Verhulst*, Napoli (ed), *Media Diversity*, p. 124.

21 *Van Eijk*, *IRIS Plus* 2006, p. 2.

22 See *Dommering*, Castendyk/Dommering/Scheuer (eds), *European Media Law*, p. 9.

23 *Golding*, Brants/Hermes/van Zoonen (eds), *The Media in Question*, p. 10.

24 Cf. *Meier/Perrin*, *Communications* 2007, p. 336 (337); *Harcourt*, Terzis (ed), *European Media Governance*, p. 16.

25 *Meier/Perrin*, *Communications* 2007, p. 336; *Siochrú et al.*, *Media Governance*, p. 59; *Puppis et al.*, *International Communication Gazette* 2009, p. 105 (108).

26 *McGonagle*, Hardy/Möllers (eds), *Spreading the World on the Internet speaks of the “Hall – of-Versailles” type of effect where their own views are merely mirrored*, p. 81 (82).

Mass audiences are in steady decline and the user has become an individual consumer with precise interests, who stands in the focus of specialised niche media catering for ever more specific interests. Citizens themselves are becoming content creators themselves and aggregating their own music or television channels, spreading news and opinions via weblogs.²⁷

It was and still is a key aim of the mass media to reflect differences in society and to give access to different points of view just to contribute to diversity.²⁸ Furthermore the media must also facilitate social unity, as it is vitally important for a society that its members have a common culture.²⁹ The cultural unity of the mass audience is threatening to fade away. Though it seems, that new media forms are bringing more people together in a virtual sense than in the physical world, the rocketing popularity of “user-generated content” with citizens sharing their own photos, music or videos online, will change the public sphere and may have a major impact on societies.³⁰

3 Governance

“Governance” is a relative new approach in the media-discussion. For a long time „governance“ simply meant „governing“ as a process or an hierarchical model in which state authorities exert sovereign control over the people and groups making up civil society.³¹ Today governance refers to a basically non-hierarchical mode of governing, where non-state, private corporate actors participate in the formulation and implementation of public policy.³² One can distinguish between the following main cases:

- Governance without Government,
- Governance by Government,
- Governance with Government (and Civil Society).

27 *Helberger*, Entertainment Law Review 2008, p. 128; *Valcke/Stevens et al.*, Communications & Strategies, 2008 p. 103 (113).

28 *McQuail*, Media Performance, p. 144.

29 *McGonagle*, IRIS Plus 2008, p. 2 (3).

30 *Valcke/Stevens et al.*, Communications & Strategies 2008, p. 103. A detailed analysis of user-generated content gives *Ariño*, Communications and Strategies 2007, pp. 115.

31 See above.

32 *Mayntz, Scheer/Rubik* (eds), Governance of Integrated Product Policy, p. 18; *Puppis*, Communications 2007, p. 330 (331).

4 Media Governance and Forms of Regulation

Media governance could cover a wide range of issues, starting with the selling of a book to the download of music to a mobile telephone. There are two main areas of regulation: transmission and content (“twin imperatives of media regulation”): Governments seek to regulate structures of the media by licensing the production and the distribution. They want to ensure that the media do not propagate messages or values they consider not conducive to the public good.³³ Other policy goals can be found on the cultural level, in the social sphere (preservation and promotion of democracy) and on the economic level (prevention of market failures and competition distortion).³⁴ Needless to say that, constitutional criteria should not be ignored from the point of view of freedom of communication, even if a certain degree of tension between constitutional media freedom and media responsibility for democracy is inherent in all forms of media governance.³⁵ The concept of media governance covers horizontal and vertical extensions of government:

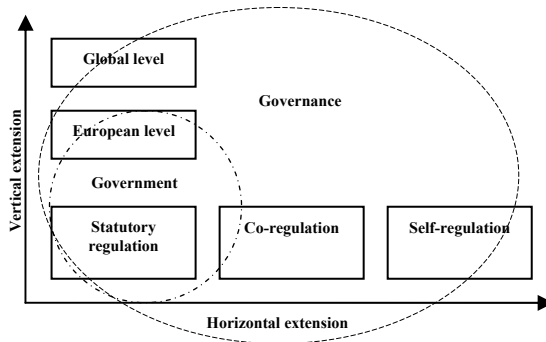


Fig. 1: Media governance as horizontal and vertical extension of government³⁶

33 Golding, Brants/Hermes/van Zoonen (eds), *The Media in Question*, p. 9.

34 Valcke/Stevens, *Telematics and Informatics 2007*, p. 285 (288).

35 Meier/Perrin, *Communications 2007*, p. 336 (337).

36 Puppis, *European Journal of Communication 2008*, p. 405.

The horizontal approach to governance concepts means the role of private actors in regulation, the remix of state and private contributions in regulation, whereas a more vertical orientation is described by a multi-level character of regulation as interplay of national regulation with international, supranational, regional and local regulation.³⁷

The terms self-regulation, co-regulation, statutory- or public regulation do not seem to be used appropriately. It is indispensable to define the different regulatory systems not only for academic discourse but for terms of practice.³⁸

4.1 Public Regulation (Governance by Government)

Public regulation describes the traditional regulatory system and can be defined as the formulation and enforcement of rules as well as the sanctioning of non-compliance regarding media organisations and the processes of mass communication they are organising.³⁹ Private persons or agencies may be involved in this system by supporting the competent authority with, e.g., expert knowledge or by monitoring compliance with the given rules. Nevertheless, the responsibility for implementing rules for the purpose of achieving public policy aims remains with the state.⁴⁰

The democratic legitimisation of the rules is one of the advantages of public regulation; another advantage may be seen in the ability of the public authority to impose sanctions severe enough to guarantee the strict observation of a given set of rules.⁴¹

4.2 Self regulation (Governance without Government)

In his guidebook for self-regulation *Harastzi* defines media self-regulation as “a joint endeavour by media professionals to set up voluntary editorial guidelines and abide by them in a learning process open to the public. By doing so, the independent media accept their share of responsibility for the quality of

37 Mayntz, Benz (ed), *Governance*, p. 65; Latzer, *Communications* 2007, p. 343; Dommering, Castendyk/Dommering/Scheuer (eds), *European Media Law*, p. 26.

38 Cf. Scheuer/Palzer, von Feilitzen (ed), *Yearbook* 2003, p. 165.

39 Puppis, *Communications* 2007, p. 331. For a more detailed definition see Scheuer/Palzer, von Feilitzen (ed), *Yearbook* 2003, p. 165.

40 Scheuer/Palzer, von Feilitzen (ed), *Yearbook* 2003, p. 165.

41 Ibid.

public discourse in the nation, while fully preserving their editorial autonomy in shaping it.”⁴² Such regulations may take the form of technical or qualitative standards, potentially combined with codes of conduct defining good and bad practice.⁴³ Private arrangements are made without any interference by the state. They will lead to a result which will achieve the objectives of regulation all on its own.

In Germany the “Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen (Voluntary Self-Regulation for Television)” was a self regulatory organisation. With the accreditation as a “self-regulatory” body within the legal framework for youth protection, it is now involved in a co-regulatory framework.⁴⁴

Self-regulation can normally be found in the press sector, where newspapers, magazines, books etc. are made up of profit-centred enterprises competing in a free market with a relatively large number of independent publications and newspapers. There are no significant statutory controls. The press is a fully commercial enterprise, largely selling to local or national readerships.⁴⁵

Admittedly the press or media can only perform their crucial role as a watchdog of government if there is as little state control as possible, but it seems to be obviously bad and political action is justified to prevent further growth in ownership concentration.⁴⁶ The existence of a multiplicity of channels and newspapers for the expression of plurality of ideas and opinions is existential for public debate in the context of democratic processes. Media concentration can place a single or a few media owners in a position of considerable power to separately or jointly set the agenda of public debate and shape the public opinion and thus also exert influence on the government and other state bodies.⁴⁷ The idea that market forces can replace government regulation has proven to be naïve.⁴⁸ Because the state is not involved in this form of regula-

42 *Haraszi*, Self-Regulation Guidebook, p. 9. See also *Puppis*, Communications 2007, p. 332.

43 See *Geelhoed*, Eijlander/Gilhuis/Peters (eds), *Overheid en zelfregulering*, pp. 33 for different categories of self-regulation; *Latzer/Saurwein*, Schulz/Held (eds), *Mehr Vertrauen in Inhalte*, pp. 131.

44 *Katsirea*, Public Broadcasting and European Law, p. 57.

45 *Dommering*, Castendyk/Dommering/Scheuer (eds), *European Media Law*, p. 6; *Schulz/Held*, Schulz/Held (eds), *Vertrauen in Inhalte*, p. 15.

46 *Haraszi*, Self-Regulation Guidebook, p. 13. Media are also defined as an alleged fourth power, see *Schwithal*, Schwithal/Duensing/Tredop (eds), *Kapital, Kompetenz, Konflikte*, p. 195 (1997).

47 Cf. Declaration of the Committee of Ministers on protection the role of the media in democracy in the context of media concentration, 31.1.2007.

48 *D’Haenens*, Communications 2007, p. 324.

tion, the conviction that the parties concerned have common objectives should ensure the effectiveness of this system. Media companies have no interest in preventing concentration, as concentration strengthens their competitive position and prevents potential competitors from entering the market. That is why a multitude of small independent media companies have merged into a small number of big media companies.⁴⁹ Media concentration and the strengthening of dominant position increase the probability of abuse. Market forces cannot replace government regulations. Relevant regulations, such as intellectual property, competition law, or the access to information are also relevant. Furthermore self-regulation also suffers from a lack of democratic legitimating, because it originates from economic players or groups with their own specific interests, which do not necessarily coincide totally with the general interest.⁵⁰

4.3 Co-regulation (Governance with Government)

Due to new technological developments, especially their speed and the growing convergence, public regulation is not able to solve some of the problems at issue. Some parts of the media sector, e.g. the internet are considered unsuitable for state regulation. Co-regulation may provide for a solution.

Co-regulation is a specific combination of state and non-state regulation. If self-regulation remains ineffective, the state can still regulate by direct intervention. There are conceivably many different forms of co-regulatory models, depending on the combination of public authority and private sector elements, but all of them will have one common feature: the pursued aim will be a public one.⁵¹ Delegated self-regulation is an indirect form of cooperation between state and civil society, where a sufficiently powerful state is needed to motivate self-regulation which takes account of public interests and does not only benefit the participating actors themselves.⁵² “Co-regulation refers to the formulation and enforcement of rules and the sanction of non-compliance by private actors who are mandated to do so and who work to-

49 *Meier/Perrin*, Media Concentration and Media Governance, p. 336; *Schwithal*, *Schwithal/Duensing/Tredop* (eds), *Kapital, Kompetenz, Konflikte*, pp. 200.

50 *Scheuer/Palzer*, von Feilitzen (ed), *Yearbook 2003*, p. 167; *Freedman*, *Media Culture Society*, 2006, p. 918.

51 *Scheuer/Palzer*, von Feilitzen (ed), *Yearbook 2003*, p. 167; *McGonagle*, *Hardy/Möllers* (eds), *Spreading the World on the Internet*, p. 81 (83).

52 *Mayntz*, *Scheer/Rubik* (eds), *Governance of Integrated Product Policy*, p. 18.

gether with the state.”⁵³ This means governance with government and civil society. In the context of modern governance self-regulation is integrated in a framework provided by the state (“regulated self-regulation”).⁵⁴ In a co-regulatory-system, non-compliance with the given rules is directly or at least indirectly sanctioned by the public authority. Thus co-regulation can not completely replace traditional state intervention.⁵⁵

5 European Media Governance

Regulatory competition among neighbouring jurisdictions asks for a common framework. At the European level the Lisbon Agenda and associated policy initiatives (e.g. the i2010 Policy Framework) establish macroeconomic and societal goals from which the criteria for regulatory strategy and implementation should be derived, and to which the contributions of regulatory alternatives should be assessed.⁵⁶ There are increasing indications of a consensus favouring the exploration of self- and co-regulation techniques especially in the media sector, because self- and co-regulation result in greater promptness and flexibility in responding to changing markets.⁵⁷

The arm of European law has generally a longer reach as far as the commercial marketplace is concerned, because the treaties establishing the European Union (EU) do not give it legal competence in the area of media and culture. This is left to the Member States, where media regulation is traditionally the task of (national) governments to control mass media, as a politically and culturally sensitive sector.⁵⁸ But the Member States fear the consequences of international competition, if neighbouring countries introduce a more relaxed regulatory regime, which is more attractive to the big media companies.⁵⁹ For this reason the EU is today a major player in broadcasting regulation.⁶⁰ The

53 *Puppis*, Communications 2007, p. 332.

54 *Ibid.*

55 *Latzer*, Communications 2007, p. 345.

56 *Helberger*, Law Review 2008, p. 128 (137); *Schubert/Schwithal*, Hanse Law Review 2008, pp. 23.

57 *McGonagle*, Hardy/Möllers (eds), *Spreading the World on the Internet*, p. 81 (83); *Scheuer/Palzer*, von Feilitzen (ed), *Yearbook 2003*, p. 167; *Harcourt*, Terzis (ed), *European Media Governance*, p. 19.

58 *Puppis*, *European Journal of Communication* 2008, p. 406.

59 *Harcourt*, Terzis (ed), *European Media Governance*, pp. 13.

60 *Peters*, Terzis (ed), *European Media Governance*, p. 181. Additionally, global media governance is becoming more relevant. For an overview of International governmental organi-

key aim of European media policy and regulation is to promote the competitiveness of European media companies in the worldwide media market.⁶¹ The EU has particular competence in specific policy areas where alternatives to regulation can be of particular importance, deriving directly from the legal (treaty) base. In its White Paper on European governance the European Commission described governance as: “rules, processes and behaviour that affect the way in which powers are exercised at European level, particularly as regards openness, participation, accountability, effectiveness and coherence”.⁶²

5.1 The Television Without Frontiers Directive

The Television Without Frontiers Directive (hereinafter: TWFD)⁶³ provided the main instrument for regulating audiovisual content in the EU. In 1989 the directive was established as the backbone of the EU communications policy frame.⁶⁴ It aimed to create a single market in television broadcasting services with the EU legislating on all aspects of cross-border trade in services and goods.⁶⁵ It contained fundamental principles such as rules on the protection of minors and clear identification of advertising. The directive stressed that regulation should be the minimum possible, and should only be imposed if there is no effective competition.⁶⁶ The media legislation is thereby based on a differentiation between broadcasting services, centrally programmed and provided to the general public at fixed times, and interactive information services (cf. Article 1 (a) TWFD). This distinction is becoming more and more difficult to apply, as all sorts of hybrids of broadcasting and interactive services are appearing.⁶⁷ This leads to an unfair situation, as traditional and on-demand services are increasingly competing for the same media consumer and are fishing in the same “advertising pool”. While being subject to a dif-

zations (IGOs) see *Puppis*, European Journal of Communication 2008, p. 405 and *Siochruí et al.*, Media Governance, p. 119.

61 *Katsirea*, Public Broadcasting and European Law, p. 3.

62 CEC, European Governance: a White Paper, COM (2001) 428, Brussels, 25.7.2001, p. 10, see http://europa.eu.int/comm/governance/white_paper/index_en.htm [as at 9.2.2009].

63 Directive 89/552/EEC of 3 October 1989, amended by Directive 97/36 EC.

64 *Harcourt*, Terzis (ed), European Media Governance, p. 17.

65 See *Valcke/Stevens*, Telematics and Informatics 2007, p. 285 (292).

66 *Ariño/Llorens*, Ward (ed), Regulation and the Public Interest, p. 133.

67 *Dommering*, European Media Law, p. 10.

ferent regulatory environment the latter usually enjoy “regulatory holidays”.⁶⁸

5.2 The Audiovisual Media Service Directive

With regard to the “internet as TV” debate and the “regulatory gap” for new services the Commission published its long-awaited proposal for the revision of the TWFD, which has been re-named the “Audiovisual Media Services Directive” (hereinafter: AVMSD) on 13. December 2005.⁶⁹ The new directive reaffirms the pillars of Europe's audiovisual model, which are cultural diversity, protection of minors, consumer protection, media pluralism, and the fight against racial and religious hatred. In addition to that, the new Directive aims at ensuring the independence of national media regulators. The Commission's goal was to provide a stable regulatory environment for companies based upon a model of liberalisation, access and self-regulation.⁷⁰

The AVMSD will offer a comprehensive legal framework that covers all audiovisual media services (including on-demand audiovisual media services), provides less detailed and more flexible regulation.⁷¹ Introducing a double layered system of regulation which imposes a greater regulatory burden on television broadcasters and more lenient requirements on on-demand service providers, the Commission's objective was to regulate this sector more moderately as it is comprised of newer industries, often containing small and medium-sized companies which might not be able to cope financially with stringent regulation, or might as a result be driven outside Europe.

