



Gastkommentar	<i>Burkhard Hirsch</i> · Datenschutz ist Bürgerschutz	49
Aufsätze	<i>Birgit Weitemeyer</i> · Die Grundlagen des Altruismus und die Bedeutung steuerlicher Vergünstigungen für Gemeinnützigkeit	51
	<i>Patrick Hilbert</i> · Der Bundesstaat als Hemmschuh für Reformen? – Insbesondere die Rolle des Bundesrates	56
	<i>Carolin Raspé</i> · Der Handel mit Frequenzen nach dem neuen TKG	62
	<i>Conrad Wandt</i> · Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften bei Betriebsübergang	69
	<i>Heiko Tschauer und Wolfram Desch</i> · Mangelnde Anwendbarkeit deutschen Eigenkapitalersatzrechts auf eine niederländische B.V. in deutschem Sekundärinsolvenzverfahren	75
International	<i>Friedrich Wenzel Bulst</i> · Of Arms and Armour – The European Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Law	81
Streitgespräch	<i>Jürgen Basedow, Hubertus Gersdorf, Michael Fehling</i> · Die Privatisierung der Deutschen Bahn	95
Rezensionen	Christoph Möllers: Die drei Gewalten; Raymond Wacks: Law. A Very Short Introduction (<i>Johannes Gerberding</i>)	108
	Klassiker der juristischen Literatur – Thomas Hobbes: Leviathan (Erster und Zweiter Teil) (<i>Anna Bodemann</i>)	

Redaktion der Ausgabe 2/2008

Sascha Arnold
Cathrin Bauer
Anna Bodemann
Hendrik Doobe
Stefan Frick
Johannes Gerberding
Heiner Kahlert
Christopher Krois
Benedikt Laudage
Sebastian Schneider
Simon Schönleber
Michael Schramm
Jan Sturm
Birga Tanneberg
Philipp Tieben
Manuel Waldmann

Korrespondierender Beirat

Professor Dr. Michael Fehling, Hamburg
Professor Dr. Anne Röthel, Hamburg
Professor Dr. Frank Saliger, Hamburg

Impressum

© Bucerius Law Journal e.V. i.G., Hamburg

Bucerius Law Journal
c/o Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg

ISSN 1864-371X

Urheberrechte: Die Zeitschrift und alle in ihr enthaltenen Beiträge und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt; die Rechte hierfür liegen bei den jeweiligen Autoren oder dem Bucerius Law Journal. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Bucerius Law Journals genutzt oder verwertet werden. Erlaubt ist die Erstellung von digitalen Kopien, Ausdrucken und Fotokopien für den persönlichen, nichtgewerblichen Gebrauch.

Manuskripte: Das Bucerius Law Journal haftet nicht für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Eine Rücksendung erfolgt nur, wenn Rückporto beigelegt ist. Die Übersendung eines Manuskripts beinhaltet die Erklärung, dass der Beitrag nicht gleichzeitig anderweitig angeboten wird. Mit der Annahme zur Veröffentlichung durch das Bucerius Law Journal überträgt der Autor dem Verlag ein ausschließliches Nutzungs- und Verwertungsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Eingeschlossen sind insbesondere auch das Recht zur Herstellung elektronischer Versionen und zur Speicherung in Datenbanken sowie das Recht zu deren Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Nach Ablauf eines Jahres ab Veröffentlichung des Beitrages ist der Autor berechtigt, anderen Verlagen eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen.

Erscheinungsweise: Das Bucerius Law Journal (BLJ) erscheint dreimal jährlich.

Covergestaltung: gürtlerbachmann Werbung GmbH

Bucerius Law Journal

Juli 2008

Heft 2/2008 Seiten 49 – 111

Dr. Dr. h.c. Burkhard Hirsch, Düsseldorf*

Gastkommentar: Datenschutz ist Bürgerschutz

„Eines Tages“, schrieb *Kurt Tucholsky* 1930 der vor den grölenden Horden verdämmern der Republik ins Stammbuch, „wird einer kommen, der wird eine geradezu donnernde Entdeckung machen: er wird den Einzelmenschen entdecken. Er wird sagen: auf den kommt es an. Und ob der glücklich ist, das ist die Frage. Daß der frei ist, das ist das Ziel. Gruppen sind etwas Sekundäres. Es kommt nicht darauf an, daß der Staat lebe – es kommt darauf an, daß der Mensch lebe.“

Freilich, es dauerte, bis auch in der Bundesrepublik begriffen wurde, daß Datenschutz nicht „Täterschutz“ ist, sondern die Forderung, die wesentlichen Elemente der Privatheit auch im Zeitalter der elektronischen Kommunikation zu erhalten und gegen die Begehrlichkeiten des Staates und ökonomischer Interessenten zu sichern. Es blieb selbst nach einem fast 10-jährigen erbitterten Kampf um das erste Bundesdatenschutzgesetz, selbst bis zu den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zur Volkszählung, zum Lauschangriff, zum Luftsicherheitsgesetz und zur Online-Durchsuchung privater PCs umstritten, ob die Bürgerrechte des Einzelnen zur Disposition gestellt werden dürfen, wenn der Staat meint, daß sie ihn stören, und ob die Regierung das Recht haben müsse, nach ihrem Ermessen, also opportunistisch sogar über das Leben der Bürger zu verfügen, sie zu opfern, wenn sie meint, es sei für alle besser so.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner denkwürdigen Entscheidung zum Volkszählungsgesetz den Gedanken eines „Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung“ zu einem auf der Menschenwürde und auf dem Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit beruhenden Grundrecht gemacht. Wer damals gehofft haben sollte, es handele sich um eine alsbald revidierte Einzelentscheidung, der täuschte sich gründlich. Das Urteil war die konsequente Fortsetzung seiner ständigen Rechtsprechung, die der Menschenwürde, der Privatheit und der Selbstbestimmung den Vorrang vor Effektivität und Perfektionismus gab. In den letzten vier Jahren hat

das Bundesverfassungsgericht sie in elf Entscheidungen fortgesetzt, in denen Gesetze des Bundes ganz oder teilweise für verfassungswidrig und nichtig erklärt wurden – eine beispiellose, den Gesetzgeber beschämende Serie.

In seiner Volkszählungsentscheidung von 1983 warnt das Bundesverfassungsgericht davor, den Einzelnen durch staatliche Überwachung, durch die Möglichkeiten der modernen Informationstechnologie und durch zunehmende Kontrolle unter wachsenden Anpassungsdruck zu setzen. Dabei fußte das Gericht nicht nur auf dem geistigen Erbe von *John Locke*, *Wilhelm v. Humboldt* und *John Stuart Mill*, sondern auch auf der berühmten *privacy*-Rechtsprechung der Richter *Brandeis*, *Warren* und *Cooley*. Sie entwickelten die Begriffe „*privacy*“ und das „*right to be let alone*“ – das Recht, in Ruhe gelassen zu werden – und vertraten schon Ende des 19. Jahrhunderts die Auffassung, daß das Common Law jedem Individuum das Recht einräume, regelmäßig selbst zu bestimmen, in wie weit seine Gedanken, Meinungen und Gefühle anderen mitgeteilt werden sollen.

Auch der Begriff „*informationelles Selbstbestimmungsrecht*“ war nicht neu, sondern von *Steinmüller*, *Podlech*, *Denninger* und anderen in die wissenschaftliche Literatur eingeführt und sogar schon einmal in einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts verwendet worden.

Das informationelle Selbstbestimmungsrecht als eine Art Grundrecht und das Verständnis des Kernbereichs der privaten Lebensführung als eines Wertes, der vor jeder Abwägung geschützt ist und allen Interessen der Allgemeinheit vorgeht, sind mutige Vorgaben. Sie sind nicht ohne Kritik geblieben, obwohl das Gericht ihre Bedeutung durch die ständige Berufung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz begrenzt hat. Es sind insbesondere die Minderheitsvoten gewesen, die eine eindeutige Absage an die gesetzgeberische Tendenz forder-

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Düsseldorf.

ten, das allmähliche Abgleiten der Bundesrepublik in einen Präventions- oder Überwachungsstaat aufzuhalten.

Jahrelang schienen drei Entwicklungen dem Datenschutz und dem Wunsch nach Privatheit immer mehr den Boden zu entziehen und ihn unmodern zu machen.

Da ist der Siegeszug der modernen Elektronik, die rasante Verbreitung der PCs, der Payback-Karten, der Mobiles, des Internets, der SMS, des Chattens und der Emails, die das persönliche Gespräch und den Brief ersetzt haben und jede menschliche Kommunikation, jeden Einkauf, jeden Aufenthaltsort des stand-by-geschalteten Handys, jeden dem PC anvertrauten Gedanken zu einer unbegrenzt speicherbaren elektronischen Spur gerinnen lassen, die ausgeforscht, übermittelt und überwacht werden kann.

Da ist die Leichtfertigkeit, mit der Handy-Benutzer ganze ICE-Großraumabteile akustisch vermüllen, mit der andere Zeitgenossen im TV oder Internet ihre Intimdaten herumstreuen wie Pustebumen, aus Dummheit, Angeberei oder sozialem Autismus.

Da ist schließlich und nicht erst nach dem 11.09.2001 das nahezu unersättliche Sicherheitsbedürfnis einer Gesellschaft, die sich nur zu gern mehr persönliche Sicherheit von staatlichem „Durchgreifen“ versprechen lässt und dabei stillschweigend davon ausgeht, daß sie selbst von diesen Maßnahmen schon nicht betroffen sein werden. Man ist ja schließlich kein Ganove und behauptet, man habe auch nichts zu verbergen. Man will den Zuwachs an eigener Sicherheit mit der Freiheit der anderen bezahlen – politische Zechprelle, als ob wir aus der eigenen Geschichte nicht wüßten, daß es keine persönliche Freiheit ohne gesellschaftliche Freiheit geben kann.

Dieser Glaube, man sei selbst nicht betroffen, ist schon einmal bei der Volkszählung durch die Unersättlichkeit staatlicher Wünsche und privater Bedenkenlosigkeit massiv ins Wanken geraten. Bei der Telefonüberwachung sind wir unter den demokratischen Staaten Weltmeister. Man schätzt, daß jährlich etwa 500.000 Personen bei Telefonaten im Inland oder ins Ausland inhaltlich erfaßt werden. Bei der Rasterfahndung nach „islamistischen Schläfern“ wurden über 6 Millionen Personen gerastert, davon etwa 200.000 unter Mitwirkung amerikanischer Beamter herausgefiltert, ohne jedes bekannt gegebene und ohne jedes forensische Ergebnis. Ein besonderes Verdachtsmerkmal war die bisherige Unbescholtenheit der Verdächtigen. Das vom Verfassungsgericht verworfene NRW-Verfassungsschutzgesetz sollte die heimliche Verwanzung eines PCs mit dem Ziel ermöglichen, nicht nur Telefonate vor ihrer Verschlüsselung zu erfassen, son-

dern den gesamten Inhalt der Festplatte auslesen und jede weitere Nutzung des PCs inhaltlich dem Verfassungsschutz übermitteln zu können. Das Gericht entwickelte ein Grundrecht auf Gewährleistung der Integrität und Vertraulichkeit elektronischer Informationssysteme, um die staatliche Neugier auf extreme Notfälle zu beschränken. Im Entwurf eines Bundeskriminalamtgesetzes unternimmt der Staat nun einen neuen Versuch. Aber auch das genügt ihm nicht. Durch die „Vorratsdatenspeicherung“ auf mehr als dubioser europarechtlicher Grundlage läßt der Staat seit Jahresanfang alle elektronischen Kommunikationsspuren von jedermann auf 6 Monate speichern, ohne jede konkrete Veranlassung, eben nur mal so. Die dabei vorgesehenen Zugriffsberechtigungen gehen weit über die Richtlinie hinaus, für Strafverfolgung, Gefahrenabwehr in Bund und Ländern, und für jeden denkbaren nachrichtendienstlichen Zweck. Damit hat die Bundesrepublik die Grenze zum Überwachungsstaat überschritten. Daß die gespeicherten Verbindungsdaten kein Spiel sind, hat die Telekom eindrucksvoll gezeigt. Man kann mit ihnen jeden vertraulichen Kontakt durchbrechen und umfassende Persönlichkeitsprofile aufstellen, über jedermann, über den man etwas wissen will.

Weit über dreitausend Personen, darunter eine ganze Fraktion des Bundestages und zahlreiche Einzelpersonen, haben Verfassungsbeschwerden erhoben. Sie sind bei beiden Senaten des Bundesverfassungsgerichtes anhängig, ein einmaliger Vorgang. Die Bundesregierung hat sich eine Schriftsatzfrist bis Ende Oktober 2008 erbeten, obwohl sie alle Ressourcen zur Verfügung hat und man denken könnte, daß sie die verfassungsrechtlichen Probleme schon bei der Gesetzgebung geprüft hat. Die Absicht der Verschleppung ist offensichtlich.

Die Bundesrepublik ist dabei, das Vertrauen der Bürger zu verspielen. Wenn der Staat sie wie potentielle Straftäter behandelt, warum sollten sie dann dem Staat mehr vertrauen, als er ihnen? Das Grundgesetz als eine Rechtsordnung, die sich potentielle Straftäter gegeben haben, das ist eine Vorstellung, die ich nicht nachvollziehen kann und will. Ein Staat, der sich nicht mehr auf den Respekt, die Anerkennung, die Bereitschaft seiner Bürger zur Mitarbeit und zur Übernahme von Verantwortung stützen kann, der wird sich auf Dauer auch durch seine „Sicherheitsorgane“ nicht erhalten können. Dafür gibt es genug historische Beispiele. Wir sollten es nicht noch einmal erleben müssen, daß der Staat uns durch ständig fortschreitende Überwachung, Gängelung, Beobachtung, wohlmeinende Entmündigung, in bester Absicht also, zu Untertanen macht, die sich schließlich resigniert ins Private zurückziehen und ihr Schicksal ihm, aber auch ihn seinem Schicksal überlassen. ■

Prof. Dr. Birgit Weitemeyer, Hamburg*

Die Grundlagen des Altruismus und die Bedeutung steuerlicher Vergünstigungen für Gemeinnützigkeit

A. Einführung

In den meisten Steuersystemen gibt es steuerliche Vergünstigungen für Spender oder Stifter. Die Rechtfertigung für diese Steuersubvention variiert. Häufig findet sich die Erwägung, der Staat werde hierdurch von seinen Aufgaben entlastet.¹ Diese Auffassung kommt auch in dem Gutachten „Die abgabenrechtliche Privilegierung gemeinnütziger Zwecke auf dem Prüfstand“ des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium der Finanzen vom August 2006 zum Ausdruck. Als gemeinnützig steuerlich privilegiert sollen nur diejenigen von Privaten übernommenen Aufgaben sein, die der Bereitstellung öffentlicher Güter dienen, da dies an sich Aufgabe des Staates sei. Durch die Überlassung dieser staatlichen Aufgaben an Private werde nach dem Prinzip der Subsidiarität eine größere Freiheit geschaffen und in diesem nicht dem Markt zuzuordnenden Bereich ein privater Wettbewerb eröffnet.² Das Gutachten des wissenschaftlichen Beirats hat eine breite öffentliche Diskussion ausgelöst, denn der Beirat schlägt auf der Grundlage der finanzwissenschaftlichen Theorie der öffentlichen Güter eine enorme Einengung der Steuervergünstigungen bei all jenen Organisationen vor, die keine öffentlichen Güter anbieten.³ Die Politik hat sich diese Überlegungen nicht zu Eigen gemacht und mit dem Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10.10.2007⁴ die steuerlichen Anreize für gemeinnützige Organisationen, Stifter und Spender sogar erweitert. Sowohl im Grundsätzlichen als auch für die Regelung konkreter Einzelfragen des Gemeinnützigkeitsrechts sollte aber Klarheit über die Rechtfertigung steuerlicher Begünstigungen für selbstloses Verhalten bestehen. Dieser Beitrag versucht eine aktuelle Positionsbestimmung.

B. Theorien der Rechtfertigung

I. Gemeinnützigkeit und Theorie der öffentlichen Güter

Die klassische ökonomische Erklärung für nicht-profitables Verhalten, auf der das Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats aufbaut, besagt, von Non-Profit-Organisationen angebotene Leistungen würden dort nachgefragt, wo Markt und Staat gleichermaßen versagen.⁵ Der Markt vermöge öffentliche oder kollektive Güter nicht ausreichend bereitzustellen, bei denen nicht zahlende Nutzer, so genannte Trittbrettfahrer, nicht oder nur zu hohen Kosten ausgeschlossen werden könnten, zum Beispiel bei öffentlichen Parks, dem Schutz der Umwelt, der Grundlagenforschung oder bei historischen Bauwerken. Öffentliche Güter zeichnen sich durch Nicht-Rivalität aus, d.h. dass die Nutzung durch Dritte keine wesentlichen zusätzlichen Kosten verursacht.⁶ Diese öffentlichen Güter anzubieten sei an sich Aufgabe des steuerfinanzierten Staates, der dieser Aufgabe aber nicht nachkomme, wenn der demokratische Konsens darüber fehle, welche Güter bereitzustellen seien.⁷ Der wissenschaftliche Beirat will die staatliche Förderung auf diese von Privaten bereitgestellten öffentlichen Güter beschränken, weil nur hier der Staat von eigenen Aufgaben entlastet werde. Auf dem Prüfstand stehen damit sogenannte Clubgüter, vor allem das Angebot von Sportvereinen, von dem nichtzahlende Mitglieder ohne

weiteres ausgeschlossen werden können, sowie Kollektivgüter von lokaler Bedeutung wie die Brauchtumspflege.⁸

II. Gemeinnützigkeit und soziales Kapital

Karl-Heinz Paqué hat es jüngst unternommen, dem Gutachten des Beirats einen neuen ökonomischen Ansatz zur Rechtfertigung steuerlicher Begünstigungen gemeinnützigen Handelns entgegen zu stellen. Zu berücksichtigen sei nicht nur der gegenwärtige zusätzliche Nutzen, der durch die Bereitstellung privater gemeinnütziger Initiative erzielt werde, sondern auch der externe Nutzen in der Zukunft. Die Förderung des Sports oder bestimmter kultureller Leistungen schaffe einen sozialen Kapitalstock,⁹ dessen Nutzen auch für zukünftige Generationen ins Kalkül zu ziehen sei. Die sportliche Betätigung in Vereinen oder die Pflege spezieller Kulturgüter dürfe nicht im Rahmen einer statischen Theorie der Kollektivgüter bewertet, sondern müsse einer intertemporalen Kosten-Nutzen-Analyse unterzogen werden.¹⁰

Unter dieser Annahme wird es möglich, ausgehend von der demokratisch zu treffenden Entscheidung darüber, welche Art von sozialem Kapital gefördert werden soll, auch in der Begünstigung von Clubgütern und anderer privaten Betätigungen einen Nutzen für die gesamte Gesellschaft zu sehen. Jeder, der im Verein Sport treibt, entlastet damit nicht nur die Gesundheitskassen von Ausgaben für die Bekämpfung von Zivilisationskrankheiten (dies ließe sich nach der Auffassung des wissenschaftlichen Beirats auch durch vermehrte Aufklärung o.ä. bewirken), sondern schafft soziales Kapital als Investition in die Zukunft, etwa durch die Pflege und Fortentwicklung des Regelwerks und der Technik der Sportart, durch die Einübung von Gemeinschaft und durch seine/ihre Vorbildfunktion für Kinder und Jugendliche.