With a horizontal approach to regulation the AVMSD follows the principle of technological neutrality, i.e. regulation should neither impose nor discriminate in favour of the use of a particular type of technology.⁷²

The second pillar of the new model is the separation between the regulation of infrastructure and content.⁷³ This is the consequence of the current distri-

68 *Valcke/Stevens*, *Telematics and Informatics* 2007, p. 285 (286).

69 Directive 89/552/EEC amended by Directive 97/36/EC and Directive 2007/65/EC, see *Schulz/Held*, *Schulz/Held* (eds), *Mehr Vertrauen in Inhalte*, p. 15.

70 Cf. *Dommering*, *Castendyk/Dommering/Scheuer* (eds), *European Media Law*, p. 28.

71 *Good/Goldberg*, *Communication Law* 2006, p. 183; *Katsirea*, *Public Broadcasting and European Law*, p. 3.

72 Cf. *Dommering*, *Castendyk/Dommering/Scheuer* (eds), *European Media Law*, p. 21; *Valcke/Stevens*, *Telematics and Informatics* 2007, p. 285 (287).

73 *Ariño/Llorens*, *Ward* (ed), *Regulation and the Public Interest*, p. 134.

bution of competences between the EU and its member states in the area of culture. “Even if certain issues regulated by the Framework are intertwined with content-related public policy objectives at national level, the EU has limited competences in the area of content”.⁷⁴ The regime of co- and self-regulation might offer the required flexibility.⁷⁵

5.2.1 *Co- and self-regulation*

In line with the general European policy on better regulation,⁷⁶ there will be a greater reliance on co- and self-regulatory regimes to implement the provisions of the new directive and to achieve its objectives (Article 3 (7) AVMSD). This is an innovation and the first time community legislation refers to self- and co-regulation. Initially the Commission only referred to co-regulation as a means for implementation, but now the final text of the directive requires Member States not only to encourage co-regulatory regimes in the fields coordinated by the directive, but also to encourage self-regulatory regimes.⁷⁷ It does, however, underline in recital 36: “while self-regulation might be a complementary method of implementing certain provisions of this directive, it should not constitute a substitute for the obligations of the national legislator”. Thus a logical conclusion would be to assume that a minimum of government involvement is required for the implementation of the obligations included in the directive. The same recital defines co-regulation as complementary method “giving, in its minimal form, a legal link between self-regulation and the national legislator in accordance with the legal traditions of the Member States”. One might wonder if co-regulation is preferred above self-regulation to apply the directive.⁷⁸

The policies of co-regulation aiming at the protection of minors and the regulation of advertising (content) are already in place in a number of Member States and have proven to be suitable.⁷⁹ In other fields coordinated by the

⁷⁴ *Ariño/Llorens*, Ward (ed), *Regulation and the Public Interest*, p. 134.

⁷⁵ *McGonagle*, Hardy/Möllers (eds), *Spreading the World on the Internet*, p. 81 (83).

⁷⁶ Cf. *Valcke/Stevens et al.*, *Communications & Strategies*, No. 71, 2008, p. 103 (109) and *McGonagle*, Hardy/Möllers (eds), *Spreading the World on the Internet*, p. 81 (83).

⁷⁷ *Dommering et al.*, *Castendyk/Dommering/Scheuer* (eds), *European Media Law*, p. 861; *Valcke/Stevens et al.*, *Communications & Strategies*, No. 71, 2008, p. 103 (109).

⁷⁸ *Dommering et al.*, *Castendyk/Dommering/Scheuer* (eds), *European Media Law*, p. 861; *Valcke/Stevens et al.*, *Communications & Strategies*, No. 71, 2008, p. 103 (109).

⁷⁹ *Dommering et al.*, *Castendyk/Dommering/Scheuer* (eds), *European Media Law*, p. 861; *Schulz*, *EuZW* 2008, pp. 107 (110).

AVMSD as the right of reply, the quota regime, the right to short reporting as well as major events coverage and the identification rules, there is no important experience of co-regulation.⁸⁰

5.2.2 *Problems with the Implementation of the Directive*

If Member States follow the recommendation to install a co- or self regulation at the national level, they have to fulfil two conditions: The regime must be “broadly accepted” by the main stakeholders in the Member States concerned and it has to provide for effective enforcement (Article 3 (7)).

These specifications have proved to be particularly problematic, as it is neither clear when a regulatory system is “broadly accepted” nor which actors must be regarded as “main stakeholders”. So with regard to the practicability and implementation of these requirements there exist already certain doubts at this stage.⁸¹ To avoid the implementation of co-regulatory regimes as sanctioning systems, other parameters for effectiveness should be included. Incentives for participation, regular evaluation, openness to all relevant stakeholders, transparency or safeguarding of process objectives might be a solution.⁸²

6 Conclusions

National regulators cannot manage a global content market, particularly one where there is no institution to be regulated – no channel, and no platform operator in overall control, either of the content or search and navigation tools. The fact that the AVMSD encourages implementation through co-regulation should be welcomed as a political signal to the importance of such mechanisms. Although formal mechanisms exist for harmonising and reconciling formal regulation in different Member States, they may prove to be less effective. With the EU crisis over its constitution and future shape there will be more discussion about moving away from an approach that focuses largely on abstract rules and the internal market.⁸³ At the Lisbon Summit the Member States gave voice to their concerns wanting to have less formal di-

80 Castendyk/Böttcher, MMR 2008, p. 13 (17).

81 Woods, Ward (ed), *Culture industries Reregulation*, p. 145 (160); Dommering *et al.*, Castendyk/Dommering/Scheuer (eds), *European Media Law*, p. 863.

82 Cf. Dommering *et al.*, Castendyk/Dommering/Scheuer (eds), *European Media Law*, p. 863.

83 See Schubert/Schwithal, *Hanse Law Review* 2008, p. 23.

rectives or regulations and more soft governance with room for self-regulatory or co-regulatory mechanisms. But in contrast the global financial meltdown has currently sparked a run on confidence and intervention by policy-makers. It seems that regulation will continue to accompany the media revolution: With attitudes becoming more critical towards liberalisation and globalisation there might be a change in regulation, putting policy objectives over market considerations. Member States have to implement the directive until 19 December 2009 and they can take more restrictive measures than the European ones in any case they will reflect in greater depth about the future model for regulation.

Literature

- Ariño, Monica*: Content Regulation and New Media: A Case Study of Online Video Portals, Communications and Strategies 2007, p. 115-135.
- Ariño, Monica; Llorens, Carles*: Principles? Convergence Regulation Revisited, in: Ward (ed), Regulation and the Public Interest, 2008, p. 125-144.
- Bardoel, Jo; Haenens, Leen d'*: Media responsibility and accountability: New conceptualizations and practices, Communications 2004, p. 5-25.
- Brown, Andrew*: Advertising Regulation and Co-Regulation: The Challenge of Change, Economic Affairs 2006 (26/2), p. 31-36.
- Castendyk, Oliver; Böttcher, Kathrin*: Ein neuer Rundfunkbegriff für Deutschland? Die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste und der deutsche Rundfunkbegriff, MMR 2008, p. 13-18.
- Collins, Richard*: Wer bietet in der digitalen Welt zuverlässige und vielfältige Informationen, und wie können Nutzer darauf zugreifen? – Unterschiedliche Arten von Anbietern und ihre Funktion für die öffentliche Kommunikation, in: Schulz/Held (eds), Mehr Vertrauen in Inhalte, Das Potenzial von Ko- und Selbstregulierung in den digitalen Medien, Schriftenreihe Medienforschung der LfM Band 59, 2008, p. 59-90.
- Commission of the European Communities (CEC)*: European Governance: a White Paper, COM (2001) 428, Brussels, 25.7.2001 [http://europa.eu.int/comm/governance/white_paper/index_en.htm].

- Committee of Ministers*: Declaration of the Committee of Ministers on protection the role of the media in democracy in the context of media concentration, 31.1.2007
[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/Doc/CM_en.asp].
- Dommering, Egbert*: General Introduction - Towards a European Media Law, Castendyk/Dommering/Scheuer (eds), *European Media Law*, 2008, p. 3-29.
- Dommering, Egbert*: Regulating Technology: Code is not Law, in: Dommering/Asscher (eds), *Regulating Code*, 2006, p. 1-15.
- Dommering, Egbert; Scheuer, Alexander; Ader, Thorsten*: Article 3 AVMSD, in: Castendyk/Dommering/Scheuer (eds), *European Media Law*, p. 857-866.
- Eijk, Nico van*: Search Engines: Seek and Ye Shall Find? The Position of Search Engines in Law, *IRIS Plus* 2006, p. 2-8.
- Freedman, Des*: Dynamics of power in contemporary media policy-making. *Media Culture Society*, 2006, p. 907-923.
- Geelhoed, Leendert*: Deregulating, herregulering en zelfregulering, in: Eijlander/Gilhuis/Peters (eds), *Overheid en zelfregulering. Alibi voor vrijblijvendheid of prikkel tot actie?* 1993, p. 33-52.
- Golding, Peter*: New Technologies and Old Problems: Evaluating and Regulating Media Performance in the “Information Age”, in: Brants/Hermes/van Zoonen (eds), *The Media in Question*, 1998, p. 7-17.
- Good, Natasha; Goldberg Stuart*: European reaction to the proposed new Audiovisual Services Directive, *Communication Law* 2006, p. 183-186.
- Haenens, Leen d`*: Media Governance: New ways to regulate the media, *Communications* 2007, p. 323-325.
- Hanrahan, Hu*: *Network Convergence: Services, Applications, Transport, and Operations Support*, 2007.
- Haraszti, Miklós*: *The Media Self-Regulation Guidebook*, All questions and answers, 2008.
- Harcourt, Alison*: Introduction, in: Terzis (ed), *European Media Governance, The Brussels Dimension*, 2008, p. 13-24.

- Helberger, Natali*: From eyeball to creator – toying with audience empowerment in the Audiovisual Media Service Directive, *Legal Aspects of Video on demand*, *Entertainment Law Review* 2008, p. 128-137.
- Held, Thorsten*: Co-Regulation in European Union member states, *Communications* 2007, p. 355-362.
- Horwitz, Robert B.*: On Media Concentration and the Diversity Question, in: Napoli (ed), *Media Diversity and Localism, Meaning and Metrics*, 2007, p. 9-56.
- Horwitz, Robert B.*: On media concentration and the diversity question, *The Information Society* 2005, p. 181-204.
- Katsirea, Irini*: Public Broadcasting and European Law, A Comparative Examination of Public Service Obligations in Six Member States, 2008.
- Latzer, Michael*: Regulatory choices in Communication Governance, *Communications* 2007, p. 343-449.
- Latzer, Michael; Saurwein, Florian*: Vertrauen in die Industrie – Vertrauen in die Nutzer: Selbstregulierung und Selbsthilfe bei digitalen Medieninhalten in der EU, in: Schulz/Held (eds), *Mehr Vertrauen in Inhalte, Das Potenzial von Ko- und Selbstregulierung in den digitalen Medien*, Schriftenreihe Medienforschung der LfM Band 59, 2008, p. 93-142.
- Lloyd, Mark; Napoli, Phil*: Local media diversity matters: Measure media diversity according to democratic values, not market values, 2007.
- Mayntz, Renate*: From government to governance: Political steering in modern societies, in: Scheer/Rubik (eds), *Governance of Integrated Product Policy*, 2006, p. 18-25.
- Mayntz, Renate*: Governance im modernen Staat, in: Benz (ed), *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen. Eine Einführung*, p. 65-76.
- McGonagle, Tarlach*: Practical and Regulatory Issues Facing the Media Online, in: Hardy/Möllers (eds), *Spreading the World on the Internet: 16 Answers to 4 Questions*, 2003, p. 81-94.
- McGonagle, Tarlach*: The promotion of Cultural Diversity via New Media Technologies: An Introduction to the Challenges of Operationalisation, *IRIS Plus* 2008, p. 2-8.
- McQuail, Dennis*: *Towards a Sociology of Mass Communications*, 1969.

- McQuail, Dennis*: Media Performance: Mass Communication and the Public Interest, 1992.
- Meier, Werner A.; Perrin, Irene*: Media Concentration and Media Governance, Communications 2007, p. 336-343.
- Mueller, Milton L.*: Ruling the Root, Internet governance and the taming of Cyberspace, 2002.
- Siochrú, Seán Ó; Girard, Bruce; Mahan, Amy*: Global Media Governance, A Beginner's Guide, 2002.
- Peters, Bettina*: Conclusions: Media Policy of the European Union – Trends and developments, in: Terzis (ed), European Media Governance: The Brussels Dimension, 2008, p. 181-190.
- Puppis, Manuel*: Media Governance as a horizontal extension of Media Regulation: The importance of Self- and Co-Regulation, Communications 2007, p. 330-335.
- Puppis, Manuel*: National Media Regulation in the Era of Free Trade, The Role of Global Media Governance, European Journal of Communication 2008, p. 405-424.
- Puppis, Manuel; Haenens, Leen d'; Steinmaurer, Thomas; Künzler, Matthias*: The European and Global Dimension, Talking Small Media Systems to the Next Level, International Communication Gazette 2009, p. 105-112.
- Scheuer, Alexander; Palzer, Carmen*: Self-Regulation, Co-regulation, Public regulation, Promote or Protect? Perspectives on Media Literacy and Media Regulations; in: von Feilitzen (ed), Yearbook 2003, p. 165-178.
- Schubert, Jens Michael; Schwithal, Tim Torsten*: Lisbon - The End of European Integration?, Hanse Law Review 2008, p. 23-32.
- Schulz, Wolfgang; Held, Thorsten*: Vertrauen in die Inhalte digitaler Medien, in: Schulz/Held (eds), Mehr Vertrauen in Inhalte, Das Potenzial von Ko- und Selbstregulierung in den digitalen Medien, Schriftenreihe Medienforschung der LfM Band 59, 2008, p. 10-18.
- Schulz, Wolfgang*: Medienkonvergenz light – Zur neuen Europäischen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, EuZW 2008, p. 107-111.
- Schwithal, Tim Torsten*: Meinungsmacht und Rundfunkmarkt - Medienkonzentration im digitalen Zeitalter, in: Schwithal/Duensing/Tredop (eds),

Kapital – Kompetenz – Konflikte, Oldenburger Forschungsnetzwerk
Wirtschaft, Recht, Bildung, Vol. 5, 2008, p. 194-218.

Valcke, Peggy; Stevens David; Lievens, Eva; Werkers, Evi: Audiovisual
Media Services in the EU, Next Generation Approach or Old Wine in
New Barrels? Communications & Strategies 2008, p. 103-118.

Valcke, Peggy; Stevens, David: Graduated regulation of ‘regulatable’ content
and the European Audiovisual Media Services Directive One small step
for the industry and one giant leap for the legislator?, Telematics and
Informatics 2007, p. 285-302.

Verhulst, Stefaan: Mediation, Mediators, and New Intermediaries: Implica-
tions for the Design of New Communications Policies, in: Napoli (ed),
Media Diversity and Localism, 2007, p. 113-137.

Woods, Lorna: Jurisdiction in the Television without Frontiers Directive, in:
Ward (ed), The European Union and the Culture industries Reregulation
and the Public Interest 2008, p. 145-164.

Victoria Chege

Addressing Structural Intersectionality and the European Employment Strategy

1 Introduction

This article examines structural intersectionality and how it can be addressed through the European Employment Strategy.

Intersectionality is a concept introduced by Kimberle Crenshaw as critique against the inability of equality law, anti-racist and feminist policies to fully take into account interrelatedness of human identity and thus of discrimination faced by ethnic minority women in the USA.¹ Intersectionality stresses the indivisibility of human identity and criticizes attempts to essentialize people and their experience of discrimination. The concept is now of much relevance to national, international and supranational discourse on equality law,² though its ambits go beyond legal confines to embrace other disciplines.³

Intersectionality has penetrated scholarly discourse on EU equality law, most notably since the expansion of grounds following the introduction of Article 13 EC in the Treaty of Amsterdam. It forms part of the wider discourse on multidimensionality.

At the moment, there is much being done on how intersectional discrimination can be addressed within the ramifications of the prevailing legal framework. However little is being done to ameliorate the socio-economic within which intersectional discrimination takes place.

The main argument being made here is that due to limitations inherent in it, anti-discrimination law alone fails to fully address intersectional discrimination, and needs the support of other policies.

1 Crenshaw 1989, (reprinted in D.K. Weisberg (ed.) 1993).

2 For an overview see Schiek/Chege (eds) 2008.

3 See for instance Verloo 2006; Yuval-Davis 2006.

2 Structural Intersectional Discrimination

Structural intersectionality is one of the three strands that Crenshaw identifies in her concept of intersectionality, the other two being representational intersectionality which entails the way Black women are depicted in media etc and political intersectionality which basically reflects the dilemma of belonging to different groups and the resulting clash of interests.⁴

Crenshaw used the concept of structural intersectionality to denote the way in which grounds interacted with each other and with the underlying structural background features including class, patriarchy, unemployment, poverty, or other discriminatory practices.⁵ Following this observation, it would be correct to argue that structural intersectionality actually relates to the socio-economic context of discrimination faced by different groups. Since these are not identical, it follows that vulnerability to discrimination varies from group to group. Most affected are those with the weakest structural backgrounds. Thus L'Heureux-Dube J in *Egan v Canada* observes:

*'No one should dispute that two identical projectiles, thrown at the same speed, may nonetheless leave a different scar on two different types of surfaces. Similarly, groups that are more socially vulnerable will experience the adverse effects of a legislative distinction more vividly than if the same distinction were directed at a group which is not similarly socially vulnerable.'*⁶

There are presently no indications whatsoever on how structural intersectionality can be addressed. Crenshaw who introduced the concept offered no guidelines on this, and subsequent studies have focused more on addressing the intersections of grounds with each other. Where the socio-economic context of discrimination has been taken into account by studies, the underlying aim has mostly been to highlight the relevance of addressing intersectional discrimination faced by the group in question.⁷

In the view of this author, addressing structural intersectionality should go further to entail the following three steps: (i) establishing the socio-economic situation of a particular intersectional group; (ii) using existing equality law instruments to address this context; (iii) identifying relevant policies beyond anti-discrimination law and integrating equality concerns into them. These are in turn discussed below.

4 Crenshaw 1991, 1245 ff.

5 Ibid.

6 *Egan v Canada* [1995] 2 S.C.R. 513 at 551-2.

7 See for example Zinsmeister 2007.

3 Addressing Structural Intersectionality

3.1 The Socio-Economic Context

Since different groups have different structural backgrounds, this work will be based on the experience of migrant women in Germany who happen to be ethnic minorities. The concept of migrants as used in the micro-census is broad.⁸ A detailed analysis of the different groups is not possible here. However, the general findings below, which are drastically emphasized when an intra-group analysis is undertaken, have relevance for ethnic minority women as well.⁹

According to the micro census of 2005,¹⁰ only a relatively small percentage of German men (1.4 %) and women (1.5 %) with a non-migrant background have *no school leaving certificates*, as compared to a disproportionate number of migrant women (11.3 %) and men (8.6 %).¹¹

The statistics of the micro census 2005 show that less migrant girls aged between 20-24 years (38 %) *completed vocational training education* than young adult migrant boys (42 %) and non-migrant German girls (63 %).¹²

The micro census further shows that fewer migrant women (35.4 per cent) and men (42.2 per cent) tend to *have professional qualifications* than non-migrant women (60.0 per cent) and men (69.5 percent).¹³

In Germany, non-migrant women (54 %) and migrant women (67 %) tend to be over-represented in the *low income earning group* (up to 1,100 Euro per month),¹⁴ compared to non-migrant men (23 %) and migrant men (29 per cent).¹⁵

8 The Federal Statistical office uses this as a catch all term for persons who were not born on the territory of present day Germany and only immigrated in 1950 or later; persons who possess no German citizenship, or who were naturalised; persons whose parent(s) fulfil these conditions. See Micro census 2005, glossary.

9 See Färber et al. 2008.

10 Micro census 2005, p. 144 and p. 145.

11 Ibid.

12 7. Bericht 2007, p. 68.

13 Micro census 2005, Table 10.

14 7. Bericht 2007, p. 115 f and Annex, Table 37, p. 244.

15 Ibid.

The *labour market participation* rate of women also tends to be lower than that of men. Thus non-migrant males (81.0 %) and females (68.9 %) have higher labour force participation rates than migrant men (78.2 %) and women (58.1 %).¹⁶

As far as *real employment* is concerned, the micro census of 2005 reveals that both German women (38 %) and foreign women (34 %) have lower employment rates compared to German (49 per cent) and foreign (48 %) men.¹⁷

One common trend that can be identified above is that in all areas referred to, women tend to be more disadvantaged than men. However, migrant women remain the most disproportionately disadvantaged group. Therefore treating them essentially like non-migrant women will not ameliorate their socio-economic situation. Secondly, these findings have also been identified in the social-economic background of other groups like disabled women.¹⁸

3.2 Redressing Structural Intersectionality through anti-discrimination law

3.2.1 Legal Instruments

In EU equality law, ethnic minority women at the intersections of the race, ethnicity and sex are covered by the Race¹⁹ and the Gender Equal Treatment Directives.²⁰ Whereas these instruments do not explicitly prohibit multidimensional discrimination, the Race Directive refers to women as being victims of multiple discrimination²¹ and Article 2 and Article 3 (2) of the EC

¹⁶ 7. Bericht 2007, p. 86.

¹⁷ *Färber et al.* 2008, p. 259.

¹⁸ For the socio-economic context of discrimination faced by ethnic minority women see *Zinsmeister* 2007, p. 25 f, especially at p. 28 and p. 34.

¹⁹ Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin [2000] OJ L180/22 (Race Directive).

²⁰ Directive 2002/73/EC of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 76/207/EEC on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions [2002] OJ L 269/15 (to be repealed from 15 August 2009 by Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) [2006] OJ L/204/23).

²¹ Recitals 14 Council Directive 2000/43/EC; also recital 3 Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation [2000] OJ L303/16 (Framework Directive).

Treaty mainstream gender. The latter implies that in the pursuance of racial or any other equality, gender considerations must be incorporated.²²

The work will not examine the whole conceptual structure of the Race and Gender equal treatment Directives. This has been done elsewhere.²³ Rather, it will identify those instruments it considers capable of addressing structural intersectionality, which include concepts of indirect discrimination, positive action and reasonable accommodation.

3.2.2 *Indirect Discrimination*

Both the Race and Sex equal treatment Directives prohibit indirect discrimination.²⁴ Being a group-based notion of justice which seeks to remedy past and on-going discrimination, the concept is well-situated to incorporate the social-economic context of different groups at large. Schiek identifies the social engineering rationale of indirect and contends that it ‘denotes that non-discrimination law is meant to change society and to overcome discrimination in socio-economic reality’.²⁵

Yet despite its relevance, the concept of indirect discrimination has many limitations which have been discussed in literature.²⁶ Since a full review of the shortcomings cannot be expected here, only those with particular relevance for intersectionality will be analysed. Among these are the criticisms to the effect that indirect discrimination can always be objectively justified and that establishing indirect discrimination often leads to individual remedies, but it does not necessarily entail a corresponding burden upon the respondent to undertake positive changes to remove the measure.²⁷ Thus its ability to remedy the social-economic context is limited.

3.2.3 *Positive Action*

The rationale of positive action is to achieve substantive equality by remedying the situation of social groups that were or have faced systematic disadvantage in the society, i.e. through the adoption of measures that take special

22 On gender mainstreaming and intersectionality see *Nielsen* 2008, pp. 31–51, p. 39 f.

23 See for instance *Chege* 2007.

24 Art. 2 (1) and 2 (b) Directive 2000/43/EC; Art. 2 (1) and 2 (2) second indent Directive 2002/73/EC (Art. 14 and Art. 2 (1) (b) Directive 2006/54/EC).

25 *Schiek* 2007, p. 327.

26 See for instance *Fredman* 2001, pp. 14–30.

27 *Ibid.*

account of such groups in access to different social goods like employment, vocational activity, among others.²⁸ However, as discussed elsewhere, positive action has its own limitations that affect its ability to address intersectional discrimination.²⁹ Most notably, irrespective of statistics and studies that show that ethnic minority women tend to be disparately affected as regards participation in vocational training than mainstream women,³⁰ the race provisions on positive action³¹ (unlike the gender provisions)³² do not envisage the possibility of conferring special advantages so as to make it easier for the under-represented class to pursue a vocational activity. Moreover, though substantive³³ and formal³⁴ approaches have been adopted under positive action as evident in the case law of the European Court of Justice, intra-group differences have so far not been highlighted.

3.2.4 *Reasonable Accommodation*

Beyond race and gender, one could also perhaps tentatively argue that inherent in the concept of reasonable accommodation is likewise a concept that might address structural intersectionality. In EU equality law, reasonable accommodation is only envisaged for the ground of disability.³⁵ However, since the conceptual considerations made here are not restricted to structural intersectionality as faced by ethnic minority women, but have implications for concept of structural intersectionality as a whole, an examination reasonable accommodation in this respect is justified.

The duty of reasonable accommodation entails an awareness of the social injustice resulting from the interaction of the existing environment with a protected ground or grounds,³⁶ which makes the individual incapacitated or unable to perform work in a conventional manner.³⁷ Thus the employer is

28 See for example *Faundez* 1994 at p. 3.

29 See *Chege* 2007, 278 f.

30 See data see on socio-economic context of discrimination in this article; see *Bednarz-Braun* (2004).

31 Art. 5 Council Directive 2000/43/EC.

32 Art. 141 (4) EC.

33 Case C-450/93 *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen* [1995] ECR I-3051; Case C-158/97 *Badeck et al* [2000] ECR I-1875.

34 C-476/99 *Lommers v Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij* [2002] ECR I-2891, para. 32; Case C-409/95 *Marschall v Land Nordrhein-Westfalen* [1997] ECR I-6363; Case C-319/03 *Briheche v Ministre de l'Intérieur and Others* [2004] ECR I-8807.

35 Art. 5 Council Directive 2000/78/EC.

36 See for example *Young* 2007, p. 278.

37 *Waddington* 2007, p. 629.

given the obligation to make reasonable adjustments to meet the needs of the disabled person, i.e. by providing a ramp to accommodate a wheelchair.

However, the concept of reasonable accommodation is very individualistic in nature. Thus in UK law *per se*, reasonable accommodation is related to a particular individual such as a job applicant or an employee as regards access to a particular job or an employment relationship respectively.³⁸ Furthermore, the concept of disability is itself rather broad, being an umbrella term for different types of functional limitations in a given population.³⁹ Thus meeting the needs of different disabled persons calls for different measures in each individual case. Lastly but not least, like the concept of indirect discrimination, the duty is inevitably tied to the cost impact on the employer,⁴⁰ a fact which deprives the concept of the intended substantiveness.

Looking at the brief analysis above, one would concur with the view of the European Network Against Racism (ENAR) that essential though it remains, 'non-discrimination still forms only one strand in a holistic approach to addressing inequality'.⁴¹

3.3 Identifying Relevant Policies and Integrating Equality Concerns into them – The European Employment Strategy (EES)

Some of the factors comprising the socio-economic context of discrimination faced by different groups are targeted by other policies and measures, whose overall aim and purpose might not necessarily be equality.

One such policy is the European Employment Strategy (EES). The EES has furthermore been chosen because it is based upon the 'open method of coordination' (OMC) as a new form of governance⁴² which is often related to the European Council summit in Lisbon, 2000 although the idea dates back to the Maastricht Treaty.⁴³ The EES thus offers a chance to experiment on the how the top-down use of non-rigid instruments can be construed to effectively address structural intersectionality.

38 Palmer *et al.* 2007, p. 195 f.

39 See UN Assembly, 'Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, A/RES/48/96, December 1993. On the concept of disability see also Zinsmeister, *Mehrdimensionale Diskriminierung*, p. 82 f.

40 Fredman 2005, p. 5.

41 ENAR 2007, p. 2.

42 On (new) governance see Hatzopolous 2007; Szyszczak 2006; López-Santana, 2006.

43 Szyszczak 2006, p. 486 f; Hatzopolous 2007, p. 311.

There are other areas where the OMC has been used and which can also be useful tools in fighting structural intersectionality. This includes social inclusion and education.⁴⁴ These policies are relevant in that they pursue objectives which are crucial for ensuring an inclusionary society, e.g by fighting poverty and exclusion or enhancing participation in vocational training. Due to the expected scope of this work, these areas will not be examined here. However, as will be seen below, social inclusion and education to a certain extent overlap with the policies envisaged under the European Employment Strategies.

The EES was instituted in 1997 by the introduction of Title VII into the Treaty of Amsterdam. Article 125 EC envisaged the development of a coordinated strategy for employment, and particularly for promoting a skilled, trained and adaptable workforce and labour markets responsive to economic change. It is based on a rotational procedure which is regulated in Article 128 EC. This involves setting policies at the EU level, and leaving their implementation entirely to the Member States which are however expected to report back in their National Action Plans (NAPs) on how they implemented the policies.

The 1999 Guidelines operated under four pillars: improving employability, developing entrepreneurship, encouraging adaptability of businesses and their employees, and strengthening equal opportunities for women and men.

The four pillar structure was reformed in 2003 to a three model structure with overarching and interrelated objectives of full employment, quality and productivity at work, and social cohesion and inclusion.⁴⁵

Following a 2004 review,⁴⁶ the Employment Guidelines of the European Employment Strategy and the Broad Economic Policy Guidelines were adopted as an integrated package, whereby the EES was given the leading role in the implementation of the employment and labour market objectives of the Lisbon Strategy. They are now envisaged for a three year period. The first period was from 2005-2008.⁴⁷ These were maintained in the year 2006⁴⁸ and 2007.⁴⁹ The present guidelines will go up to the year 2008-2010.⁵⁰

44 On social inclusion and education see *Bell* 2008, p. 113.

45 Council Decision 2003/578/EC on guidelines for the employment policies of the Member States [2003] OJ L 197/13.

46 Commission, (2004).

47 Council Decision 2005/600/EC on Guidelines for the employment policies of the Member States [2005] OJ L 205/21 (Employment Guidelines 2005-2008).

Both sets of Guidelines refer *inter alia* to the need to strengthen (and reinforce)⁵¹ social inclusion, prevent exclusion from the labour market and to support integration in employment of disadvantaged people.⁵² The 2008-2010 Guidelines particularly refer to the active inclusion of all through promotion of labour force participation and furthermore identify the need to fight poverty and exclusion of marginalised groups.⁵³

The priority areas identified in the Employment Guidelines 2008-2010 include attracting and retaining more people in employment; increasing labour supply and modernising social protection systems; improving adaptability of workers and enterprises; increasing investment in human capital through better education and skills.⁵⁴ These are given further flesh in the integrated guidelines 17-24.

Looking at the objectives and priorities of the policy guidelines, there is no doubt that the Employment Guidelines tackle many of the issues that were identified as constituting the socio-economic background features faced by ethnic minority women and to a certain extent, disabled women too.⁵⁵ With deliberate effort, these Guidelines can be effectively used to address the socio-economic situation that different groups and sub-groups face, and which otherwise makes the attainment of substantive equality goals illusory.

3.3.1 *Any Impact?*

The next question to consider is whether the Guidelines are mere agenda-setting, non-binding instruments or whether they can and have indeed brought about positive impact. This question is asked in the light of the fact that the OMC policies are not binding instruments. Therefore, since they do

48 Council Decision 2006/544/EC on Guidelines for the employment policies of the Member States L 215/26.

49 Council Decision 2007/491/EC on Guidelines for the employment policies of the Member States [2007] L 183/25.

50 Council Decision 2008/618/EC on guidelines for the employment policies of the Member States OJ L 198/47 (Employment Guidelines 2008-2010).

51 Only Employment Guidelines 2008-2010.

52 Explanatory note, Employment Guidelines 2005-2008 and Employment Guidelines 2008-2010.

53 Explanatory note, Employment Guidelines, 2008-2010.

54 See Integrated Guideline 17 Employment Guidelines 2008-2010. See also Art. 1, 2, 3 Employment Guidelines 2005-2008.

55 On disabled women see *Zinsmeister* 2007, especially p. 28 and 34.

not oblige Member States to make changes in their domestic systems,⁵⁶ their ability to affect the socio-context of discrimination could be limited.