III. Gemeinnützigkeit als Entdeckungsverfahren

Paqué betont einen zweiten Vorteil gemeinnütziger Aufgabenerfüllung durch Private anstelle des Staates. Bereits Jan

* Der Aufsatz basiert auf Gedanken meiner am 6.10.2007 an der Bucerius Law School gehaltenen Antrittsvorlesung, die im Non Profit Law Yearbook 2007, 2008, S. 45 ff. veröffentlicht ist.

¹ Walz/von Hippel, Rechtsvergleichender Generalbericht, in: Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, 2007, S. 87-214, dort S. 104 m. w. Nachw.

² Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Die abgabenrechtliche Privilegierung gemeinnütziger Zwecke auf dem Prüfstand, 2006, S. 17 ff.

³ Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen (Fn. 2), Abschnitt 4.

⁴ BGBl. I 2007, 2332.

⁵ Weisbrod, The Voluntary Nonprofit Sector. An Economic Analysis, Lexington, 1977, Chapter 3; aufbauend auf Samuelson, Pure Theory of Public Expenditure, Review of Economics and Statistics 1954, Bd. 36, S. 387-389.

⁶ Hierzu Paqué, Gemeinnützigkeit und Steuerbegünstigung: Neue ökonomische Gedanken zu einem alten rechtlichen Problem, Non Profit Law Yearbook 2007, 2008, S. 2-4.

⁷ Weisbrod (Fn. 5), Chapter 3.

⁸ Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen (Fn. 2), Abschnitt 3.

⁹ Der Begriff zeigt Anklänge an das Begriffsverständnis des „sozialen Kapitals“ von Robert D. Putman, Making Democracy Work, Princeton 1994.

¹⁰ Paqué (Fn. 6), S. 8 ff.

Philipp Reemtsma hat in seiner Festrede auf den Hamburger Tagen zum Stiftungsrecht und zum Recht der Non-Profit-Organisationen im Jahr 2006 zu Recht darauf hingewiesen, dass eine zu enge Definition der förderungswürdigen Zwecke die Freiheit der Gesellschaft allzu sehr einenge, gewinnlose Tätigkeiten in den Bereichen der Kunst, der Erziehung, in der Wissenschaft, in Religion, Gesellschaftspolitik und Moral zu übernehmen. Anders als der Staat, der mehrheitsfähige Entscheidungen treffen müsse, sei es für die Entwicklung der Gesellschaft insgesamt förderlich, wenn auch zunächst als bizarr oder spleenig gehaltene Ideen durch Einzelne geäußert und unterstützt werden.¹¹ Die Steuervorteile fördern zugleich die bürgerschaftliche Teilhabe in einer pluralistischen „Bürger“- oder „Zivilgesellschaft“. Reemtsma hat auch auf die Parallele zu der Argumentation von Friedrich A. Hayek¹² über die Vorteile der Marktwirtschaft hingewiesen: Ebenso wie der Wettbewerb auf dem Markt für marktfähige Güter sei die pluralistische Teilhabe der Bürger im Dritten Sektor ein Entdeckungsverfahren, das durch einseitige, zu enge staatliche Vorgaben behindert werde.¹³

C. Ökonomisch-soziologische Theorien der Erklärung altruistischen Verhaltens

Die Frage nach der Rechtfertigung der Förderung altruistischen Verhaltens lässt sich nicht trennen von der Frage, aus welchen Gründen Menschen uneigennützig handeln. So soll nach dem Gutachten des wissenschaftlichen Beirats eine steuerliche Förderung nur da notwendig sein, wo die Stärkung intrinsischer Motivation und sozialer Anerkennung des bürgerschaftlichen Engagements nicht ausreichen.¹⁴ Zwar sei diese Einschätzung nicht einfach zu treffen. „Ein offensichtlicher Wettbewerb der Eitelkeiten sollte allerdings nicht mit öffentlichen Mitteln unterstützt werden.“¹⁵

Die Ökonomie geht mit der Theorie der rationalen Wahl (*rational choice*) davon aus, dass menschliche Akteure bestimmte Handlungen vornehmen, um ihren Nutzen zu maximieren. Man geht davon aus, dass die altruistische Handlung dem Geber eine psychologische Belohnung in Form eines guten Gefühls, eines „warm glow“ verschafft.¹⁶ Die Frage, woher der persönliche Nutzen des guten Gefühls herrührt, wird als Forschungsgegenstand anderen Disziplinen überlassen.¹⁷

Ein weiterer Nutzen, den der Einzelne aus altruistischem Verhalten zieht, wird in dem daraus folgenden Sozialprestige gesehen. Die Gegenleistung, die man aus einer Spende oder einer Stiftung erlangt, sei die Anerkennung der Mitmenschen oder doch zumindest das Gefühl, bei den Mitmenschen diese Anerkennung zu genießen.¹⁸ So spenden Alumni ihrer ehemaligen Alma Mater häufig einen Betrag, der innerhalb einer veröffentlichten Förderstufe an deren unteren Grenze liegt.¹⁹ Diese Sichtweise zeigt ein nachvollziehbares Motiv für selbstlose Verhaltensweisen. Sie führt allerdings noch eher als die Vorstellung des warm glow dazu, dass selbstloses Verhalten aus Gründen des Sozialprestiges negativ bewertet wird.²⁰

D. Die Erkenntnisse der Evolutionsbiologie

Selbstloses Verhalten findet sich im Tierreich in viel geringerem Maße als beim Menschen, so dass Selbstlosigkeit als eine genuin menschliche Tugend angesehen wird. Formen von Altruismus werden allerdings auch bei Tieren beobachtet. An sich widerspricht selbstloses Verhalten der von Charles Dar-

win im Jahr 1859 aufgestellten These von der Evolution der Arten im Wege der natürlichen Selektion.²¹ Dieser Vorstellung steht es entgegen, dass sich Tiere uneigennützig verhalten und anderen Gutes tun, da sich so die Chancen für ihr eigenes Überleben und das ihrer Nachkommen verschlechtern.

I. Theorie der Verwandtenselektion

In der Biologie wird altruistisches Verhalten mit der Theorie der Verwandtenselektion (*kin selection*) erklärt. In seinem Werk „Das egoistische Gen“ stellte Richard Dawkins 1976 die These auf, dass ein Tier, das nicht in das eigene Überleben oder auch nur in das seiner Nachkommen investiert, gleichwohl eine bestimmte Anzahl seiner eigenen Gene auf zukünftige Generationen vererben kann, wenn es seinen Geschwistern und deren Kindern hilft. Die Wahrscheinlichkeit, dieselben Gene zu tragen, beträgt zwischen Geschwistern sowie Eltern und Kindern 50%, bei den Kindern der Geschwister immerhin noch 25%.²²

II. Theorie des reziproken Altruismus

Eine weitere Erklärungsweise für altruistisches Verhalten ist die des reziproken Altruismus. Hierunter versteht man Handlungen, die nur vordergründig frei von Eigennutz sind. Vielmehr steht dahinter die Erwartung, dass das helfende Verhalten in Zukunft durch den anderen abgegolten wird. Pflegt etwa ein Affe das Fell eines anderen, darf er nach Ansicht mancher Wissenschaftler erwarten, dass ihm später die glei-

¹¹ Reemtsma, Was bedeutet eigentlich Stiften und Spenden und warum soll das belohnt werden?, in: Deutsches Zentralinstitut für soziale Fragen (Hrsg.), DZI Spenden-Almanach 2006/7, S. 10 ff.

¹² Hayek, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kieler Vorträge 56, Tübingen 1968.

¹³ Paqué (Fn. 6), S. 11 ff.

¹⁴ Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen (Fn. 2), S. 25.

¹⁵ Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen (Fn. 2), S. 23.

¹⁶ Andreoni, Giving with Impure Altruism: Applications to Charity and Ricardian Equivalence, *Journal of Political Economy* 1989, Bd. 97, S. 1447-1458; ders., Impure Altruism and Donations of Public Goods: A Theory of Warm Glow Giving, *Economic Journal*, 1990, Bd. 1000, S. 464-477; ähnl. auch Halfpenny, Economic and Sociological Theories of Individual Charitable Giving: Complementary or Contradictory?, *Voluntas*, 1999, Bd. 10, S. 197-215; Rose-Ackermann, An Economic Analysis of Nonprofit Organizations, in: Hopt/Reuter (Hrsg.), *Stiftungsrecht in Europa*, 2001, S. 73-94, dort S. 80; ausführlich hierzu von Auer, *Philantrophie in der ökonomischen Theorie*, *Non Profit Law Yearbook* 2004, 2005, S. 207-222.

¹⁷ Paqué, *Philantrophie und Steuerpolitik. Eine ökonomische Analyse der Förderung privater Wohltätigkeit*, 1986, S. 23 f.

¹⁸ Harbaugh, What do donations buy? A model of philanthropy based on prestige and warm glow, *Journal of Public Economics*, 1998, Bd. 67, S. 269-284; ähnl. auch Collins/Hickman, Altruism and culture as social products, *Voluntas* 1991, Bd. 2, S. 1-15: Altruismus als Legitimation des eigenen Status nach Wegfall der gesellschaftlich bestimmenden Kraft der Kirche.

¹⁹ Glazer/Konrad, A Signaling Explanation for Charity, *American Economic Review*, 1996, Bd. 86, S. 1019-1028, dort S. 1021.