Impact assessment of the EES has mostly been carried out internally by the Community in the form of recommendations, communications or Joint Reports. Thus the Joint Employment Report for 2008/2009 of the Council⁵⁷ acknowledges positive development in respect to recruiting and retaining older people in the labour market, although the exit ages still remain low;⁵⁸ it has also registered an increase in the female employment rate (58.3%) which is close to the 60% 2010 target, although again there seems to be no uniform approach across the Member States.⁵⁹ Progress has likewise been identified in the fight against youth unemployment.⁶⁰ In some other instances such as the integration of people with disabilities; ethnic minorities including the Roma, immigrants; the low-skilled and disabled women, the impact has been less positive.⁶¹ However, internal Community assessments have been criticized for the tendency to portray a positive picture of the OMC.⁶²

Impact assessment from external sources is not uniform. Some commentators find that the EES as well as the OMC have indeed not had much impact on the employment policies of the Member States.⁶³ Some other studies also disqualify NAPs as not being strategic tools for domestic policy making, but mere reports to the EU.⁶⁴ Recommendations have likewise been criticised as not being decisive for policy change,⁶⁵ or as creating false positive impressions.⁶⁶ Others commentators are concerned about the extent to which the outcomes can be attributed entirely to the EES and not to already existing national policies.⁶⁷

However, not all assessment is discouraging. López-Santana who has carried out an empirical study on the effect of the EES on Belgium, Spain and Swe-

56 López-Santana 2006, p. 485.

57 Council, Joint Employment Report 2008/2009, Ref 7435/09, SOC 179, ECOFIN_ 186, EDUC 48, 11 March 2009.

58 Council, Joint Employment Report 2008/2009, p. 12.

59 Council, Joint Employment Report 2008/2009, p. 12.

60 Council, Joint Employment Report 2008/2009, p. 12.

61 Council, Joint Employment Report 2008/2009, p. 13.

62 Szyszczak 2006, p. 496.

63 Featherstone 2005, p. 734.

64 Jacobsson 2005, at pp. 130 and 132 respectively.

65 Ibid.

66 Bell 2008, p. 101.

67 Szyszczak 2006, p. 496.

den reports a positive impact of the EES in all three Member States involved.⁶⁸ She contends that though the EES might not necessarily lead to changes in the legal framework, they do have an impact on policy making processes, particularly at the early stage.⁶⁹

It is indeed a limitation that real impact of the EES is hard to tell. However, irrespective of insufficient evidence as regards impact, it cannot be denied that if explicitly steered, the objectives and priorities pursued in the Guidelines have the potential to give redress to the socio-economic situation of many groups, in particular ethnic minority (and disabled) women. Secondly, López-Santana observes that the EES remove an issue from the periphery and bring it to the core, defining it as an EU problem that policy-makers should take note of.⁷⁰ Once set on the agenda, the issue enjoys priority over other concerns and is also made a legitimate concern.⁷¹ Although she points out the weaknesses inherent in EES and OMC, Szyszczak likewise notes that ‘the framing of a Community policy through guidelines [...] is not only agenda-setting, but also sets the parameters as to how policies should operate.’⁷²

Addressing structural intersectionality would greatly profit from such an approach, if issues excluding particular sub-groups are identified and made Community wide objectives.

3.3.2 *Construing the EES to Address Structural Intersectionality*

Present Approach – Predominantly Single Ground

Despite the potential to affect change, so far, an examination of the EES shows it has tended to adopt a single-ground approach which has basically focused on gender. Both the 1998 and 1999 Employment Strategy Guidelines made mention of gender equality under the equal opportunities pillar which among others envisaged tackling gender gaps and measures to reconcile family with work. In the 2003 Guidelines, gender concerns explicitly cross-cut all three objectives.⁷³ Specific guideline 6 was dedicated to gender equality, while issues relating to race (immigrants and minorities) were included in

68 López-Santana 2006.

69 López-Santana 2006, p. 482.

70 López-Santana 2006, p. 486 f.

71 López-Santana 2006, p. 487.

72 Szyszczak 2006, p. 500.

73 Council Decision 2003/578/EC on guidelines for the employment policies of the Member States [2003] OJ L 197/13.

specific guideline 7 which required Member States to promote the integration of and to combat discrimination against people at a disadvantage in the labour market. This again stressed the fragmented approach adopted by the Guidelines.

Since 2005, integrated guideline 18 has made reference to the need for resolute action to increase female participation and to reduce gender gaps in employment, unemployment and pay.

Equal opportunities and combating discrimination have been identified as essential areas for progress in the employment guidelines.⁷⁴ But this seems to evolve predominantly around gender equality.⁷⁵

Furthermore, mainstreaming has been envisaged only for the ground of gender, which must be considered in all areas of action.⁷⁶

Bell is particularly concerned about the apparent marginalisation of race in the EES.⁷⁷ Race was first introduced into the Guidelines in 1999. This ensued not under the equal opportunities pillar which only relates to gender concerns, but under the employability pillar.⁷⁸ Employment Guidelines 2003 required Member States to foster the integration of people facing particular difficulties on the labour market, such as immigrants, and ethnic minorities, by developing their employability, increasing job opportunities and preventing all forms of discrimination against them.⁷⁹ However, since 2005, no guideline has explicitly mentioned immigrants or minorities, although these have been included in the explanatory notes.⁸⁰

74 See for example Communication from the Council to the Spring European Council. Integrated Guidelines for Growth and Jobs (2008-2010), COM(2007) 803 final, PART V, p. 26; Council Decision 2005/600/EC on Guidelines for the employment policies of the Member States [2005] OJ L 205/21; Council Decision 2008/618/EC on guidelines for the employment policies of the Member States [2008] OJ L 198/47.

75 Also *Bell* 2008, p. 97.

76 Guideline 19, Council Resolution of 22 February 1999 on the Employment Guidelines [1999] OJ C 069/2; Guideline 6, Council Decision 2003/578/EC on guidelines for the employment policies of the Member States, [2003] OJ L 197/13; Council Decision 2005/600/EC on Guidelines for the employment policies of the Member States [2005] OJ L 205/21; Council Decision 2008/618/EC on guidelines for the employment policies of the Member States [2008] OJ L 198/47.

77 See generally *Bell* 2008, p. 96 f.

78 Guideline 9, Council Resolution on the 1999 Employment Guidelines.

79 Guideline 7, Council Decision 2003/578/EC.

80 See integrated guidelines 18 and 19 Employment Guidelines 2005-2008 and 2008-2010. For a critique see *Bell* 2008 especially p. 96 f.

Some other grounds like age⁸¹ and disability⁸² have also featured in the guidelines. But where they have, ground-related perspectives were not always explicit.

The employment guidelines have not explicitly addressed the situation of migrant or ethnic minority women, although the 2003 report of the Employment Taskforce did highlight their low labour participation rates.⁸³ The only indications of a ground-related approach is restricted to the gender mainstreaming, which, as said above, is to be considered in all action areas. Thus implicitly, ethnic minority women might be covered when gender is mainstreamed in the priority areas, i.e. under the objective of integrating minorities and immigrants in the labour market,⁸⁴ or in policies aimed at reducing unemployment gaps between non-EU nationals and EU nationals.⁸⁵ Alternatively, ethnic minority women could be protected under the broad concept of diversity and non-discrimination which has underpinned the Guidelines since 1999, under the social inclusion approach, or as disadvantaged persons. For instance, since 2005, integrated guideline 19 has sought to ensure inter alia inclusive labour markets and to make work pay for job-seekers, including disadvantaged people.⁸⁶

So far, the extent to which these approaches have been adopted is unclear. In the first place, race, as an integral part of ethnic minority women has not acquired the same attention as gender. Secondly, mainstreaming ethnic equality (i.e. in gender matters) has not gained equal attention as gender mainstreaming.⁸⁷ Furthermore, though gender mainstreaming has been included in the Employment Guidelines since 1999,⁸⁸ the 2006/07 and the 2008/2009

81 See reference to older workers in Guideline I (4) Employment Guidelines 1999; Guideline 5 Council Decision 2003/578/EC; integrated guidelines 18 and 23, Employment Guidelines 2005-2008 and 2008-2010; For younger workers see Guideline I (1) Employment Guidelines 1999; Council Decision 2003/578/EC, i.e. guideline 1 (b); integrated Guidelines 17 (i), 18, 22, 24 Employment Guidelines 2005-2008 and 2008-2010.

82 Guideline 7 (combating discrimination) and guideline 8 (incentives to enhance work attractiveness) Employment Guidelines 2003.

83 Employment Taskforce, 'Jobs, jobs, jobs – creating more employment in Europe. Report of the Employment Taskforce chaired by Wim Kok', Brussels: Commission, 2003, p. 45.

84 Guideline 7, Employment Guidelines 2003; Integrated Guideline 18, Employment Guidelines 2005-2008; and 2008-2010.

85 Guideline 7, 2 Employment Guidelines 2003.

86 See Council Decision 2005/600/EC; see also Employment Guidelines 2008-2010.

87 *Bell* 2008, p. 101.

88 *Ibid.*

Joint Employment Reports concluded that a full gender-mainstreaming approach to employment policies is still under-developed.⁸⁹

Neither can an integrated approach be clearly identified in the country specific recommendations, although gender⁹⁰ and immigration matters⁹¹ have been referred to in the recommendations. Thus from the nature of the recommendations, ethnic minority women are assumed to be covered under the concepts of gender, race and ethnicity – or even of minorities (it is notable that the Guidelines have no defined concept of race or ethnicity or minorities).⁹² Alternatively, they are assumed to be integrated within the numerous references to vulnerable⁹³ or disadvantaged⁹⁴ groups.

Notwithstanding the above, the 2008/2009 Joint Report referred to the under-represented status of disabled women in employment; the 2009 Council report to the European Council incorporates the intersections of age and sex (symmetric approach) by recognising workers from the construction sector, particularly young males as being more vulnerable to the recent rise in unemployment in Ireland,⁹⁵ and that men between 25 and 54 years are the most

89 Council, Joint Employment Report 2006/07 Ref6706/07, SOC 74, ECOFIN 89, EDUC 39, 23 February 2007, p. 4. Also Bell, *ibid*.

90 Council Recommendation 2007/209/EC of the 27 March on the 2007 update of the broad guidelines for the economic employment policies [2007] OJ L 92/23 recommendation to the Czech Republic; Malta and the Netherlands; Council Recommendation of 14 May 2008 on the 2008 update of the broad guidelines for the economic employment policies [2008] OJ 2008/399/EC, recommendation to Cyprus and Slovakia; Greece, Italy, Malta and the Netherlands.

91 See Council Recommendations on the implementation of member States' employment policies 2002 OJ L60/70 (recommendations given to Denmark and Germany); Council Recommendation on the implementation of Member States employment policies [2004] OJ L 326/47 (i.e. recommendation to Germany); Council Recommendation 2007/209/EC, recommendations to Denmark, Ireland, Spain, Sweden; See also Council Recommendation 2008/399/EC, recommendations to Denmark, Ireland, Spain and Sweden; Council 2009 Report, recommendations to Belgium, Spain and Sweden.

92 Bell 2008, p. 102.

93 See Council Recommendation 2007/209/EC, recommendations to Belgium, Slovakia; Council Recommendation 2008/399/EC, Recommendations to Belgium, Poland, Romania, Slovakia.

94 See Council Recommendation 2007/209/EC, recommendations to Czech, Hungary, the Netherlands, UK; Council Recommendation 2008/399/EC, recommendations to the Czech Republic, Hungary, the Netherlands, UK. Also Council report 2009, recommendations to Belgium, Cyprus, Hungary, the Netherlands, Austria, Poland, Slovakia, UK.

95 Council Report 2009, recommendation to Ireland (no.2).

affected by high unemployments in Spain. However, this intersectionality is not reflected in the recommendations.⁹⁶

3.3.3 *Construing the Guidelines*

To address structural intersectionality, it would hence be necessary (a) to identify the need to redress the socio-economic situation of different sub-groups as an objective of the EES; (b) to have all grounds of discrimination given the same level of attention in the EES (as gender), and or to extend the policy of mainstreaming to all grounds;⁹⁷ (c) to explicitly adopt an integrated or intersectional approach that focuses on intra-group differences as well.

3.3.4 *Limitations*

Advocating the EES as an instrument to curb structural intersectionality does not mean ignoring inherent weaknesses: One major limitation relates to enforcement. As a general rule, the EES and OMC do not envisage coercive enforcement measures and thus no sanctions. The highest enforcement mechanisms are recommendations,⁹⁸ which as a rule have a non-binding character. Compliance is thus voluntary and might not lead to legal changes,⁹⁹ although it entails a level of political influence.¹⁰⁰

Furthermore, since different situations are identified in different Member States, the recommendations envisage different solutions for each Member State, which might affect the much desired after unified approach.

The strategies make mention of combating discrimination, but they however entail no framework for this. The extent to which they take into account the existing anti-discrimination framework is debatable.¹⁰¹ Hatziopolous has been particularly concerned about the tendency of Member States to implement OMC measures in delineation of or in antagonism with hard law, and most notably with the EC directives.¹⁰² In 2002, the Commission found that there was no apparent linkage of the Member States policies in response to the EES and the Article 13 EC Directives.¹⁰³ Notwithstanding, referring to

96 Council Report 2009, recommendation to Spain (no. 2).

97 For a critique see Bell 2008.

98 Szyszczak 2006, p. 499 f.

99 López-Santana 2006, p. 485.

100 Szyszczak, 2006, p. 500.

101 Bell 2008, p. 100; Hatziopolous 2007, p. 334.

102 Hatziopolous, 2007, p. 334.

103 Commission 2002; also Bell 2008, p. 97.

the integration of the Roma, the 2008/2009 Joint report states that ‘measures to encourage access and integration into the labour market include anti-discrimination policies, for example in the form of legal proceedings combating school segregation and the refusal to hire Roma [...]’.

4 Conclusion

This study has attempted to throw light on how structural intersectionality can be addressed in EU equality law. It briefly highlights the socio-economic context of discrimination faced by ethnic minority women and reveals the corresponding shortcomings of the present anti-discrimination framework. It then seeks for policies beyond equality law into which equality concerns can be mainstreamed while simultaneously adopting an integrated approach. The EES has proven to be one such a policy in terms of objectives and priority areas. Even though studies on its impact remain disputed, there are indications that the setting of policies at the EU level coupled with a non-rigid approach to their implementation has had positive results in some Member States. Thus where concerns of an intersectional group are integrated into policies and objectives at the EU level, there are chances that these issues are removed from the periphery and brought to the core. However, the limitations inherent in the EES and the scope of its activities are reminder of the fact that addressing intersectional discrimination also requires an intersection of a number of policies. For instance, the EES might not be able to address issues arising from restrictive immigration policies which might also exclude some ethnic minority women from the labour market (third country nationals). Thus, the task before EU equality law is to identify other policy areas which can be directed to ameliorating those issues that contribute to making the social-economic background of different groups vulnerable. In all cases, data and studies on the performance of different groups remain extremely relevant.

Literature

- Beauftragte der Bundersregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration:
7. Bericht der Beauftragte der Bundersregierung für Migration, Flüchtlinge und Integration über die Lage der Ausländerinnen und Ausländer in Deutschland, Koelblin-Fortuna-Druck, Baden-Baden, 2007.
- Bednarz-Braun, Iris*: 'Zur beruflichen Ausbildung junger MigrantInnen.' In Bednarz-Braun/Heß-Meining (eds): Migration, Ethnie und Geschlecht, (eds) Migration, Ethnie und Geschlecht: Theorieansätze, Forschungsstand, Forschungsperspektiven, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften (VS), 2004, 175-252.
- Bell, Mark*: Racism and Equality in the European Union, Oxford: OUP, 2008.
- Chege, Victoria*: 'The interaction of race and gender in EU equality law.' In Graue/Mester/Siehlman/Westhaus (eds): International-Europäisch-Regional, Oldenburg: BIS-Verlag, 2007, 267-288.
- Commission: Impact Evaluation of the EES. Background paper. Social inclusion, 2002. http://ec.europa.eu/employment_social/news/2002/may/policy_en.pdf 4 April 2009.
- Crenshaw, Kimberle*: 'Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color', Stanford Law Review, 1991, vol. 43: 1241-1299.
- Crenshaw, Kimberle*: 'Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of anti-discrimination law doctrine, feminist theory, and anti-racist politics', University of Chicago Legal Forum 1989, 139-67 (reprinted in D.K. Weisberg (ed.) Feminist Legal Theory: Foundations, Philadelphia: Temple, 1993, 383-395.
- Employment Taskforce: 'Jobs, jobs, jobs – creating more employment in Europe. Report of the Employment Taskforce chaired by Wim Kok', Brussels: Commission, 2003.
- European Network Against Racism (ENAR): Commission Consultation Concerning a Possible New Initiative to Prevent and Combat Discrimination outside Employment. Response of the European Network against Racism, October 2007. http://cms.horus.be/files/99935/MediaArchive/pdf/oct07_antidiscrimination_measures.pdf, 17 July 2008.