²⁰ So etwa Konrad, Schattenseite des Spendens, *WZB-Mitteilungen* 2007, Heft 118, S. 24-25; krit. deshalb Ridley, *The Origins of Virtue*, 1996, S. 206, deutsch: *Die Biologie der Tugend: Warum es sich lohnt, gut zu sein*, 1999.

²¹ Darwin, *On the origin of species by means of natural selection*, 1859, Reprint 1964, deutsch: *Über die Entstehung der Arten durch natürliche Zuchtwahl*, 6. Aufl. 1876, Neudruck: *Die Entstehung der Arten*, 1995.

²² Dawkins, *The Selfish Gene*, 1976, deutsch: *Das egoistische Gen*, 1996. Die Theorie geht zurück auf Haldane, *Population Genetics*, *New Biology* 1955, Bd. 18, S. 34-51; sowie Hamilton, *The Genetical Evolution of Social Behavior*, *Journal of Theoretical Biology* 1964, Bd. 7, S. 1-52.

che Behandlung zuteil wird.²³ In menschlichen Gesellschaftsordnungen soll dies das Phänomen der Gabe erklären. Man könne eine Gegengabe zwar nicht einfordern, sei aber moralisch dazu verpflichtet und schaffe durch das Geben ein wirksames Beziehungsgeflecht. Die Gegenleistung könne im Einzelnen aus der Verpflichtung zu einer Gegengabe, aus Wohlwollen oder Anerkennung durch den Beschenkten bestehen.²⁴ *Pierre Bourdieu* prägte für das Ergebnis einer solchen Beziehungsarbeit den Begriff „soziales Kapital“, das sich in ökonomisches Kapital verwandeln lasse.²⁵

Die Theorie des reziproken Altruismus ebenso wie die Verwandtenselektion vermögen das Phänomen des Altruismus nicht umfassend zu erklären, etwa im Hinblick auf Spenden oder Stiftungen zugunsten Dritter, von denen man nicht vermutet, dass man ihnen wieder begegnet. Die Soziologin *Ilana Silber* meint, die moderne Gabe sei eher eine an Fremde. Als Gegengabe fungiere die Anerkennung und das Prestige, das der Geber in seiner Gesellschaft hierdurch erlange.²⁶ Man spricht von indirektem Altruismus²⁷ oder *reputation-based altruism*.

III. Das Handicap-Prinzip

Ein israelisches Forscherehepaar, *Amotz* und *Avishag Zahavi*, hat eine Theorie entwickelt, die einen wichtigen Baustein für die Erklärung der tiefen Verankerung selbstlosen Verhaltens von Menschen wie von Tieren liefert.²⁸ Schon *Darwin* ging davon aus, dass die Entwicklung der Arten nicht nur durch den Konkurrenzkampf der Spezies um Nahrung, Schutz und Brutplätze beeinflusst wird, sondern auch durch die sexuelle Selektion. Eine Spezies kann noch so erfolgreich darin sein, zu überleben, es wird seine Erbinformationen nur an nachfolgende Generationen weitergeben, wenn es auch genügend Gelegenheit zur Fortpflanzung findet.²⁹ Bei vielen Tierarten ist es das Weibchen, das unter den potentiellen Partnern eine Auswahl trifft, weil es das Weibchen mehr Energie, Zeit und Aufwand kostet, die Eizellen zur Verfügung zu stellen, diese in ihrem Körper zu entwickeln, auf die Welt zu bringen und überwiegend auch allein aufzuziehen. Der Fortpflanzungserfolg ist für das Weibchen größer, wenn ein Partner gewählt wird, der die besten genetischen Anlagen verspricht. Diese Anlagen sind allerdings im Gegensatz zum äußeren Phänotyp nicht erkennbar. Das Ehepaar *Zahavi* entdeckte, dass diejenige Spezies bessere Fortpflanzungserfolge zeigt, die Mechanismen entwickelt hat, die Güte der Erbanlagen anhand äußerer Umstände abschätzen zu können. Man spricht von Signalen, die ein Zeichen für innere Fitness sind. Das setzt aber nicht nur voraus, dass die auswählenden Weibchen eine zutreffende Einschätzung der von den Männchen ausgesandten Signale entwickelt haben, sondern auch, dass die Signale fälschungssicher sind. Sind sie das nicht, könnten Trittbrettfahrer die gleichen Signale einsetzen, ohne über eine entsprechende innere Fitness zu verfügen. Der Fortpflanzungserfolg einer solchen Population wäre schlechter. Das typische Beispiel für ein solches Fitnesssignal ist der Pfauenschwanz mit seinen bis zu 150 einzelnen Federn und der charakteristischen Farbstellung des Pfauenauges, der die männlichen Pfauen nicht nur beim Laufen und Fliegen behindert, sondern auch erhebliche Energie beansprucht. Nur gesunde und kräftige Tiere können einen großen, gleichmäßigen und schillernden Pfauenschwanz bilden und trotz dieser Behinderung ihren Feinden entkommen und genug Nahrung sammeln. Die Weibchen erkennen ohne weiteres die inneren Eigenschaften ihrer Freier mit einem Blick auf das Gefieder. In Experimen-

ten hat man festgestellt, dass es die Chancen eines männlichen Pfauen bei einem Weibchen erheblich mindert, wenn man von 150 Schwanzfedern fünf entfernt.³⁰ Da das Signal um so fälschungssicherer ist, wenn es für das betreffende Tier eine wirkliche Belastung darstellt, bezeichnet man diesen Mechanismus als Handicap-Prinzip.³¹ Neben dem Pfauenschwanz gibt es zahlreiche weitere Beispiele für das Handicap-Prinzip im Tierreich, etwa in Form von auffälligen Färbungen bei Vögeln, Fischen, Insekten oder Fröschen, die es Feinden ermöglichen, sie besser zu erkennen, während die entsprechenden Weibchen häufig farblos und gut getarnt sind. Auch Verhaltensweisen lassen sich durch das *Handicap-Prinzip* erklären, wie Balztänze oder aufwändige Nestbauten weit über die eigentliche Funktion hinaus, wie sie bei afrikanischen Laubenvögeln beobachtet wurden.³²

Das israelische Forscherehepaar *Zahavi* hat anhand von Beobachtungen bei gesellig lebenden israelischen Graudrosslingen zeigen können, dass auch altruistisches Verhalten ein Handicap sein kann, das auf innere körperliche Fitness hindeutet und auch so verstanden wird. Sie haben beobachtet, dass die ranghöheren Männchen, die auch die meisten Nachkommen zeugen, häufiger für die Gruppe die gemeinsame Wache übernehmen oder Nahrung an rangniedrigere Tiere abgeben. Versucht dies ein rangniedriges Tier, wird es weggestoßen oder in einen Kampf gezwungen, durch den der Stärkere ermittelt wird. Ähnliche Beobachtungen haben Forscher in menschlichen Gruppen gemacht. In afrikanischen

²³ *Trivers*, Parental investment and sexual selection, in: Campbell (ed.), *Sexual selection and the descent of man 1781-1971*, 1972, S. 136-179; *de Waal*, *Good natured: The origins of right and wrong in humans and other animals*, 1996, deutsch: *Der gute Affe: Der Ursprung von Recht und Unrecht bei Menschen und anderen Tieren*, 2000. Nach *Stevens/Hausser*, *Why be nice? Psychological constraints on the evolution of cooperation*, in: *Trends in Cognitive Science* 2004, Bd. 8, S. 60-66, findet sich dieses Verhalten weniger bei Tieren als bei Menschen, denn es erfordere bestimmte kognitive Fähigkeiten.

²⁴ *Adloff*, *Theorien des Gebens: Nutzenmaximierung, Altruismus und Reziprozität*, in: *Hopt/von Hippel/Walz*, *Nonprofit-Organisationen in Recht, Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 139-157, dort S. 148 f.

²⁵ *Bourdieu*, *Ökonomisches Kapital, kulturelles Kapital, soziales Kapital*, in: *Kreckel* (Hrsg.), *Soziale Ungleichheiten (Soziale Welt, Sonderband 2)*, Göttingen 1983, S. 183-198.

²⁶ *Silber*, *Modern Philanthropy: Reassessing the Viability of a Maussian Perspective*, in: *James/Allen* (eds.), *Marcel Mauss, A Centenary Tribute*, 1998, S. 134-150; *Adloff*, *Theorien des Gebens: Nutzenmaximierung, Altruismus und Reziprozität*, in: *Hopt/von Hippel/Walz* (Hrsg.) (Fn. 24), S. 139-157, dort S. 151 f.

²⁷ *Alexander*, *The Biology of Moral Systems*, 1987; *Nowak/Sigmund*, *Evolution of indirect reciprocity by image scoring*, *Nature* 1998, Bd. 393; S. 573-577.

²⁸ *Amotz* und *Avishag Zahavi*, *Mate selection: A selection for a handicap*, in: *Journal of Theoretical Biology* 1975, Bd. 53, S. 205-214; *dies.*, *The Handicap Principle. A Missing Piece of Darwin's Puzzle*, 1997; deutsch: *Signale der Verständigung. Das Handicap-Prinzip*, 1998.

²⁹ *Darwin*, *The descent of man, and selection in relation to sex*, 2 Bde., 1871, Reprint 1981, deutsch: *Die Abstammung des Menschen und geschlechtliche Zuchtwahl*, 2 Bde., 1871.

³⁰ *Petrie/Haffiday/Sandres*, *Peahens prefer peacocks with elaborate trains*, in: *Animal Behaviour* 1991, Bd. 41, S. 323-331.

³¹ *Amotz* und *Avishag Zahavi*, *Mate selection: A selection for a handicap*, in: *Journal of Theoretical Biology* 1975, Bd. 53, S. 205-214; *dies.*, *The Handicap Principle* (Fn. 28); *Gintis/Smith/Bowles*, *Costly Signaling and Cooperation*, *Journal of theoretical Biology* 2001 (Bd. 213), S. 103-119; *Geoffrey F. Miller*, *The Mating Mind. How Sexual Choice Shaped the Evolution of Human Nature*, 2000, deutsch: *Die sexuelle Evolution*, 2001; *Ridley*, *The Origins of Virtue* (o. Fn. 20), S. 125 - 142; *Uhl/Voland*, *Angeber haben mehr vom Leben*, 2002.

³² *Zahavi*, *The Handicap Principle* (Fn. 28) passim.

Stämmen zeichnet sich der stärkste Krieger dadurch aus, dass er seinen Jagderfolg mit den anderen teilt.³³

Soll altruistisches Verhalten gegenüber nicht Verwandten durch das Handicap-Prinzip erklärbar sein, dann fragt es sich, warum sich gerade dieses Verhalten entwickelt hat und nicht durch andere Handicaps ersetzt wurde.³⁴ In der Tat lässt sich eine Reihe menschlicher Verhaltensweisen durch andere Ausprägungen des Handicap-Prinzips erklären. Im brasilianischen Regenwald konnte man noch vor einigen Jahren abgesehen lebende Yanomani-Indiander beobachten, die als Handicap eine Art Sport entwickelt haben, bei der sich die Männer gegenseitig mit Knüppeln auf den Kopf schlagen.³⁵ Derjenige, der die Prozedur am längsten übersteht, ist sicher körperlich fit. Auch der zivilisierte Mensch zeigt zahlreiche Verhaltensweisen, die als verlässliche Fitnessindikatoren aber nur bedingt nützlich sind, wie gefährliche Sportarten, rasantes Autofahren und das Sich-Berauschen mit Alkohol. Bezeichnenderweise neigen jüngere Menschen zur Demonstration ihrer Fitness durch gefährliche Verhaltensweisen, während ältere, die Vermögen, spezielle Fertigkeiten und Erfolg erworben haben, hierauf für ihr Sozialprestige nicht angewiesen sind. Es verwundert daher nicht, dass Spender und Stifter regelmäßig in einem Alter sind, in dem sie genügend Vermögen für Freigiebigkeit angesammelt haben, während dies jüngeren Menschen meist nicht möglich ist.³⁶ Eine Erklärung für die Entwicklung von Altruismus als Ausprägung des Handicap-Prinzips könnte es sein, dass eine Gruppe, die Fürsorge und Unterstützung für andere als Signal für innere Fitness entwickelt hat, gegenüber einer anderen Gruppe, die andere Handicaps hat, insgesamt einen Überlebensvorteil aufweist.

Bedeutet die evolutionsbiologische Grundlegung aber, dass es sich letztlich um „berechnende“ Tätigkeiten handelt, die deshalb weniger wertvoll sind, wie es in den Überlegungen zum *warm glow* und zum Sozialprestige mitschwingt? Keine Gesellschaft kann es sich auf Dauer leisten, für das Überleben an sich nutzlose Tätigkeiten zu kultivieren. Hat menschlicher Altruismus einen biologisch begründbaren Sinn und ist er evolutionsbiologisch tief verwurzelt, ist er umso bedeutsamer. Die menschliche Zivilisation hat diese sozialen Fähigkeiten in besonderem Maße entwickelt und tut gut daran, dies weiterhin zu tun. Eine wichtige Rolle haben bei dieser Entwicklung Religion und Moralphilosophie gespielt und spielen sie immer noch. Eine Gesellschaft, die nach den Maximen der Bergpredigt und des kategorischen Imperativs lebt, wird uneigennützigem Verhalten mehr Respekt zollen als Draufgängertum oder kriegerischen Auseinandersetzungen. Möglicherweise hängt unser globales Überleben davon ab, wie viel Altruismus wir mobilisieren können, um Lösungen für drängende Fragen zu finden und zu finanzieren.

E. Rechtliche Folgerungen für die steuerliche Förderung altruistischen Verhaltens

I. Grundentscheidung für Gemeinnützigkeit

Welche rechtlichen Folgen sollten diese Erkenntnisse nach sich ziehen? Soll Altruismus rechtlich lediglich ermöglicht werden, da altruistische Verhaltensweisen unabhängig von besonderer steuerlicher Förderung weit tiefergehende Wurzeln haben? Das schwedische Steuersystem verblüfft dadurch, dass es keinerlei Steuervorteile für Spenden oder Stiftungszuwendungen vorsieht,³⁷ allerdings Steuervergünstigungen für die empfangende Organisation,³⁸ und gleichwohl

eine rege altruistische Betätigung seiner Bevölkerung vorweisen kann. Dies lässt sich dadurch erklären, dass die selbstlose Betätigung im Grundsatz gerade nicht nach finanziellen Belohnungen sucht, vor allem wenn die moralischen Ansprüche in einer Gesellschaft wie der schwedischen sehr hoch sind. Aus dem gleichen Grund wird auch die durch Statistiken gestützte Vermutung plausibel, dass die Spendenbereitschaft für kirchliche oder religiöse Zwecke in den Vereinigten Staaten wenig elastisch auf Veränderung des Einkommens und des Preises, d.h. des Betrags, den der Spender nach Abzug der steuerlichen Förderung selbst für die Spende aufbringen muss, reagiert.³⁹

Wie gezeigt wurde, ist Altruismus zwar als menschliche Verhaltensweise in der Evolution angelegt, aber nur als eine mögliche Variante der Demonstration innerer Fitness. Deshalb sollten neben Religion und Moral auch normative Instrumente eine Rolle spielen, um altruistische Verhaltensweisen zu fördern. Die steuerliche Privilegierung der Gemeinnützigkeit zeigt die allgemeine Überzeugung der Rechtsgemeinschaft, dass dieses Verhalten gewollt ist. Feldstudien an Studenten haben ergeben, dass Zuschüsse von Unternehmen zu Spenden ihrer Angestellten deren Spendenbereitschaft erhöht, nach Wegfall des *Matching* die Zuwendungsbereitschaft dagegen sinkt.⁴⁰ Dieser Effekt lässt sich möglicherweise dadurch erklären, dass durch den öffentlichen Zuschuss die Überzeugung der Spender gestärkt wurde, ihr altruistisches Verhalten sei von einer allgemeinen Wertschätzung getragen. Die steuerliche Förderung ist in einer Gesellschaft mit einer starken Verrechtlichung vieler Lebensbereiche, mit relativ hohen Steuersätzen sowie mit erheblichen weiteren Zwangsabgaben für die soziale Absicherung wichtig. Sonst könnte leicht der Eindruck entstehen, man zahle schon zwangsweise genug für die Allgemeinheit, was zu einer Verringerung der privaten altruistischen Tätigkeit führen könnte (so genanntes *Crowding-out*).⁴¹ Je stärker allerdings die innere Motivation der Spender und Stifter ist, desto geringere Verdrängungseffekte haben staatliche Förderleistungen für entsprechende Zwecke.⁴² Da Steuern und Sozialabgaben das Moment der Freiwilligkeit fehlt, können diese Abgaben das Sozialprestige nicht stärken.⁴³ Auch wenn die Anhebung der

³³ Ridley, *The Origins of Virtue* (Fn. 20), S. 131 f.

³⁴ Fehr/Fischbacher, *The nature of human altruism*, *Nature* 2003, Bd. 425, S. 785-791, dort S. 789.

³⁵ Miller (Fn. 31), S. 353.

³⁶ Timmer, *Motive, Erfahrungen und Ziele von Stiftern*, in: Richter/Wacher (Hrsg.), *Handbuch des internationalen Stiftungsrechts*, 2007, S. 1-20, dort S. 11.

³⁷ Im Jahr 1995 ist in Schweden die Erbschaft- und Schenkungsteuer und damit die letzte Steuervergünstigung für Spender und Stifter abgeschafft worden.

³⁸ Lindencrona, *Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in Schweden*, in: Walz/von Auer/von Hippel (Hrsg.), *Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa*, 2007, S. 419-440, dort S. 433.

³⁹ Paqué (Fn. 17), S. 229.

⁴⁰ St. Meier, *Do Subsidies Increase Charitable Giving in the Long Run? Matching Donations in a Field Experiment*, *Journal for European Economic Association*, 2007, Bd. 5, S. 1203-1222.

⁴¹ Paqué (Fn. 17), S. 253 und 256 weist darauf hin, dass statistische Untersuchungen einen Hinweis auf den Effekt des *Crowding-out* bei sozialen Ausgaben geben, nicht jedoch bei Kultur- und anderen Ausgaben.

⁴² Andreoni, *Giving with Impure Altruism: Applications to Charity and Ricardian Equivalence*, *Journal of Political Economy* 1989, Bd. 97, S. 1447-1458; Rose-Ackermann (Fn. 16), S. 87 f.

⁴³ In einem Steuersystem, das zur Verlagerung von Gewinnen in das niedrigere Ausland zulässt, ist allerdings sogar zu beobachten, dass Unternehmer stolz darauf sind, auf derartige Gestaltungen zu verzichten und damit „freiwillig“ in Deutschland Steuern zu zahlen.

Steuersätze, etwa zur Finanzierung der Alten- und Krankenpflege oder für Zuschüsse zur Förderung des Breitensports, keinen demokratischen Konsens findet, etwa in Form einer weiteren Reichensteuer, sind die meisten Menschen aus den oben genannten Gründen bereit, freiwillig weitere, zum Teil erhebliche Beträge für gemeinnützige Zwecke zur Verfügung zu stellen.