- Färber, Christine; Arslan, Nurcan; Köhnen, Manfred:* Migration, Geschlecht und Arbeit: Probleme und Potenziale von Migrantinnen auf dem Arbeitsmarkt, Opladen: Budrich UniPress, 2008.
- Faundez, Julio:* Affirmative Action: International Perspectives, Geneva: ILO, 1994.
- Featherstone, Kevin:* 'Soft co-ordination meets "hard" politics: The EU and pension Reform in Greece' *Journal of European Public Law (JEPP)*, 2005 733-750, p. 734.
- Fredman, Sandra:* 'Combating racism with human rights.' In Fredman (ed.) *Discrimination and Human Rights, the Case for Racism*, Oxford University Press, 2001, 9-44.
- Fredman, Sandra: *The Future of Equality in Britain, EOC, 2005*, working paper series no. 5.
- Hatzopolous, Vassilis:* 'Why the open method of coordination is bad for you: A letter to the EU', *ELJ*, 2007, vol. 13, 309-342.
- Jacobsson, Kerstin:* 'Trying to Reform the "Best Pupils in Class"? The OMC in Sweden and Denmark.' In Zeitlin, Pochet (eds): *The Open Method of Co-ordination in Action. The European Employment and Social Inclusion Strategies*, 2005, Brussels: PIE-Peter Lang.
- López-Santana, Mariely:* 'The domestic implications of European soft law: framing and transmitting change in employment policy', *ELJ*, 2006, vol. 13, 481-499.
- Nielsen, Ruth:* 'Is EU Equality law capable of addressing multiple and intersectional discrimination yet? – Precautions against neglecting intersectional cases.' In Schiek/Chege (eds): *European Union Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, London: Routledge-Cavendish, 2008, pp. 31-51.
- Palmer, C; Cohen, B; Gill, T; Monaghan, Karon; Moon, Gay; Stacey, Mary:* *Discrimination Law Handbook*, Great Britain: Legal Action Group, 2007.
- Schiek, Dagmar:* 'Indirect discrimination.' In Schiek, Waddington, Bell (eds.): *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford: Hart 2007, 323-475.

- Schiek, Dagmar; Chege, Victoria (eds):* European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, UK: Routledge-Cavendish, 2008.
- Statistisches Bundesamt: Bevölkerung und Erwerbstätigkeit, Bevölkerung mit Migrationshintergrund, Ergebnisse des Mikrozensus 2005, Fachserie 1, Reihe 2.2 Migration in Deutschland 2005.
- Szyszczak, Erika:* 'Experimental governance: The open method of coordination', *ELJ*, 2006, vol. 12, 486-502.
- UN Assembly: 'Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, A/RES/48/96, December 1993.
- Verloo, Mieke:* 'Multiple inequalities, intersectionality and the European Union', *European Journal of Women's Studies*, 2006, Vol. 13, 211–228.
- Waddington, Lisa:* 'Reasonable accommodation.' In Schiek Waddington, Bell (eds.): Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, Oxford: Hart 2007, pp 629-756.
- Young, Iris Marion:* 'Structural injustice and the politic of injustice.' In Grabham, Cooper, Krishnadas, Herman, Intersectionality and Beyond. Law, Power, and the Politics of Location, Routledge-Cavendish, 2007, pp. 274-297.
- Yuval-Davis, Nira:* 'Intersectionality and feminist politics', *European Journal of Women's Studies*, 2006, vol. 13, 193-209.
- Zinsmeister, Julia:* Mehrdimensionale Diskriminierung: das Recht behinderter Frauen auf Gleichberechtigung und seine Gewährleistung durch Art. 3 GG und das einfache Recht, Baden-Baden: Nomos 2007.

National Governance and Governance in Europe – Der EuGH als Governanceakteur

1 Einleitung

Die Forschung zur Europäischen Integration und dem Policy-Making hat sich seit Anfang der 90er Jahre erheblich verändert. Bedingt wird dies durch die Veränderung der Felder der europäischen Politik und der Instrumentarien politischer Steuerung sowie der Herausbildung neuartiger Formen von Governance. Die Position der Europäischen Union als politisches System und ihre Funktion als Akteur des Policy-Makings finden dabei immer intensivere Berücksichtigung. Ein besonderer Focus liegt darauf, dass die EU, welche selbst keine Staatsqualität besitzt, Staatsfunktionen übernimmt und damit die Staatstätigkeit der Mitgliedstaaten transformiert.¹ Es geht somit nicht mehr um den Prozess der Integration, bei dem die Veränderung der EU als solches im Mittelpunkt steht, sondern vielmehr um die Untersuchung der wechselseitigen Wirkung der EU und ihrer Institutionen auf die Mitgliedstaaten und die jeweiligen Kompetenzen.

Die voranschreitende Integration hat für die Nationalstaaten in der EU zu einer Mehrebenenbeziehung geführt. Sie nehmen unter der europäischen und über der regionalen Ebene eine mittlere Position ein. Die Einbindung des Nationalstaats in europäische Entscheidungsprozesse führt zu einer Veränderung der nationalen politischen Institutionen, ihrer Verwaltungspraxis und ihrer Kompetenzen. Dies ist bedingt dadurch, dass der europäisierte Nationalstaat ein für die Integration „offener Staat“² ist. Die Offenheit des Nationalstaats macht diesen allerdings nicht zum Opfer der Europäisierung³, es entsteht vielmehr ein Geflecht neuer Art, in das nationalstaatliche Entscheidungselemente in unterschiedlicher Weise verwoben sind.⁴ Für die Rechtswissenschaft ist insbesondere die Verknüpfung der Governanceebenen und -

1 Tömmel, in: Tömmel (Hrsg.), Die Europäische Union, 2008, S. 13.

2 Zur Begrifflichkeit Wahl, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 53 f.

3 Zu dieser früher vorherrschenden Meinung Di Fabio, Der Staat 32, 1993, S. 191 (193).

4 So Sturm, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 103.

strukturen der Rechtssetzung sowie die Legitimität des geschaffenen Rechts von besonderer Bedeutung. Eine solche Verknüpfung zeigt sich sowohl in den normierten Kompetenzabgrenzungen als auch in der Rechtsauslegung.

2 Governance

„Der Governancebegriff ist in seiner weiteren internationalen Karriere unter vielfältige interkulturelle Einflüsse geraten“.⁵ Dabei hat er zwei ältere Begriffe beerbt, einerseits den Begriff *Gouvernement* und andererseits den Begriff der Steuerung.⁶ Inhaltlich bezeichnet er Formen zur Regelung kollektiver Sachverhalte. Er umfasst rein staatliches Handeln ebenso wie zivilgesellschaftliche Selbstregelung und Formen der Zusammenarbeit staatlicher Akteure untereinander und erwirkt auf allen territorialen Ebenen – international, national, regional und lokal – gleichermaßen. Seine divergierende Bedeutung erhält Governance erst durch Merkmalskontexte, die explizit oder implizit beigelegt werden.⁷ So umschreibt National Governance die verschiedenen Formen der Steuerung im Staat – vornehmlich durch diesen, aber auch durch private Akteure – während European Governance alle Regeln, Verfahren und Verhaltensweisen umfasst, die mit der Art der Ausübung der Befugnisse auf der Ebene der Europäischen Union zusammenhängen. Der Begriff der European Governance ist im Rahmen der Umweltpolitik durch die Europäische Kommission das erste Mal konkretisiert worden. Aus der Erfahrung heraus, dass eine mit Verzicht verbundene Umstellung im Denken und Verhalten der Menschen Europas wesentlich für die Akzeptanz europäischer Regelung und die Identifikation mit Europa ist, hat die Europäische Kommission ein Weißbuch „European Governance“⁸ formuliert, in welchem sie Regeln statuiert, die für die Etablierung einer Dialog- und Partizipationskultur wesentlich sind. Seitdem wurde der Wortsinn „European Governance“ für die Gesamtheit der Ausübung der Befugnis auf europäischer Ebene verwendet.

5 König, in: Holtmann/Patzelt (Hrsg.), *Führen Regierungen tatsächlich?*, 2008, S. 21.

6 Schuppert, *Staatswissenschaft*, 2003, S. 395.

7 So König, in: Holtmann/Patzelt (Hrsg.), *Führen Regierungen tatsächlich?*, 2008, S. 21 f. sowie *Jachtenfuchs* in: Schuppert/Zürn (Hrsg.), *Governance in einer sich wandelnden Welt*, 2008, S. 383.

8 Europäische Kommission, Weißbuch v. 25.7.2001, KOM(2001) 428.

2.1 National Governance

Das staatliche Gewaltmonopol ist Ausdruck der klassischen nationalstaatlichen Governance-Struktur. Herrschaft ist institutionalisierte Macht und damit gleichzeitig rechtlich legitimiert und begrenzt. Macht und Recht beeinflussen sich wechselseitig und lassen sich nicht sinnvoll unabhängig voneinander denken. Macht braucht Recht, um sich als legitim ausweisen zu können, während Recht die Verteilung materieller Ressourcen reflektiert. Mächtige können sich nur so lange auf das Recht berufen, wie es für sie mit allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen im Einklang steht. Bei zu starken Abweichungen diskreditiert sich Recht und verliert dadurch seine herrschaftsstabilisierende Funktion. Weder Recht noch Macht können unabhängig voneinander ein stabiles System bilden; durch dieses Sich-Bedingen wird deutlich, dass keines von beiden dem anderen ontologisch vorgängig ist.⁹ Max Weber stellt das Monopol der Verfügbarkeit legitimer Anwendung physischer Gewaltsamkeit sogar als zentrales Kriterium gegenüber allen anderen Formen politischer Organisation dar.¹⁰ Zusätzlich gehört jedoch auch die Fähigkeit sich finanzielle Ressourcen zu sichern, mit denen sowohl der Herrschaftsapparat im Inneren als auch die Verteidigung oder Expansion nach außen dauerhaft und verlässlich abgesichert werden konnten, zum Wesen des Staates.¹¹

Die Governance-Strukturen haben aber in den letzten Jahren erhebliche Änderungen erfahren. Ausdruck dessen ist beispielsweise, dass staatliche Aufgaben an private Akteure delegiert und „weichere Formen“ des Handelns vermehrt geschaffen und angewandt werden.¹² Die gegenwärtige Entwicklung führt aber nicht zu einem Abdanken des Staates und damit des staatlichen Rechts. Lediglich die Formen verändern sich. Gerade durch Privatisierung und Deregulierung entsteht nämlich ein neuer Regulierungsbedarf. Dies zeigt sich auch darin, dass hoheitliche Regulierungsaktivitäten in letzter Zeit nicht abgenommen, sondern sich lediglich verändert haben. Auch in den Bereichen, in denen ein Rückzug des Staates gefordert wird, bezieht sich dies zumeist nur auf den Einsatz bestimmter Instrumente, nicht aber auf die weiterhin an ihn gerichtete Erwartung, Gemeinwohl und Individualwohl zu sichern. Auch wenn er einen Teil seiner bisherigen Aufgaben eventuell abbau-

9 Ausführlicher zu dieser Problematik *Brühl/Neyer*, in: Schuppert/Zürn, *Governance in einer sich wandelnden Welt*, 2008, S. 190 ff.

10 *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1980, S. 29.

11 *Tilly*, in: Dietrich/Skocpol/Theda (Hrsg.), *Bringing the State back in*, 1985, S. 169 ff.

12 Vgl. hierzu: *Heinicke*, in diesem Band.

en kann, bleibt die an ihn gerichtete Erwartung, zur Aufgabenerfüllung bereit zu stehen groß.¹³ Gewährleistungsstaat ist der Begriff, welcher der heute vorherrschenden Ansicht der Funktion eines Staates am nächsten kommt.¹⁴

Dennoch bleibt im Verfassungsstaat das Gesetz und damit das Recht zentrales Steuerungselement.¹⁵ So war das seit der Aufklärung geschaffene Recht – basierend auf der nationalen Governancestruktur – in erster Linie staatsgesetztes Recht.¹⁶ Recht ist daher zentrales Merkmal für die Veranschaulichung der Governance-Verknüpfungen der nationalen und der europäischen Ebene.

2.2 European Governance

Ein wesentlicher Unterschied der Mehrebenenstruktur der EU ist, dass die Staatsaufgaben sich jetzt nicht mehr nur auf den Nationalstaat, sondern auf zwischenstaatliche Organisationen und Akteure aufteilen. Die Fiktion der Einheit der Staatsgewalt – wie im klassischen Modell des Rechtsstaats – wird durch die variable Staatsorganisation des Mehrebenensystems aufgelöst. Die EU ist eine Vertragsgemeinschaft, die auf den Verfassungsstaaten der Mitglieder beruht. Ähnliche Erscheinungsformen gelten für die Demokratie, die nach wie vor nationalstaatlich organisiert ist, im Mehrebenensystem aber eine Kombination von parlamentarischer Repräsentation und Konkordanzdemokratie ausbildet.¹⁷

Im Gegensatz zum nationalen Governance-System ist die Grundstruktur der EU durch das Fehlen einer politischen Machtzentrale auf der europäischen Ebene gekennzeichnet. Diese Ebene weist zwei unterschiedliche Einflüsse auf – das nationale System und das europäische System –, die kontinuierlich gegeneinander abgewogen werden. Das Monopol der Gewaltausübung liegt noch bei den Mitgliedstaaten, weshalb die EU bei Nichtbefolgung europäischen Rechts kaum über Instrumente zur Zwangsausübung gegen die Staaten verfügt.

Die EU besitzt ein hierarchisches Rechtssystem und eine supranationale Verfassungsordnung, die sich am deutlichsten in den Prinzipien der „Direkt-

13 Hoffmann-Riem, in: Schuppert, Governance-Forschung, 2006, S. 203.

14 Schuppert, in: Schuppert: Der Gewährleistungsstaat, 2005, S. 11 ff.

15 Schuppert, in: Schuppert: The Europeanisation of Governance, 2006, S. 40.

16 Hoffmann-Riem, in: Schuppert: The Europeanisation of Governance, Baden-Baden, 2006, S. 200.

17 Benz, Der moderne Staat, 2001, S. 286 f.

wirkung“ und der „Überordnung“ ausdrücken lässt.¹⁸ Durch dieses hierarchische System kann die EU ihr fehlendes Gewaltmonopol teilweise kompensieren. Die Mitgliedstaaten können sich, obschon die EU im eigentlichen Sinn über keine eigene Gewalt verfügt, gemeinschaftsrechtlichen Regelungen teilweise nicht mehr entziehen. So gibt es systemimmanente Regelungen der europäischen Governance, die eine Durchsetzung ohne Macht rein über die hierarchischen Strukturen ermöglichen. Dazu gehören unter anderen das Prinzip der Direktwirkung und die Möglichkeit der Europäischen Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren¹⁹ einzuleiten, welches mit Sanktionen gegen die betreffenden Staaten enden kann.²⁰ Aufgrund der spezifischen Struktur der EU kommt die Hierarchie als Governancemodus aber nur insoweit zur Ausbildung, wie sie von einem ausgeprägten Konsens der Mitgliedstaaten getragen wird. Zwar können die europäischen Organe eine solche Konsensbildung beeinflussen oder teilweise, wie im Fall des Europäischen Gerichtshofes, erzwingen; eine Garantie für die Herbeiführung kann aber nicht gegeben werden. Regelsetzung und Regelbefolgung sind im EU-System abhängig von der Akzeptanz der Mitgliedstaaten.

Trotz einer stetigen Weiterentwicklung der EU ist die bipolare Grundkonstellation der europäischen und der nationalen Ebene stets erhalten geblieben; weder wurden der EU Kompetenzen entzogen, noch hat eine konsequente Ermächtigung stattgefunden.²¹ Recht stellt sowohl in der Bundesrepublik, als auch in der EU ein zentrales Element von Governance dar. Daher können Anknüpfungspunkte der nationalen Governance mit der europäischen im Bereich des Rechts gut veranschaulicht werden.

3 Verknüpfungen der Governance-Ebenen

Im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, ebenso wie im EU-Vertrag finden sich Vorschriften bezüglich der Verbindung bzw. Kompetenzeinräumung der jeweils anderen Ebene. Da jedoch die genaue Ausgestaltung der Ebenen nicht abschließend normiert ist, hat im Laufe der Jahre im Rahmen der Rechtsprechung eine stetige Konkretisierung der Befugnisse im Bereich des Rechts stattgefunden.

18 Hierzu später unter 3.2.

19 Artikel 226 EG-Vertrag.

20 Vgl. dazu *Jachtenfuchs*, in Schuppert/Zürn, Governance in einer sich wandelnden Welt, 2008, S. 385 f.

21 *Tömmel*, in: Tömmel (Hrsg.): Die Europäische Union, 2008, S. 31.