II. Wirkungsweise von Steuervergünstigungen

Vor dem Hintergrund der Altruismusforschung problematisch sind einige konkrete Wirkungsweisen von Steuervergünstigungen für gemeinnütziges Handeln. Die gegenwärtige steuerliche Förderung als Sonderausgabenabzug von der steuerlichen Bemessungsgrundlage (§ 10b EStG) wirkt wegen der Steuerprogression ungleich, weil der Reiche mit einem hohen Steuersatz hiervon stärker profitiert als der weniger Vermögende. Dies spricht für eine Umbildung der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Spenden und Stiftungen zu einer echten Steuerermäßigung. Bei dieser wird unabhängig von dem individuellen Steuersatz des Gebers in Höhe eines festen Prozentsatzes des Spenden- oder Stiftungsbetrags die Steuerschuld erlassen.⁴⁴ Dieses System existiert in Spanien,⁴⁵ Frankreich⁴⁶ und Ungarn⁴⁷ und in Deutschland aus Gründen der Gleichbehandlung an der Teilhabe an der demokratischen Meinungsbildung bei Spenden an politische Parteien nach § 34g EStG. Erwägenswert ist auch die Nettomethode in Großbritannien, bei der ein Betrag in Höhe des durchschnittlichen Steuersatzes der Spende der empfangenden Körperschaft durch den Staat direkt erstattet wird.⁴⁸ Geht man davon aus, dass altruistisches Handeln ein Handicap sein muss, das den Gebenden etwas kostet, um Sozialprestige hervorzurufen, ist es wenig hilfreich, wenn derjenige, der über ein großes Vermögen verfügt, durch die gegenwärtige progressionsabhängige Ausgestaltung des Sonderausgabenabzugs eine höhere steuerliche Förderung erhält. Dies wird sein Sozialprestige eher mindern und er wird sich möglicherweise anhören müssen, ihn koste die Zuwendung ja weniger. Nicht nur aus Gründen der Gleichbehandlung, sondern auch um derartige negative Anreize zu vermeiden, sollte die steuerliche Förderung entsprechend umgestellt werden. Interessanterweise wird die proportionale steuerliche Förderung in Ungarn und in Großbritannien nur natürlichen Personen ermöglicht, bei denen der psychologische Anreiz ungleich stärker wirkt als bei Unternehmen.

Nicht aufgegriffen wurde durch das Gesetz zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements vom 10.10.2007⁴⁹ die noch im Gesetzgebungsverfahren diskutierte Gewährung einer Steuerermäßigung für so genannte Zeitspenden von ehrenamtlich Tätigen. Vorgesehen war, aus fiskalischen Gründen begrenzt auf die ehrenamtlich Tätigen im mildtätigen Bereich, eine Steuerermäßigung von 300 € pro Jahr zu gewähren, wenn durchschnittlich mindestens 20 Stunden im Monat ehrenamtliche Tätigkeiten erbracht werden.⁵⁰ Neben der erheblichen Missbrauchsgefahr einer derartigen Regelung konterkariert die Einführung von steuerlich wirksamen Zeitspenden das in der Tätigkeit liegende Opfer. Die Steuerermäßigung für den Einsatz von Arbeit stellt eine Art Gegenleistung dar, die der uneigennützig Handelnde gerade nicht anstrebt, weil sein Engagement, sein Handicap, dann weniger wert wäre. Nun mag man einwenden, dass auch die staatliche Förderung von Geldspenden das Opfer des Spenders verkleinert. Hier hat es der Stifter oder Spender

aber in der Hand, das Spendenpotential entsprechend der staatlichen Zuwendung zu erhöhen. In der Praxis kalkulieren Stifter den Betrag der Steuerersparnis regelmäßig mit ein und erhöhen das Stiftungsvermögen entsprechend. Bei der Zeitspende ist dies so nicht möglich, außer wenn der ehrenamtlich Tätige mehr als die maximal geförderten Zeitstunden erübrigen kann. Das wäre etwa bei der geplanten Höchstzahl von 240 Stunden im Jahr nur wenigen Ehrenamtlichen möglich gewesen. Einen ähnlichen Effekt hat man auch bei Blutspenden beobachtet. Wird hierfür eine Gegenleistung gezahlt, sinkt die Spendenbereitschaft.⁵¹ Anders als bei Geldspenden und ähnlich wie bei Zeitspenden hat es der Spender nicht in der Hand, einfach mehr Blut zu spenden, als ihm vergütet wird. Eine insofern auch psychologisch bessere Lösung ist die durch den Finanzausschuss gefundene Regelung,⁵² wonach gem. § 3 Nr. 26a EStG eine großzügige steuerfreie Aufwandspauschale bis zur Höhe von 500 € jährlich für Fahrtkosten, Telefonkosten oder Büromaterial gewährt wird, da dieser Förderung der Charakter einer Gegenleistung fehlt.

F. Zusammenfassung

Bei der Förderung altruistisch handelnder Menschen sind die evolutionsbiologisch begründeten psychologischen Grundlagen des Altruismus zu beachten. Die Evolutionsbiologie hat mit dem Handicap-Prinzip eine schlüssige Erklärung für altruistische Verhaltensweisen gegenüber nicht Verwandten entdeckt. Selbstlosigkeit ist ein Signal, das auf Kraft, Stärke, Geschicklichkeit und damit auf die innere Fitness des selbstlos Handelnden hinweist und heute zunehmend Bedeutung für das Sozialprestige des Menschen hat. In der zivilisatorischen Gesellschaft verstärken Religion und Moral die Bedeutung des Altruismus gegenüber anderen möglichen Fitnessindikatoren. Da in der säkularen westlichen Gesellschaft religiöse Verhaltensanweisungen an Bedeutung verlieren, ist es wichtig, gleichwohl eine positive Grundstimmung für Altruismus zu schaffen und zu erhalten. In diesem Rahmen sind auch steuerrechtliche Anreize bedeutsam, die allerdings auf die tief verwurzelten menschlichen Ursachen für selbstloses Verhalten abgestimmt sein müssen, um nicht kontraproduktiv zu wirken. ■

⁴⁴ Paqué (Fn. 17), S. 344 ff.; von Auer/Kalusche, Spendenaufkommen, Steueraufkommen und Staatsausgaben: Eine empirische Analyse, in: Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, S. 13-86; von Hippel/Walz, Rechtspolitische Optionen zum deutschen Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts von A bis Z, in: Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, 2007, S. 215-280, dort S. 250 f.

⁴⁵ Palao Taboada, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in Spanien, in: Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, S. 483-510, dort S. 501 f.

⁴⁶ Beltrame, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in Frankreich, in: Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, S. 283-320, dort S. 301.

⁴⁷ Csehi, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in Ungarn, in: Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, S. 511-570, dort S. 545.

⁴⁸ Selbig, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht in Großbritannien, in: Spenden- und Gemeinnützigkeitsrecht in Europa, S. 321-338, dort S. 335.

⁴⁹ BGBl. I 2007, 2332.

⁵⁰ § 34h des Regierungsentwurfs des Gesetzes zur weiteren Stärkung des bürgerschaftlichen Engagements, BR-Drucks. 117/07, S. 3.

⁵¹ Titmuss, *The Gift Relationship*, 1970.

⁵² Beschlussempfehlung des Finanzausschusses, BT-Drucks. 16/5926, S. 9.

Patrick Hilbert, Bayreuth*

Der Bundesstaat als Hemmschuh für Reformen?

– Insbesondere die Rolle des Bundesrates –

A. Einleitung

Seit geraumer Zeit ist „Reform“ das Schlagwort jeder politischen Diskussion. Dies verwundert wenig, haben doch aufgrund der sog. Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts¹ nahezu alle Lebensbereiche eine gesetzliche Normierung erfahren. Gewünschte Änderungen der Rahmenbedingungen bedeuten deshalb zumeist Änderungen bereits bestehender Gesetze, sprich Reformen. Besteht denn auch eine generelle Reformbereitschaft,² kommt es entscheidend auf die Fähigkeit des staatlichen Systems an, Reformen zur Durchsetzung zu verhelfen. Aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland gilt es deshalb zu fragen, was die Voraussetzungen für die Durchsetzbarkeit von Reformen sind, wie das Grundgesetz sie gewährleistet und welche Auswirkungen der föderale Staatsaufbau auf die Reformfähigkeit hat. Insbesondere soll betrachtet werden, wie der Bundesrat die Reformfähigkeit beeinflusst. Auf Grundlage der verfassungsrechtlichen Gegebenheiten und Möglichkeiten, insbesondere nach der Föderalismusreform,³ soll also der Frage nachgegangen werden, ob der Bundesstaat ein Hemmschuh für Reformen ist.

B. Grundlagen und Grundprobleme**I. Voraussetzungen für Reformen**

Reformen sind Umgestaltungen und Neuordnungen größeren Umfangs.⁴ Ihre Durchführbarkeit hängt von vielen Faktoren ab,⁵ die im Einzelnen nicht alle erfasst werden können und sollen. Jedoch lassen sich drei Grundvoraussetzungen skizzieren.

Reformen sollen die Zukunft gestalten. Die Zukunft, und somit auch die Folgen und die Wirksamkeit von Reformentscheidungen, ist aber freilich nicht vorhersehbar.⁶ Je nach Prognose wird man unterschiedliche Entscheidungen treffen wollen. Hierbei lässt sich keine Einigkeit erzielen,⁷ weshalb am Ende des politischen Diskurses ein Entscheidungsträger zuständig sein muss, der eine inhaltlich klare Entscheidung treffen und in einem Gesetz zum Ausdruck bringen kann.⁸

Das Demokratieprinzip des Art. 20 I GG, dessen tragender Grundgedanke die in Art. 20 II 1 GG statuierte Volkssouveränität ist,⁹ fordert zudem, dass sich die Ausübung staatlicher Gewalt auf das Volk zurückführen lassen muss.¹⁰ Mithin muss der zuständige Entscheidungsträger hinreichend demokratisch legitimiert sein.

Die Durchsetzung von Reformen kann zudem nicht ungeordnet geschehen. Es sind Institutionen¹¹ notwendig. Sie stellen die Beachtung der ersten beiden Voraussetzungen sicher und kanalisieren die Handlungen und Willensbildungsprozesse der beteiligten Akteure. Erst hierdurch wird die Konsensbildung möglich.¹² Die Verfassung gibt als „Institution der Institutionen“¹³ den hierfür maßgeblichen Ordnungsrahmen vor.¹⁴

II. Verfassungsrechtliche Grundentscheidung für den Bundesstaat

In der Bundesrepublik Deutschland wird dieser Ordnungsrahmen durch das Grundgesetz vorgegeben, so dass in diesem die Voraussetzungen für Reformen sichergestellt sein müssen.

Maßgeblicher Bestandteil des grundgesetzlichen Ordnungsrahmens ist das in Art. 20 I GG verankerte Bundesstaatsprinzip.¹⁵ Das Grundgesetz trifft eine Grundentscheidung zu Gunsten des Föderalismus, indem es die Aufteilung des Bundes in Länder und deren grundsätzliche Mitwirkung bei der Gesetzgebung der Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers entzieht, Art. 79 III GG.¹⁶

Von dieser Grundentscheidung ausgehend, formen die Institutionen, die die Ordnung des Reformprozesses gewährleisten sollen, den bundesdeutschen Föderalismus in seiner konkreten staatsrechtlichen Gestalt aus.¹⁷ Die Zuweisung der Kompetenz über die Reformentscheidung übernimmt das Regelungssystem der Art. 30, 70 ff. GG. Als „Grundregel der bundesstaatlichen Verfassung“¹⁸ verteilt es die Gesetzgebungskompetenzen abschließend auf Bund und Länder.¹⁹

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft mit wirtschaftswissenschaftlicher Zusatzausbildung an der Universität Bayreuth. Der Beitrag basiert auf einer Seminararbeit, die im Rahmen eines Seminars bei Prof. Dr. Wolfgang Kahl, M.A. entstand.

¹ Vgl. BVerfGE 40, 237, 248 f.; 41, 251, 260; 83, 130, 142, 152; 88, 103, 116; 98, 218, 251 ff.

² Eine solche attestierte zumindest Bundespräsident Horst Köhler der deutschen Bevölkerung in einem Interview mit Der Spiegel, Nr. 1/2007 v. 30.12.2006, S. 22, 25.

³ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28.8.2006, BGBl I 2006, 2034.

⁴ Schubert/Klein, Das Politiklexikon⁴, 2006, Stichwort: Reform.

⁵ Vgl. Scharpf, Politische Durchsetzbarkeit innerer Reformen, 1974, S. 4.

⁶ Vgl. Kahl, ZRph 2004, 1, 2.

⁷ Zur generellen Uneinigkeit, welchen Weg eine „gute“ Regierung einschlagen soll schon Rousseau, Der Gesellschaftsvertrag, 1958 (Nachdruck), 3. Buch 9. Kapitel.

⁸ Die inhaltliche Klarheit meint hier indes nicht die hinreichend klare Fassung des Gesetzeswortlauts, die das Bestimmtheitsgebot als Ausfluss des Rechtsstaatsgebots des Art. 20 III GG fordert, sondern eine klare Entscheidung über den Inhalt der Norm im Vorfeld der Formulierung. Vgl. zum Bestimmtheitsgebot: Stern, Staatsrecht I², 1984, S. 829 f.

⁹ Degenhart, Staatsrecht I²², 2006, Rn. 23; Schnapp, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Bd. 2⁵, 2001, Art. 20 Rn. 18.

¹⁰ BVerfGE 47, 253, 275; 77, 1, 40; 83, 60, 71 f.; 107, 59, 86 ff.; Badura, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II³, 2004, § 25 Rn. 27; Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II³, 2004, § 24 Rn. 11; Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II², 2006, Art. 20 (Demokratie) Rn. 87; Maurer, Staatsrecht I⁵, 2007, § 7 Rn. 26.

¹¹ Zum Begriff der Institution: Lepsius, in: Heun/Honecker/Morlok/Wieland (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 2006, Sp. 1004 – 1008.

¹² Lepsius (Fn. 11), Sp. 1004 f.; Stern (Fn. 8), S. 604 ff.

¹³ Lepsius (Fn. 11), Sp. 1004.

¹⁴ Vgl. Bryde, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 60; Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht³¹, 2005, S. 37; Stern (Fn. 8), S. 75 f.

¹⁵ BVerfGE 1, 14, 18, 34; 11, 77, 85; Bauer, in: Dreier (Fn. 10), Art. 20 (Bundesstaat) Rn. 17; Degenhart (Fn. 9), Rn. 458.

¹⁶ Hain, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 2⁵, 2005, Art. 79 Rn. 119; Isensee, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV², 1999, § 98 Rn. 262; Maurer (Fn. 10), § 10 Rn. 12, 16.

¹⁷ Isensee (Fn. 16), § 98 Rn. 8; Maurer (Fn. 10), § 10 Rn. 14; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland⁹, 2007, Art. 20 Rn. 16; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 20 Rn. 20.

¹⁸ BVerfGE 16, 64, 78 f.

¹⁹ Heintzen, in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar, Loseblatt, Art. 70 (Stand: 2003) Rn. 1; Kunig, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, Bd. 3⁵, 2003, Art. 70 Rn. 1; Rozek, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 70 Rn. 1 f.

Die hinreichende demokratische Legitimation der Entscheidungsträger auf Bundes- und – aufgrund des Homogenitätsgebots des Art. 28 I 1, 2 GG²⁰ – Landesebene wird über Wahlen herbeigeführt, Art. 20 II 2 GG.

Die Determinierung und Kanalisierung der Handlungen und Willensbildungsprozesse erfährt ihre bundesstaatliche Prägung dadurch, dass der an sich nicht zuständigen staatlichen Ebene ein Repertoire von Rechten zur Einflussnahme auf die zuständigen Entscheidungsträger zur Verfügung gestellt wird.²¹ Hierbei kommt dem Bundesrat eine herausragende Bedeutung zu. Den Großteil ihrer Ingerenzrechte können die Länder, bzw. ihre Regierungen, nämlich nur gemeinsam über ihn wahrnehmen.²² Die Grundsatznorm des Art. 50 GG konkretisierend finden sich im Grundgesetz zahlreiche Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte, wobei den das Gesetzgebungsverfahren betreffenden Befugnissen eine besondere Bedeutung zukommt.²³

III. Problem der Verflechtung

1. Zuständigkeitsverteilung für Gesetzgebung und Verwaltung

Als Hauptproblem hinsichtlich der Reformfähigkeit ist die, sich aus den grundgesetzlichen Zuständigkeitsverteilungen für Gesetzgebung und Verwaltung ergebende, „Politikverflechtung“²⁴ anzusehen.²⁵ Die hierdurch beschriebene Verstrickung der Kompetenzen im Mehrebenensystem des Föderalismus trägt die Gefahr ineffektiver und ineffizienter Entscheidungen in sich.²⁶

Die Hauptursache für die Verflechtungsproblematik wird mit dem Schlagwort des „Beteiligungsföderalismus“²⁷ beschrieben. Immer mehr Gesetzgebungskompetenzen werden von Landes- auf Bundesebene hochgezogen.²⁸ Die Kompetenzverluste auf Länderebene werden durch Zustimmungserfordernisse des Bundesrates kompensiert,²⁹ wodurch die Landesparlamente geschwächt werden.³⁰ Diese Entwicklung geht einher mit einer extensiven Inanspruchnahme der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen, Art. 72, 74 GG, durch den Bund.³¹ Trotz insgesamt schwindender Gesetzgebungsbefugnisse bleiben die Länder aber im Schwerpunkt für die Ausführung der Gesetze verantwortlich, Art. 83 ff. GG. Diese Schiefelage von Legislativ- und Exekutivbefugnissen (sog. „Exekutivföderalismus“³²) verstärkt die Verflechtung.³³ Folge dieser Entwicklungen ist die schon sehr früh erkannte Unitarisierung des Bundesstaates.³⁴ In diesem unitarischen Bundesstaat hat zwar der Bund die alleinige Kompetenz, aufgrund der Verflechtungsproblematik wirken bei der Entscheidungsfindung aber eine Vielzahl von Beteiligten mit. Der hierdurch entstehende Konsenszwang lässt die Entscheidungsfindung zumeist auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner enden.³⁵ Dies zieht eine Trägheit des Entscheidungsprozesses nach sich, die sich bis zur Handlungsunfähigkeit steigern kann.³⁶ Folgeproblem der Verflechtung ist die Verwischung der Verantwortlichkeiten. Für den Bürger wird es zusehends schwerer, die Verantwortung für ein Gesetz klar einem Entscheidungsträger zuzuordnen.³⁷

2. Finanzverfassung

Sichtbar wird die Verflechtung auch im Bereich der Finanzverfassung.³⁸ Neben horizontalem und vertikalem Finanzausgleich ist sie vor allem in den Gemeinschaftsaufgaben der Art. 91a, 91b GG angelegt. Auch das an die Gesetzesausfüh-

rung anknüpfende Konnexitätsprinzip des Art. 104a I GG wirkt sich in Verbindung mit den Art. 30, 83 ff. GG auf die Reformfähigkeit aus, weil hiernach der Bund Aufgaben schaffen kann, für deren Kosten er nicht aufkommen muss.³⁹ Die von den Kosten betroffenen Länder werden im Gegenzug versuchen, auf den Gesetzesinhalt möglichst viel Einfluss zu nehmen, um die Kostenlast zu steuern.