3.1 Normierte verfassungsrechtliche Verknüpfungen

Im Jahr 1949 ist die Bundesrepublik unter einem Regime alliierter Vorbehalte als Teilstaat einer getrennten Nation und damit als nur teil-souveräner Staat geschaffen worden. Trotz seines Provisoriencharakters enthielt das Grundgesetz alle für den Ausbau eines inneren Verfassungsstaats notwendigen Elemente. Ihre Pfeiler finden sich in den Art. 1, 3, 21, 79 Abs. 3 GG. Weniger gewürdigt wurde dabei lange Zeit, dass das Grundgesetz schon von Beginn an das Merkmal einer neuen Epoche formuliert hat.²² Bereits 1949 hat es in Deutschland einen Doppelanfang gegeben. Neben dem konsequenten Ausbau der inneren Verfassungsstaatlichkeit auch die Öffnung dieses Staates nach außen. Diese zeigt sich, neben der Formulierung der Präambel: „[...] als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“ vor allem in Art. 24, welcher die Verfassungsentscheidung für die internationale Zusammenarbeit und die bewusste Öffnung des Staates nach außen normiert.²³ Er besagt, dass „durch Gesetz [...] der Bund Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Gemeinschaften übertragen [kann].“ Art. 24 stellt damit sowohl Staatszielbestimmung als auch Ermächtigungsnorm dar.

Von Art. 24 GG wurde bei der Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) 1951 und bei der Bildung der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) durch die Römischen Verträge 1957 früh Gebrauch gemacht. Dennoch ist die große Bedeutung dieses Artikels erst in den letzten 20 Jahren tatsächlich wahrgenommen und bewusst geworden. Inzwischen hat man erkannt, dass es sich um eine Schlüsselnorm der gesamten Verfassung handelt, die das Grundgesetz in einem „Akt beispielhafter Weitsicht“²⁴ aufgenommen hat. Sie stellt eine Grundsatzentscheidung dar, die die Bundesrepublik rechtlich zu einem kooperationsbereiten und kooperierenden Staat macht.²⁵ Diese Schlüsselbestimmung öffnet das Tor für ein anderes Staatsverständnis; der Weg zu supra- und internationalen Strukturen ist nur über den Staat selbst möglich. Eine internationale Organisation kann nicht aus sich selbst heraus entstehen, dazu bedarf es konstituierender Akte durch eine Vereinbarung unter Staaten. Dies veranschaulicht, dass der Staat die Basis aller supranationalen Strukturen und internationalen Organisa-

22 Wahl, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, S. 148 f.

23 So bereits wegweisend Vogel, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes*, 1964, S. 42.

24 Tomuschat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HdbStR VII*, 1992, § 172, Rn. 40.

25 Vgl. dazu Bogdandy, *Supranationaler Föderalismus*, 1999, sowie Schwarze (Hrsg.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas*, 1998.

tionen darstellt. Deshalb bedarf es im Verfassungsrecht der besonderen Klauseln, um die Kompetenz und die Legitimation zu erteilen, dass andere Organe als die des Staates in das Staatsgebiet und auf das Staatsvolk einwirken können.²⁶

Mit dem Kompetenzzuwachs der EG insbesondere durch die vereinbarte Währungsunion im Vertrag von Maastricht zur Gründung der Europäischen Union²⁷ bildete Art. 24 GG keine hinreichend tragfähige verfassungsrechtliche Grundlage mehr für die EG bzw. EU.²⁸ Um eine weitere Kompetenzübertragung dennoch zu legitimieren ist 1992 ein neuer Artikel 23, der terminologisch an den Vertrag von Maastricht anknüpfte, in das Grundgesetz an der Stelle eingefügt worden, an der 1990 durch die Aufhebung der Beitrittsbestimmung des Art. 23 GG nach der Wiedervereinigung eine „Lücke“ entstanden war.²⁹ Diese systematische Position wurde vom verfassungsändernden Gesetzgeber bewusst gewählt, um zu verdeutlichen, dass nach der Vollendung der Deutschen Einheit die Einigung Europas im fortschreitenden Integrationsprozess die nächste große Aufgabe für die Bundesrepublik Deutschland darstellt.³⁰ Der Art. 23 GG hat also eine speziell auf die Europäische Union zugeschnittene Rechtsgrundlage geschaffen, welche einerseits die durch die Organe der EU auf deutschem Staatsgebiet und gegenüber deutschen Staatsbürgern ausgeübte Hoheitsgewalt stärker demokratisch legitimiert und andererseits den schleichende Kompetenzverlust der Länder in Bereichen ihrer Gesetzgebungskompetenz dadurch kompensiert, dass der Bundesrat bei der europäischen Rechtsetzung vorausgehenden nationalen Willensbildung abgestufte Mitwirkungsrechte erhält.³¹ Dieses stellt eine verfassungsrechtliche Legitimation des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung dar, welches besagt, dass Organe der EU nur dann Rechtsnormen erlassen dürfen, wenn sie dazu durch die Gemeinschaftsverträge explizit ermächtigt sind. Die Bundesrepublik nimmt aber in diesem Artikel bereits substantielle Einschränkungen vor, indem sie festsetzt, dass sie sich nur an einer „strukturähnlichen“ Gemeinschaft beteiligen will, somit einer Gemein-

26 Dazu *Wahl*, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, S. 159 ff.

27 Vertrag über die Europäische Union, Vertrag v. 7.2.1992, ABl. EG C 191 v. 29.7.1992.

28 Vgl. Abschlussbericht der Verfassungskommission, BT-Drucks. 12/600.

29 Gesetz zur Änderung des GG, v. 21.12.1992, BGBl. I S. 2086.

30 Vgl. die Ausführungen der Abgeordneten Verheugen in der Sitzung des Bundestages vom 8.10.1992, PlenProt. 12. Wahlp., S. 9348 und Möller in der Sitzung des Bundestages am 2.12.1992, PlenProt. 12. Wahlp., S. 10866. Anderer Auffassung: *Schwarze*, JZ 1993, S. 585 (587).

31 Für weitergehende Information siehe *Scholz*, NJW 1993, S. 1690 (1690).

schaft, die Demokratie und Rechtsstaatlichkeit gewährleistet. Komplementär normiert die EU in Art. 6 Abs. 1 EUV, dass sie auf den Grundsätzen der Freiheit, Demokratie, Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit beruht. Die EU sieht sogar im Art. 7 EUV ein formelles Verfahren vor, an dessen Ende ein Aussetzen von Mitgliedschaftsrechten des betreffenden Staates stehen kann. Somit liegt hier kein einseitig nationaler, sondern ein wechselseitiger Vorbehalt für die Verknüpfung der Governance vor.³²

Das Verhältnis der unterschiedlichen Governance-Ebenen wird also in verschiedenen verfassungsrechtlichen Regelungen bereits ansatzweise geregelt. Die Bundesrepublik tritt zwar einerseits explizit Kompetenzen ab, sichert sich aber andererseits einen Einfluss auf diese; dies charakterisiert genau den Kern dessen, was häufig mit dem Begriff der Mehrebenenverwaltung umschrieben wird und was letztlich für eine Form der europäischen Governance steht.

3.2 Verknüpfungsbeispiele in der Rechtsprechung

Die rechtliche Integration Europas lässt sich vor allem auch auf einen zwi-schengerichtlichen Wettbewerb Europas zurückführen. Dies ergibt sich dadurch, dass die höchsten nationalen Gerichte mit dem EuGH insoweit in einem Interessenkonflikt stehen, als eine Erweiterung der supranationalen Rechtsprechungskompetenz ihre eigene Rechtsprechungskompetenz sowie das Letztentscheidungsrecht über Kernfragen des Rechts untergräbt.³³ Die europäische Integration durch Recht spiegelt sich neben der Überprüfung der Kompetenzen in den höchsten nationalen Gerichten in der zunehmenden Nutzung des Vorabentscheidungsverfahrens wider, in dem die Interessen supranationaler und nationaler Gerichtsinstanzen zur Konvergenz gebracht werden können. Das Verhältnis des deutschen Rechts zum europäischen Rechts definiert sich sowohl durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes als auch durch die des Bundesverfassungsgerichts.³⁴

Eine Kompetenzabgrenzung der Governanceebenen zeigt sich dabei in der Rechtsprechung in verschiedenen Bereichen.

32 *Wahl*, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.): Europawissenschaft, S. 164.

33 *Frerichs*, Judicial Governance, S. 113.

34 Vgl. dazu: Solange-Rechtsprechung, BVerfG, Beschluss v. 29.5.1974, BVerfGE 37, 271 (271 ff.), näher ausgeführt unter Teil 3.2.2 dieses Beitrags.

3.2.1 Grundrechte

Der Europäische Gerichtshof hat bei seinen Entscheidungen bezüglich der Grundrechte Konzepte aus dem deutschen Verfassungsrecht übernommen, und damit aufgezeigt, dass seine Governancekompetenz in diesem Bereich teilweise hinter der nationalen zurücktritt, beziehungsweise, dass er sich in diesem Bereich an dem nationalen Recht orientiert. Deutlich wird dies insbesondere im Fall *Liselott Hauer vs. Land Rheinland-Pfalz*³⁵, in welchem der Europäische Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens das Vorliegen eines Grundrechtsverstoßes zu prüfen hatte. Dabei hat er für die Ausgestaltung der Grundrechte, die als sogenannte allgemeine Rechtsgrundsätze Geltung beanspruchenden Grundregeln aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten destilliert, und außerdem die im deutschen Verfassungsrecht übliche Prüfungsreihenfolge angewandt, indem er zunächst prüfte, ob das einschränkende Gesetz dem Wohl der Allgemeinheit diene, danach, ob es verhältnismäßig sei und abschließend, ob der Wesensgehalt des Grundrechts verletzt worden sei.³⁶

3.2.2 Unmittelbare Wirksamkeit und Anwendungsvorrang

Im Rahmen der *van Gend & Loos* Entscheidung³⁷ kam es vor dem Europäischen Gerichtshof erstmals zur Frage der unmittelbaren Wirksamkeit³⁸ von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem einzelnen Bürger, welche dem Wortlaut nach die Mitgliedstaaten betrafen. Der EuGH stellte dazu fest, dass alle Normen des Gemeinschaftsrechts, die der Sache nach abschließend, vollständig und „rechtlich perfekt“ sind, d.h. welche zu ihrer Anwendbarkeit keiner weiteren Ausführungsakte bedürfen, für alle denkbaren Adressaten unmittelbar wirksam sind.³⁹ In dieser Entscheidung sprach der EuGH dabei noch von einer Rechtsordnung des Völkerrechts, während er in der inhaltlichen Folgeentscheidung *Costa/ENEL*⁴⁰ anerkannte, dass durch den EWG-Vertrag eine eigene Rechtsordnung geschaffen worden sei, woraus unter anderem folge, dass „dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen

35 EuGH, Rs. 44/79, Urt. v. 13.12.1979, Slg. 1979, 3727.

36 Vgl. *Schuppert*, Staatswissenschaft, S. 864 ff.

37 EuGH, Rs. 26/62, Urt. v. 5.2.1963, Slg. 1963, I (24 ff.).

38 Auch Durchgriffswirkung genannt.

39 *Schuppert*, in: *Schuppert*, The Europeanisation of Governance, Baden-Baden, 2006, S. 30 f.

40 EuGH, Rs. 6/64, Urt. v. 15.7.1964, Slg. 1964, 1241 (1269 f.).

können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll“. Der EuGH erkannte dem Gemeinschaftsrecht hier neben der unmittelbaren Wirkung auch einen Anwendungsvorrang zu.

Die Akzeptanz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts schwankte mehrfach in der Rechtsprechung der Bundesrepublik zwischen der Bereitschaft, den eigenständigen Charakter des Gemeinschaftsrechts - und damit ein starkes europäisches Governancepotential - zu respektieren und einer sehr zurückhaltenden Position. In einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Ende der sechziger Jahre⁴¹ bekannte sich das Bundesverfassungsgericht zur Grundkonzeption der EG als autonome und grundsätzlich vorrangige Rechtsordnung. Aber bereits im Solange I Beschluss⁴² entschied das Bundesverfassungsgericht, dass die nationale Prüfung der Konformität des sekundären Gemeinschaftsrechts mit den deutschen Grundrechten solange vorbehalten sei, bis die Gemeinschaft über einen eigenen Grundrechtekatalog verfüge. Im Solange II Beschluss⁴³ relativierte das Bundesverfassungsgericht aber wieder dahingehend, dass eine Prüfung nicht notwendig sei, solange die EG nicht die wesentlichen Strukturen der Grundrechte aushöhle und an dem inzwischen erreichten Grundrechtsstandard festhalte, der demjenigen des GG im Wesentlichen gleichzuachten sei. Demgegenüber reaktivierte das Maastricht-Urteil⁴⁴ vorsichtig den Prüfungsvorbehalt gegenüber dem Sekundärrecht. Es erläuterte, dass das Bundesverfassungsgericht sich in Kooperation mit dem EuGH in Deutschland auf eine generelle Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards im Sinne des Grundgesetzes beschränke. Hierzu stellte der neu geschaffene Art. 23 GG klar, dass sich eine solche nationale Kontrolle des Gemeinschaftsrechts nur auf ein ernsthaftes Antasten der Grundprinzipien des Grundgesetzes beziehen könne und dass der europäische Grundrechtsstandard dem deutschen nur im Wesentlichen vergleichbar sein müsse. Solche Gefahren sind, wie im Bananenmarkt-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts⁴⁵ erläutert, für die deutsche Verfassung nach dem derzeitigem Gemeinschaftsrecht kaum zu befürchten.

41 BVerfG, Urt. v. 19.7.1967, BVerfGE 22, 267 (271 ff.).

42 BVerfG, Beschluss v. 29.5.1974, BVerfGE 37, 271 (271 ff.).

43 BVerfG, Beschluss v. 22.10.1986, BVerfGE 73, 339 (339 ff.).

44 BVerfG, Urteil v. 1. u. 2.7.1993, BVerfGE 89, 155 (155 ff.).

45 BVerfG, Beschluss. v. 7.6.2000, BVerfGE 102, 147 (161 ff.).

Nach dem „Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts [haben] die Vertragsbestimmungen und die unmittelbar geltenden Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane [...] nicht nur zur Folge, dass allein durch ihr Inkrafttreten jede entgegenstehende Bestimmung des geltenden staatlichen Rechts ohne weiteres unanwendbar wird, sondern auch [...], dass ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären.“⁴⁶ Eine solche Unvereinbarkeit einer später ergangenen Vorschrift des innerstaatlichen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht führt nicht dazu, dass diese inexistent ist, sondern dazu, dass das nationale Gericht verpflichtet ist, die Vorschrift unangewendet zu lassen.⁴⁷ Dieser Grundsatz gilt dabei sowohl für unmittelbar anwendbares Primärrecht wie auch für unmittelbar anwendbares Sekundärrecht.⁴⁸

Die Vorrangwirkung erstreckt sich nach der Meinung des EuGH ohne jeden Vorbehalt auch auf nationales Verfassungsrecht.⁴⁹ Sie bewirkt überdies nicht nur die Zurückdrängung des nationalen Rechts, sondern hat auch eine organisatorisch-verfahrensrechtliche Konsequenz. Es besteht nämlich hinsichtlich der Kontrolle der Rechtmäßigkeit von EG-Recht nach Auffassung des EuGH ein Monopol. Nur der EuGH darf über die Rechtmäßigkeit von EG-Recht befinden,⁵⁰ nicht aber staatliche Organe. Es kann also der Vorrangwirkung nicht mit der Behauptung ausgewichen werden, der fragliche Gemeinschaftsrechtsakt sei rechtswidrig. In einem solchen Fall muss grundsätzlich zuerst der EuGH die Gemeinschaftsvorschrift für nichtig oder ungültig erklären.

Der EuGH leitet die Vorrangthese – wie zuvor schon die unmittelbare Anwendbarkeit des EG-Rechts – hauptsächlich aus der Eigenständigkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung ab, die für ihn wiederum aus mehreren Aspekten des Vertrages folgt.⁵¹

46 EuGH, Rs. 106/77, Simmenthal II, Urt. v. 9.3.1978, Slg. 1987, 629 (636 ff.).

47 So EuGH, Rs. C-10/97-22/97, In.Co.Ge.'90 u.a., Urt. v. 22.10.1998, Slg. 1998, I-6324 (6331 ff.).

48 Griller, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 120.

49 EuGH, Rs. 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Slg. 1970, 1125 (1126): „daher kann es die Gültigkeit einer Gemeinschaftshandlung oder deren Geltung in einem Mitgliedstaat nicht berühren, wenn geltend gemacht wird, die Grundrechte in der ihnen von der Verfassung dieses Staates gegebenen Gestalt oder die Strukturprinzipien der nationalen Verfassung seien verletzt.“

50 Vgl. insbes. EuGH, Rs. 314/85, Urt. v. 22.10.1987, Slg. 1987, 4199 (4202), Rn. 15 u. 17, und Gutachten 1/91 EWR-Abkommen, Slg. 1991, I-6079, Rn. 35.