C. Die Föderalismusreform als Lösung der Probleme?

Die Politik hat die genannten Probleme größtenteils erkannt und wollte ihnen mit der Föderalismusreform beikommen,⁴⁰ um durch eine Entflechtung die Reformfähigkeit der Bundesrepublik insgesamt zu verbessern.⁴¹ Im Folgenden sollen kurz die für die Reformfähigkeit wichtigsten Änderungen dargestellt werden.

I. Umsetzung der Reformziele

1. Legislativbefugnisse

Die Reaktion auf die Verflechtung und Intransparenz der Verantwortlichkeiten schlägt sich nieder im Bereich der Kompetenz zur Gesetzgebung und bei den Mitwirkungsrechten im Gesetzgebungsverfahren.

a) Kompetenzkataloge

Die Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 75 GG wurde wie Art. 74a GG abgeschafft. Die Kompetenzkataloge der Art. 73, 74 GG wurden umgestaltet.⁴² Die hierbei

²⁰ Dreier, in: ders. (Fn. 10), Art. 28 Rn. 58 f., 70; Nierhaus, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz⁴, 2007, Art. 28 Rn. 18; vgl. auch Schubert, Jura 2003, 607, 608 f.

²¹ Herzog, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III³, 2005, § 57 Rn. 9.

²² Herzog (Fn. 21), § 57 Rn. 11; Robbers, in: Sachs (Fn. 20), Art. 50 Rn. 13.

²³ Koriath, in: Dreier (Fn. 10), Art. 50 Rn. 21; Limberger, Die Kompetenzen des Bundesrates und ihre Inanspruchnahme, 1982, S. 25.

²⁴ Begriffsprägend Scharpf, in: ders./Reisert/Schnabel (Hrsg.), Politikverflechtung, 1976, S. 13 ff.; ders., PVS 26 (1985), 323, 349 f.

²⁵ Haug, DÖV 2004, 190, 192 f.; Huber, Deutschland in der Föderalismus-falle?, 2003, S. 13 ff.; Lorz, DVBl. 2006, 1061, 1063; M.G. Schmidt, PVS 42 (2001), 474, 480 ff.

²⁶ Huber, in: Bitburger Gespräche Jahrbuch 2005/1, 2006, S. 27, 34; Scharpf, PVS 26 (1985), 323, 349 f.

²⁷ Vgl. zum Begriff Sanden, Die Weiterentwicklung der föderalen Strukturen der Bundesrepublik Deutschland, 2005, S. 166 – 169.

²⁸ v. Arnim, in: ders./Färber/Fisch (Hrsg.), Föderalismus – Hält er noch was er verspricht?, 2000, S. 19, 21; Gramm, AöR 124 (1999), 212, 215 f.; Rengeling, DVBl. 2006, 1537, 1538.

²⁹ Lorz, DVBl. 2006, 1061, 1063; Schwanengel, DÖV 2004, 553, 558.

³⁰ Dolzer, VVDStRL 58 (1999), 7, 23; Gramm, AöR 124 (1999), 212, 217; J. Schmidt, DÖV 2006, 379, 380.

³¹ Huber (Fn. 25), S. 4; Papier, in: Symposium P. Kirchhof, 2003, S. 103, 106.

³² Zum Begriff v. Arnim (Fn. 28), S. 19, 23.

³³ Schwanengel, DÖV 2004, 553, 554; Wilms, ZRP 2003, 86, 87.

³⁴ Hesse, Der unitarische Bundesstaat, 1962, S. 14 – 25 und passim.

³⁵ Scharpf, PVS 26 (1985), 323, 335; Schmidt, DÖV 2006, 379, 380.

³⁶ Scharpf, PVS 26 (1985), 323, 338; Schubert, Jura 2003, 607, 611.

³⁷ Brink, ZRP 2005, 60, 61; Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 20 Rn. 55.

³⁸ Scholz, in: FS Badura, 2004, S. 491, 505; Schwanengel, DÖV 2004, 553, 559 f.

³⁹ F. Kirchhof, ZG 2004, 209, 221.

⁴⁰ Vgl. BT-Drucks. 16/813, S. 7 f.; vgl. auch schon BT-Drucks. 15/1685; BR-Drucks. 750/03.

⁴¹ Vgl. BT-Drucks. 16/813, S. 23.

⁴² Zu den Änderungen Degenhart, NVwZ 2006, 1209, 1213 – 1215; ausführlich Oeter, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, 2007, Rn. 35 ff.

entstandenen neuen (ausschließlichen) Gesetzgebungskompetenzen des Bundes⁴³ und der Länder⁴⁴ bewirken eine Zuständigkeitsentflechtung und klarere Kompetenzverteilungen. Auch die Abschaffung der Rahmengesetzgebung trägt zur Entflechtung bei,⁴⁵ da ohne sie das Konstrukt zweier nacheinander geschalteter Gesetzgebungsverfahren auf Bundes- und Landesebene entfällt.⁴⁶

b) Erforderlichkeitsklausel

Der neue Art. 72 II GG begrenzt den Anwendungsbereich der Erforderlichkeitsklausel⁴⁷ auf bestimmte Gesetzgebungsmaterien. Für alle anderen Kompetenztitel des Art. 74 I GG wird die Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung unwiderlegbar vermutet, wodurch eine „Vorranggesetzgebung“ des Bundes eingeführt wurde. Hierdurch werden die Länder geschwächt.⁴⁸ Positiv bewirkt die Neuerung im Gegenzug, dass nun in weiten Teilen eindeutig ist, ob der Bund ein auf Art. 74 GG gestütztes Gesetz erlassen darf, was Klarheit hinsichtlich der Verantwortlichkeit schafft.⁴⁹

c) Abweichungsgesetzgebung

Für bestimmte Materien der konkurrierenden Gesetzgebung wird den Ländern durch Art. 72 III GG die Möglichkeit eingeräumt, von Bundesgesetzen abweichende Regelungen zu treffen. Der Gestaltungsspielraum der Länder wurde durch die neue Regelung erheblich erweitert. Allerdings verbleiben auch in diesen Bereichen „änderungsfeste Kerne“,⁵⁰ die den Einfluss des Bundes sichern.⁵¹ Das Abweichungsrecht trägt die Gefahr einer „Ping-Pong-Gesetzgebung“⁵² in sich.⁵³ Zudem besteht die Möglichkeit, dass durch den gesetzgeberischen Zugriff der Länder, aber auch durch spätere Teilregelungen des Bundes, ein „Geltungsmix“ von Bundes- und Landesrecht entsteht.⁵⁴ Die Zurechenbarkeit der gesetzgeberischen Verantwortung für eine Regelung wird durch diese Phänomene erschwert.⁵⁵ Andererseits bietet die Möglichkeit der Abweichung Raum für gesetzgeberische Experimente und fördert so den Wettbewerb zwischen den Ländern einer- und dem Bund und den Ländern andererseits.⁵⁶ Neue Regelungen können auf dem Gebiet eines Landes zunächst getestet, Reformängste auf diesem Weg verringert werden.⁵⁷ Dies kann die Durchsetzbarkeit von Reformen im Bundesstaat erleichtern.

d) Zustimmung des Bundesrates

Der Schwerfälligkeit des Gesetzgebungsverfahrens durch zu viele Beteiligte wurde mit der Änderung von Art. 84 I GG begegnet. Das Zustimmungserfordernis des Bundesrates zu in die Verwaltungsorganisation eingreifenden Bundesgesetzen, die in Landeseigenverwaltung ausgeführt werden, entfällt. Nunmehr sind die Länder gem. Art. 84 I 2 GG befugt, abweichende verfahrensrechtliche Regelungen zu treffen. Hierdurch wird die Zustimmungquote signifikant gesenkt,⁵⁸ was sowohl die Entflechtung als auch die Konturierung der Verantwortlichkeiten befördert. Dass gem. Art. 84 I 5, 6 GG das Abweichungsrecht mit der Zustimmung des Bundesrates unter bestimmten Voraussetzungen ausgeschlossen werden kann und auch neue Zustimmungserfordernisse geschaffen wurden⁵⁹, fällt weniger ins Gewicht, da diese nur für weniger Gesetze einschlägig sind als es Art. 84 I GG a.F. war.

2. Finanzverfassung

Die Verflechtung im Bereich der Finanzverfassung wurde durch einen teilweisen Abbau, bzw. eine Begrenzung auf be-

stimmte Bereiche, der Gemeinschaftsaufgaben, Art. 91a, 91b GG, angegangen. Zudem wurden Investitionshilfen des Bundes nach Art. 104a IV GG a.F. durch die Neufassung in Art. 104b GG ebenfalls auf bestimmte Bereiche beschränkt.⁶⁰ Hierdurch wurde die Mischfinanzierung zwar nicht vollständig abgebaut, allerdings war dies auch nicht Ziel der Reform.⁶¹ Dementsprechend gering ist der erreichte Grad der Entflechtung. Der Forderung nach einer „Finanzverfassungsreform als zweiter Schritt“⁶² wurde durch die Einsetzung einer Finanzverfassungsreformkommission nachgekommen.⁶³

II. Die Situation nach der Föderalismusreform

Die eingangs beschriebenen Probleme bestehen – teilweise abgeschwächt – auch nach der Föderalismusreform noch fort. Eine tatsächliche Entflechtung liegt nur insoweit vor