51 Griller, in: Schuppert/Pernice/Halter, Europawissenschaft 2005, S. 210 f.

An der ausführlichen Rechtsprechung in diesem Bereich kann man verfolgen, wie der EuGH und das BVerfG Kompetenzen im Rahmen der Governance zu definieren versuchen. Gleichzeitig wird deutlich, dass es sich dabei nicht nur um reine Rechtsauslegung, sondern gleichzeitig auch um Rechtsgestaltung und damit um eine Form der politischen Partizipation handelt.

3.2.3 *Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung*

Die Hintergründe der Entwicklung des Sekundärrechts sind wirtschaftlicher und politischer Art und wirken dabei nicht nur direkt auf die Auslegung des Sekundärrechts, sondern sogar auf die Auslegung des nationalen Rechts.

Im Rahmen der Marleasing-Entscheidung des EuGH⁵² statuiert dieser die Pflicht der rechtsanwendenden Organe der Mitgliedstaaten, das nationale Recht gemeinschaftskonform auszulegen.⁵³ Dies ist ein wesentlicher Schritt für die Kompetenzverteilung zwischen EU und dem Nationalstaat.

Der EuGH hat also, indem er selbst über das Vorabentscheidungsverfahren direkten Einfluss auf die Auslegung hat, ein über den direkt ersichtlichen Kompetenzbereich hinausgehendes Steuerungspotential.

4 **Kompetenzproblematike bei der vertraglichen Weiterentwicklung der EU**

Seit dem Vertrag von Maastricht sehen einzelne Vertreter der deutschen Politik in der Kompetenzabtretung an die EU noch stets eine Gefahr. Sie versuchen, die vertragliche Weiterentwicklung der EU durch Verfassungsbeschwerden zu verhindern.

Karl Albrecht Schachtschneider brachte 1992 zusammen mit Peter Gauweiler eine Verfassungsbeschwerde gegen den Maastricht-Vertrag vor, welche heute als Maastricht-Urteil⁵⁴ gravierende Bedeutung innehat. Die Beschwerde wurde, wie auch die 1998 eingereichte Beschwerde gegen den Bundestagsbeschluss über die Teilnahme Deutschlands an der Währungsunion verworfen. Da die Beschwerde als jedenfalls offensichtlich unbegründet erschien, konnte Letztere sogar in einer „a limine“-Abweisung ohne mündliche Verhandlung abgewiesen werden, da die Mitwirkung Deutschlands an der Währungsunion

52 EuGH, Rs. C-106/89, Urt. v. 13.11.1990, Slg. 1990, I-4135 (4135 ff.).

53 Schuppert, Staatswissenschaft, 2003, S. 851.

54 BVerfG, Urteil v. 1. u. 2.7.1993, BVerfGE 89, 155 (155 ff.), vgl. dazu 3.2 dieses Beitrags.

„im Vertrag von Maastricht vorgesehen sowie mit Art. 23 und Art. 88 Satz 2 GG grundsätzlich gestattet ist.“⁵⁵

Auch der zur Vertiefung der EU-Integration 2003 von einem Europäischen Konvent erstellte Entwurf eines EU-Verfassungsvertrags⁵⁶ bot für den Abgeordneten Peter Gauweiler Anlass zur Verfassungsbeschwerde. Er versuchte sich mit einer Organklage und einer Verfassungsbeschwerde gegen den Beschluss des Ältestenrates des Deutschen Bundestages zu wenden, über das Zustimmungsgesetz in zweiter und dritter Lesung zu beschließen.⁵⁷ Diese sind jedoch wegen des Zeitpunkts des Vorbringens vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens als unzulässig abgewiesen worden,⁵⁸ da den Interessen des Beschwerdeführers hinreichend dadurch Rechnung getragen sei, dass er gegen das Zustimmungsgesetz unmittelbar nach Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens mit der Verfassungsbeschwerde vorgehen könne. Aufgrund der negativen Referenden in Frankreich und den Niederlanden konnte der Vertrag aber nicht in Kraft treten, womit sich eine weitere Verfassungsbeschwerde im Anschluss erledigt hat.

Aktuell sind zwei Verfassungsbeschwerden und zwei Organklagen, basierend auf einer potentiellen Verletzung des Demokratieprinzips beim Bundesverfassungsgericht gegen den neuesten europäischen Vertrag, den Vertrag von Lissabon, eingereicht worden. Der Vertrag wird dadurch, obwohl das Zustimmungsgesetz vom Bundestag am 24.4.2008 und vom Bundesrat am 23.5.2008 mit der vorgeschriebenen Mehrheit verabschiedet worden ist, in Deutschland vorläufig ausgehebelt, da der Bundespräsident erst im Anschluss an das Verfahren unterzeichnen wird. „In der nun für das weitere Schicksal der EU-Reform anbrechenden entscheidenden Phase sitzen die Richter aus Karlsruhe gewissermaßen mit am Verhandlungstisch.“⁵⁹ Damit übernimmt das BVerfG eine Kompetenz zur Kompetenzvergabe. Es bleibt abzuwarten, wie sich dieses Verfahren entwickeln wird. Konsequenter wäre die Abweisung der Verfassungsbeschwerde, da das Bundesverfassungsgericht im Maastrichturteil festgestellt hatte, dass die Teilnahme Deutschlands an der EU auch zu

55 BVerfG, Urteil v. 17.8.1998, BVerfGE 97, 350 (368).

56 Vertragsentwurf v. 29.10.2004, ABl. EU Nr. C-310, S. 1 ff.

57 BVerfG, Pressemitteilung Nr. 35/2005 v. 28.2.2005.

58 BVerfG, Beschluss v. 28.2.2005, 2 BvR 636/05 u. 2 BvE 1/05.

59 So *Brok/Selmayr*, EuZW 2008, S. 488.

einem Treffen von Entscheidungen führen könne, welche so nicht von Deutschland gewollt seien oder sogar gegen seinen Willen zustande kommen.⁶⁰

Während die meisten oben aufgeführten Ausgestaltungen der Governanceverschiebung zu einer Vergrößerung der europäischen Kompetenz führen, zeigen das Nicht-Inkrafttreten des „Vertrages für eine Verfassung in Europa“ sowie das Aussetzen der Unterzeichnung des „Vertrages von Lissabon“ das Defizit der europäischen Handlungskompetenz auf. Das europäische Governancemodell der Hierarchie kommt nur bei einem Konsens der Mitgliedstaaten zum Tragen. Fehlt die mitgliedstaatliche Akzeptanz, so wird das System ausgehebelt.

5 Schlussfolgerungen

Nach der Feststellung des Bundesverfassungsgerichts in seiner Maastricht-Entscheidung sind bereits in den 1990er Jahren 80% aller deutschen Gesetze durch das Gemeinschaftsrecht festgelegt und 50% veranlasst worden.⁶¹ Bereits dadurch zeigt sich, dass der EuGH im Integrationsprozess eine prominente rechtliche und politische Rolle einnimmt. Er schafft Recht, indem er Auslegungsentscheidungen trifft und betreibt dabei gleichzeitig auch Politik mit dem Treffen politischer Selektionsentscheidungen. Es besteht also keine einseitige Wirkung des Rechts der europäischen Ebene auf die nationale Ebene, sondern es herrscht das Prinzip der Wechselwirkung.

Durch Vorabentscheidungen erwirkt der EuGH eine Fortbildung des EG-Rechts. Die Rechtsprechung wirkt dabei direkt auf die Politik zurück, wo sie dem Gemeinschaftsgesetzgeber oder den Mitgliedstaaten als Grundlage für weitere Rechtssetzungsaktivitäten dient. Dieser Ausbau des Rechts lenkt das Mehrebenensystem weiter in Richtung des Idealtyps supranationaler Governance, so dass dem EuGH im Wechselspiel mit den anderen beteiligten Institutionen insgesamt eine integrationsverstärkende, horizontale und vertikale Verbindungen fördernde Funktion zugeschrieben werden kann.⁶² Für den EuGH selbst bedeutet die fortschreitende Integration bzw. die Institutionalisierung supranationaler Governance einen Gewinn an Autonomie, die ihm

60 BVerfG, Urteil v. 1. u. 2.7.1993, BVerfGE 89, 155 (183 f.).

61 BVerfG, Urteil v. 1. u. 2.7.1993, BVerfGE 89, 155 (173).

62 *Stone Sweet/Brunell*, in: *Stone Sweet, The Judicial Construction of Europe*, 2004, S. 45 ff.

ermöglicht, durch die Interpretation und Modifikation von Regeln eigene Steuerungssignale zu setzen.⁶³

Der Maßstab für eine gelungene Europäisierung ist nicht der Machtverlust der Nationalstaaten, sondern der Mehrwert europäisierten politischen Entscheidens auch für die nationale Politik.⁶⁴ Die Mitgliedschaft eines Staates in einer supranationalen Gemeinschaft bewirkt nämlich durchgehend eine Verdoppelung der für eine politische Einheit einschlägigen Strukturmerkmale.

Mit dem Vertrag von Lissabon sollen die nationalen Exekutiven ihre europapolitischen Gestaltungsbefugnisse teilweise aus der Hand geben, indem sie die Ausgestaltung des neuen Primärrechts Versammlungen überlassen, die zu zwei Drittel aus vom Bürger direkt gewählten nationalen und europäischen Parlamentariern bestehen. Der Bürger selbst wird also zentraler gestellt und verdoppelt seine demokratischen Rechte. Auf der europäischen Ebene sollen nämlich nicht mehr nur die nationalen Vertreter agieren, welche zumeist nationale Interessen vertreten, sondern europäische Vertreter, welche europäische Interessen vertreten. Gleichzeitig räumt der Vertrag von Lissabon den nationalen Parlamenten ein neues Recht ein: die Europäische Kommission muss über neue EU-Gesetzesvorschläge direkt und frühzeitig informieren, weshalb die nationalen Parlamente nicht mehr von der Information der nationalen Regierungen abhängig sind. Ausserdem erhalten die nationalen Parlamente das Recht, Subsidiaritätsbedenken anzubringen. Der dem europäischen Parlament eingeräumte Kompetenzbereich kann danach also von den nationalen Parlamenten durchbrochen werden.

Die EU erhält somit keine Kompetenzen, welche direkt zu einer Verringerung der nationalen Kompetenzen führen. Der Vertrag von Lissabon könnte lediglich eine handlungsfähigere EU schaffen, die einen Vorrang in einzelnen Governancebereichen zuerkannt bekommt, ohne jedoch den Nationalstaaten – durch das eingebaute Vetorecht – die Kompetenzen vollständig zu entziehen.

Die Problematik der Mehrebenengovernance bleibt also bestehen, könnte jedoch durch eine Ratifizierung des Lissabon-Vertrages verringert werden.

63 *Frerichs*, *Judicial Governance*, 2008, S. 115 f.

64 *Sturm*, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, S. 103.

Literatur

- Benz, Arthur:* Der moderne Staat: Grundlagen der politischen Analyse. München u.a., 2001.
- Bogdandy, Armin von:* Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform: Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam. Baden-Baden 1999.
- Brok, Elmar; Selmayr, Martin:* Per Popularklage zurück nach Nizza? – Zu den Verfassungsklagen gegen den Reformvertrag von Lissabon. Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2008, S. 487-491.
- Brühl, Tanja; Neyer, Jürgen:* Recht der Macht oder Macht des Rechts? Globales Regieren im Ozon-Regime und der WTO. In: Schuppert, Gunnar Folke; Zürn, Michael: Governance in einer sich wandelnden Welt. Wiesbaden 2008, S. 190-212.
- Di Fabio, Udo:* Der neue Art. 23 des Grundgesetzes. Positivierung vollzogenen Verfassungswandels oder Verfassungsneuschöpfung? Der Staat 32, 1993, S. 191-217.
- Frerichs, Sabine:* Judicial Governance in der europäischen Rechtsgemeinschaft. Integration durch Recht jenseits des Staates. Schriften zur Governance-Forschung 11. Baden-Baden 2008.
- Griller, Stefan:* Die Europäische Union – Ein staatsrechtliches Monstrum? In: Schuppert, Gunnar Folke; Pernice, Ingolf; Haltern, Ulrich (Hrsg.): Europawissenschaft. Baden-Baden 2005, S. 201-272.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang:* Governance im Gewährleistungsstaat – Vom Nutzen der Governance-Perspektive für die Rechtswissenschaft. In: Schuppert, Gunnar Folke (Hrsg.): Governance-Forschung – Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien. Schriften zur Governance-Forschung 1., 2. Aufl., Baden-Baden 2006, S. 195-219.
- Jachtenfuchs, Markus:* Institutionelle Struktur und Governance in der EU. In: Schuppert, Gunnar Folke; Zürn, Michael (Hrsg.): Governance in einer sich wandelnden Welt. Wiesbaden 2008, S. 282-400.
- König, Klaus:* Governance- und Managementkonzepte des Regierens. In: Holtmann, Everhard; Patzelt, Werner J. (Hrsg.): Führen Regierungen tatsächlich? Zur Praxis gouvernementalen Handelns. Wiesbaden 2008, S. 21-34.

- Scholz, Rupert*: Europäische Union und Verfassungsreform. Neue Juristische Wochenschrift 1993, S. 169-1691.
- Schuppert, Gunnar Folke*: Staatswissenschaft. Baden-Baden, 2003.
- Schuppert, Gunnar Folke*: The Europeanisation of National Governance Structures in the Context of the Transformation of Statehood. In: Schuppert, Gunnar Folke: The Europeanisation of Governance. Baden-Baden, 2006, S. 9-57.
- Schuppert, Gunnar Folke*: Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit?. In: Schuppert, Gunnar Folke: Der Gewährleistungsstaat: ein Leitbild auf dem Prüfstand. Baden-Baden, 2005, S. 11-53.
- Schwarze, Jürgen*: Das Staatsrecht in Europa, Juristenzeitung 1993, S. 585-594.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.)*: Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas. Baden-Baden 1998.
- Stone Sweet, Alec; Brunell, Thomas*: Constructing a Supranational Constitution. In: Stone Sweet, Alec: The Judicial Construction of Europe. Oxford 2004, S. 45-107.
- Sturm, Roland*: Was ist Europäisierung? Zur Entgrenzung und Einbindung des Nationalstaats im Prozess der europäischen Integration. In: Schuppert, Gunnar Folke; Pernice, Ingolf; Haltern, Ulrich (Hrsg.): Europa-wissenschaft. Baden-Baden 2005, S. 101-127.
- Tilly, Charles*: War Making and State Making as Organized Crime. In: Evans, Peter B.; Rueschemeyer, Dietrich; Skocpol, Theda (Hrsg.): Bringing the State back in, Cambridge u.a. 1985, S. 169-191.
- Tömmel, Ingeborg*: Governance und Policy-Making im Mehrebenensystem der EU. In: Tömmel, Ingeborg (Hrsg.): Die Europäische Union, Governance und Policy Making. PSV-Sonderheft 40, Wiesbaden 2008, S. 13-35.
- Tomuschat, Christian*: § 172: Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Bd. VII, Heidelberg 1992, S. 483-524.

- Vogel, Klaus:* Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine international Zusammenarbeit: Ein Diskussionsbeitrag zu der Frage der Staatstheorie sowie des deutschen Staatsrechts. Tübingen, 1964.
- Wahl, Rainer:* Europäisierung und Internationalisierung – Zum Verlust der schützenden Außenhaut der Souveränität, in: Schuppert, Gunnar Folke; Pernice, Ingo; Haltern, Ulrich (Hrsg.): Europawissenschaft. Baden-Baden 2005, S. 147-176.
- Wahl, Rainer:* Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung. Frankfurt am Main 2003.
- Weber, Max:* Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie. 5. Aufl., Tübingen 1980.

Autorinnen und Autoren

Behrends, Sylke, Dr. rer. pol., Dipl.-Oec.

Lehrkraft für besondere Aufgaben im Institut für ökonomische Bildung;

Arbeits-/Forschungsschwerpunkte: Universitäre Lehre im Bereich der ökonomischen Bildung, fachwissenschaftliche Grundlegung sowie volks-, betriebs- und wirtschaftspolitische Fundierung der ökonomischen Bildung.

Ausgewählte Publikationen: Behrends, Sylke: Neue Politische Ökonomie. WiSo Kurzlehrbücher, Reihe Volkswirtschaft, München 2001.

Behrends, Sylke: Politik als Markt, eine Arbeitsblattreihe zur Neuen Politischen Ökonomie, in: Unterricht Wirtschaft, H. 29/2007, S. 34-64.

Behrends, Sylke: Soziale Sicherung in der Bundesrepublik Deutschland, in: Unterricht Wirtschaft, H. 32/2007, S. 4-8.

Kontakt:

sylke.behrends@uni-oldenburg.de

URL: <http://www.ioeb.uni-oldenburg.de>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Bick, Christina, mr., LL.M.

Geb. 1983 in Georgsmarienhütte, 2002-2006 Studium „Comparative and European Law“, Hanse Law School Oldenburg, Bremen & Groningen, 8.2005 Bachelor of Laws (Comparative and European Law) (LL.B.), 8.2006 Meester in de rechten (Law in Europe) (mr.) „met lof“, sowie effectus civilis, 8.2006 Master of Laws (Comparative and European Law) (LL.M.). Seit 2005 Tätigkeit im Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften. Übernahme von Tutorien und Lehrveranstaltungen in den Bereichen Öffentliches Wirtschaftsrecht, Europäisches Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht.

Promotionsvorhaben: Retaliations within the System of the WTO

Kontakt:

christina.bick@uni-oldenburg.de

URL: <http://www.uni-oldenburg.de>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Brandt, Guntram, mr., LL.M.

Geb. 1981 in Oberhausen, 2002-2006 Studium „Comparative and European Law“, Hanse Law School Oldenburg, Bremen & Groningen, 8.2005 Bachelor of Laws (Comparative and European Law) (LL.B.), 8.2006 Meester in de rechten (Law in Europe) (mr.) „met lof“, 8.2006 Master of Laws (Comparative and European Law) (LL.M.), 10.2006 Legal Advisor, Ifib Bremen/ EU Kommission, Public Procurement Projekt (europaweites elektronisches Vergabeverfahren). Seit 2007 Tätigkeit am Lehrstuhl für Öffentliches Wirtschaftsrecht

Promotionsvorhaben: Das Anti-Dumping-Recht der EG im Handelsverkehr mit der Volksrepublik China unter besonderer Berücksichtigung des Marktwirtschaftsstatus

Kontakt:

guntram.brandt@uni-oldenburg.de

URL: <http://www.uni-oldenburg.de>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Chege, Victoria, LL.M., LL.M.Eur.

Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Europäisches Wirtschaftsrecht.

Forschungs-/Arbeitsschwerpunkte: Anti-Diskriminierungsrecht, interdisziplinäre Annäherungen an ‘Intersectionality’, Europäisches Wirtschaftsrecht.

Ausgewählte Publikationen: Schiek/Chege (eds): European Union Discrimination Law: Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, London: Routledge-Cavendish, 2008; Chege: ‘The interaction of race and gender in EU equality law’, in Graue/Mester/Siehlman/Westhaus (eds) International-Europäisch-Regional, Oldenburg: BIS-Verlag, 2007, 267-288.

Kontakt:

victoria.chege@uni-oldenburg.de

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Ehnts, Dirk, Dr. rer. pol.

Geb. 1977 in Bremen; 1997-2002: Studium der Volkswirtschaftslehre an den Universitäten in Göttingen und Valencia; 2002-2003: Junior Affiliate Affiliated Computer Services Spain im Bereich International Accounting; 2003-2006 Stipendiat von Villigst e.V., Abschluss der Promotion (s.u.) 2008 mit summa cum laude ab. Seit 2006 ist Dirk Ehnts wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Internationale Wirtschaftsbeziehungen an der Universität Oldenburg.

Ausgewählte Publikationen: Ehnts, Dirk: Foreign Direct Investment, Linkages and Spillovers in a New Economic Geography Framework“, bod Verlag 2008

Kontakt:

dirk.ehnts@uni-oldenburg.de

URL: <http://www.uni-oldenburg.de/iw>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Eiselt, Andreas, Dipl.-Kfm.

Geb. 1975; 1997-2001 Studium der Betriebswirtschaftslehre an den Universitäten Paderborn und Oldenburg; 2002-2003 Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsassistent bei einer mittelständischen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft; seit 2003 wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Betriebswirtschaftslehre/Rechnungswesen (Wirtschaftsprüfung und Controlling) der Universität Oldenburg mit den Forschungsschwerpunkten Corporate Governance, Internationale Rechnungslegung, Bilanzpolitik und Bilanzanalyse; Verfasser zahlreicher Publikationen zu diesen Themengebieten.

Kontakt:

andreas.eiselt@uni-oldenburg.de

URL: <http://www.andreas-eiselt.de>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Haneberg, Lars, Dipl.-Kfm.

Geb. 1976; 1995-1997: Ausbildung zum Industriekaufmann; 1998-2003: Studium der Betriebswirtschaftslehre an der Universität Oldenburg sowie ESCP-EAP in Paris, Oxford, Berlin; seit 2007: wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Wirtschaftsprüfung und Controlling an der Universität Oldenburg.

Arbeits-/Forschungsschwerpunkte: Controlling, Kosten- und Leistungsrechnung, Entrepreneurship.

Kontakt:

lars.haneberg@uni-oldenburg.de

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Heinicke, Thomas, Dr. iur., LL.M. (UCT)

Ass. iur., seit Oktober 2007 Lehrkraft für besondere Aufgaben an der Universität Oldenburg, wiss. Mitarbeiter am Lehrgebiet Arbeitsrecht. Studium in Düsseldorf, Köln und Kapstadt, Promotion in Köln über ein umweltverfassungsrechtliches Thema.

Ausgewählte Publikationen: Piratenjagd vor der Küste Somalias - Überlegungen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen der EU NAVFOR Somalia/ATALANTA-Operation, in: Kritische Justiz 02/2009 (im Erscheinen); Die Auswirkungen der Föderalismusreform auf das öffentliche Dienstrecht – das neue Spannungsfeld von Solidarität, Kooperation und Wettbewerb zwischen den Ländern (gemeinsam mit Prof. Dr. Dr. h.c. Frank), in: ZBR 2009, 34; Umweltschutz im Grundgesetz und in der Verfassung der Republik Südafrika – eine vergleichende Betrachtung, WiKu-Verlag, Duisburg, 2007.

Kontakt:

thomas.heinicke@uni-oldenburg.de

URL: <http://www.fk2.uni-oldenburg.de/InstRW/arre/18958.html>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Jakob, Christian, Dipl.-Jur.

Geb. 1982. Erstes Juristisches Staatsexamen im Juli 2007 an der Universität Bremen. Seit Oktober 2007 Student im Masterstudiengang „Informationsrecht (LL.M.)“ an der Universität Oldenburg. Stipendiat im DFG Projekt Trustsoft.

Forschungsschwerpunkte: Die Untersuchung der Interpendenzen zwischen Informations- und Kommunikationstechnologie und Risikomanagementsystemen sowie die hieraus erwachsenden gesellschaftsrechtlichen Implikationen.

Promotionsvorhaben: Gesellschaftsrechtliche Anforderungen an Risikomanagementsysteme.

Ausgewählte Publikation: Jakob, Christian: Die Pflicht Risiken zu managen – Gründe der Finanzkrise, in: Horster (Hrsg.): D-A-CH Security 2009, S. 115-127.

Kontakt:

christian.jakob@uni-oldenburg.de

URL: <http://www.privatrecht.uni-oldenburg.de/30216.html>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Kühling, Jan, Dipl.-Oec.

Nach Ausbildung zum Bankkaufmann Studium der Betriebswirtschaftslehre mit juristischem Schwerpunkt sowie der Wirtschaftswissenschaften. Seit 2007 wissenschaftlicher Mitarbeiter im Fachgebiet Wirtschaftstheorie an der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg.

Forschungsschwerpunkte: Happiness-Forschung, Grüne Präferenzen.

Promotionsvorhaben: Nachhaltiger Konsum und individuelle Konsumwahl.

Ausgewählte Publikationen: Kühling/Menz, Bevölkerungsalterung und Schwefeldioxidemissionen, Oldenburger Forschungsnetzwerk 2008; Welsch/Kühling, Pro-Environmental Behavior and Rational Consumer Choice: Evidence from Surveys of Life Satisfaction, Discussion Paper (Grüne Reihe) 2008; Welsch/Kühling, Using Happiness Data for Environmental Valuation: Issues and Applications, Journal of Economic Surveys 2009.

Kontakt:

jan.kuehling@uni-oldenburg.de

URL: <http://www.wt.uni-oldenburg.de/28214.html>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Mazzocchi, Ronny

Geb. 1978; 1997-2003: Studium der Volkswirtschaftslehre an den Universitäten an der Universität Trento (Italien) mit Abschluss *summa cum laude*; 2003-2005: M.Sc. in Volkswirtschaftslehre, Universität Siena (Italien); seit 2005: Doktorand an der Universität Siena und Student an der Scuola Superiore „Santa Chiara“, Siena. 2006-2008: Gastforscher am Lehrstuhl für Internationale Wirtschaftsbeziehungen an der Universität Oldenburg.

Kontakt:

ronny.mazzocchi@unisi.it

URL: <http://www.econ-pol.unisi.it>

Department of Economics

University of Siena

Meyerholt, Ulrich, Dr. iur., Dipl.-Kfm.

Akademischer Rat am Lehrstuhl für Öffentliches Wirtschaftsrecht. Arbeitsschwerpunkte liegen im Umweltrecht, im Wirtschaftsverwaltungsrecht, im Allgemeinen und Besonderen Verwaltungsrecht und im Presserecht. Forschungsthemen liegen im Bereich Umweltrecht, Wirtschaftsrecht und Presse-recht.

Aktuelle Veröffentlichungen: Meyerholt, Ulrich, Umweltrecht, Oldenburg 2007; Götz Frank/Ulrich Meyerholt, Die gescheiterte Verfassungsreform. Die Verfassungsfrage im geeinten Deutschland, in: Mut 501, Mai 2009.

Kontakt:

ulrich.meyerholt@uni-oldenburg.de

URL: <http://www.fk2.uni-oldenburg.de/InstRW/oeffwr/1225.html>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Porath, Jane, Dipl.-Hdl.

Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Fachgebiet Berufs- und Wirtschaftspädagogik. Studium der Wirtschaftspädagogik an der Universität Rostock, der Humboldt-Universität zu Berlin und der Umeå Universitet (SE).

Forschungsschwerpunkte: Die empirische Lehr-Lernforschung und die curriculare und schulorganisatorische Integration von Energiebildungsthemen an berufsbildenden Schulen.

Promotionsvorhaben: Kompetenzentwicklung und berufliche Orientierung von Berufsfachschüler(inne)n.

Kontakt:

jane.porath@uni-oldenburg.de

URL: <http://www.uni-oldenburg.de/bwp>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Schmidt, Bernd, Dipl.-Jur. , LL.M.

Geb. 1981 in Freudenstadt, 2002-2006 Studium der Rechtswissenschaften in Hannover, Lausanne und Münster, 18.10.2006: Erste juristische Staatsprüfung bei dem OLG Hamm, 2007 Masterstudium an der University of Auckland (NZ), LL.M. (Commercial Law). Seit 1.4.2008 Stipendiat im DFG Projekt Trustsoft

Promotionsvorhaben: Compliance: Leitungs- und Organisationspflichten in Kapitalgesellschaften

Ausgewählte Publikationen: Schmidt, Bernd: IT-Compliance, in: Diehl/Lipskoch/Meyer/Storm (Hrsg.): Proceedings des gemeinsamen Workshops der Graduiertenkollegs 2008, Berlin 2008, S. 30-32.

Schmidt, Bernd: Compliance: Die Vorstandspflicht zur Beherrschung von Rechtsrisiken, in: Horster (Hrsg.): D-A-CH Security 2009, S. 25-41.

Kontakt:

bernd.schmidt@uni-oldenburg.de

<http://www.privatrecht.uni-oldenburg.de/33140.html>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Schröder, Wiebke, Dipl.-Hdl.

Lehrkraft im Fachgebiet Berufs- und Wirtschaftspädagogik. Lehramtsstudium für Berufsbildende Schulen mit Zweitfach Politik an der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg.

Forschungsschwerpunkt: Die empirische Berufsbildungsforschung.

Promotionsvorhaben: Personalkompetenzentwicklung und berufliche Orientierung von Berufsfachschüler(inne)n.

Kontakt:

w.schroeder@uni-oldenburg.de

URL: <http://www.uni-oldenburg.de/bwp>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Schuricht, Michael, Dipl.-Kfm.

Geb. 1982 in Hohenmölsen. Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Studium der Betriebswirtschaftslehre an der Ludwig-Maximilians-Universität München und des Technologiemanagement am Center of Digital Technology & Management in München. Dabei Schwerpunkte im Bereich Kapitalmarktforschung und Finanzierung sowie empirische Forschung und Unternehmensplanung.

Forschungsschwerpunkte: Existenzgründung und Risikokapitalfinanzierung.

Promotionsvorhaben: Themenfeld Identifikation und Systematisierung von Selektionskriterien in der Partnerwahl von Venture-Capital-Investoren.

Kontakt:

michael.schuricht@uni-oldenburg.de

URL: <http://www.fk2.uni-oldenburg.de/entrepreneurship/24502.html>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Schwithal, Tim Torsten, Ass. jur.

Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, Rechtswissenschaften, Europäisches Wirtschaftsrecht; wissenschaftliche Koordination der Hanse Law School. Studium der Rechte in Saarbrücken, Bonn und Köln (Institut für Rundfunkrecht); Referendariat am Kammergericht, Berlin.

Forschungs-/Arbeitsschwerpunkte: Europäisches Wirtschaftsrecht, Rundfunk- und Medienrecht, Juristenausbildungsreform

Ausgewählte Publikationen: Lisbon - The End of European Integration?, Hanse Law Review Vol. 4 Nr. 1 2008; Das Nein der Iren zum Vertrag von Lissabon - Konsequenzen, Lösungswege, Chancen, Neue Justiz 8/2008 (jew. mit Prof. Dr. Jens M. Schubert); Meinungsmacht und Rundfunkmarkt – Medienkonzentration im digitalen Zeitalter, Oldenburger Forschungsnetzwerk, Band 5, 2008.

Kontakt:

tim.schwithal@uni-oldenburg.de

URL: <http://www.fk2.uni-oldenburg.de/InstRW/euowr/index.html>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg

Vollmar, Bernhard H., Dr. rer. pol.

Ausbildung zum Bankkaufmann, Landesbank Hessen-Thüringen; Studium der Betriebswirtschaftslehre, Georg-August-Universität Göttingen; Tätigkeit als Consultant, Deloitte Consulting; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Betriebswirtschaftliche Geldwirtschaft (IfBG), Lehrstuhl für Betriebli-

che Finanzwirtschaft und Bankbetriebslehre der Georg-August-Universität Göttingen (dort Promotion zum Dr. rer. pol.). Seit 2007 Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand an der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg, Stiftungsprofessur Entrepreneurship, Geschäftsführer, VentureLab Oldenburg e. V., Lehraufträge an der Hochschule Vechta sowie der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg.

Forschungs-/Arbeitsschwerpunkte: Bereiche Unternehmens-, Organisations- und Finanzierungstheorie, Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie und Methodik der Wirtschaftswissenschaften.

Ausgewählte Publikationen: Vollmar, Bernhard H.: Vertrauen und Konstruktion von Wirklichkeiten – eine epistemologisch fundierte Konzeption mit Implikationen für die ökonomische Theoriebildung. BoD, Norderstedt 2007.

Nicolai, Alexander; Vollmar, Bernhard H.: Zwischen Sein und Sollen: Henry Mintzbergs Beitrag für die Managementwissenschaften. In: Organisations-Entwicklung, Nr. 4, 2007, Klassiker der Organisationsforschung (5) Henry Mintzberg, S. 86-91.

Euler, Mark; Kraus, Sascha; Vollmar, Bernhard H.: Communication matters – Netzwerkkonstitution im Entrepreneurship. In: Siems, Florian U.; Brandstätter, Manfred; Gölzner, Herbert (Hrsg.): Anspruchsgruppenorientierte Kommunikation. Neue Ansätze zu Kunden-, Mitarbeiter- und Unternehmenskommunikation. VS Verlag, Wiesbaden 2008, S. 479-493.

Kontakt:

bernhard.vollmar@uni-oldenburg.de

URL: <http://www.fk2.uni-oldenburg.de/entrepreneurship/index.html>

Department für Wirtschafts- und Rechtswissenschaften

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg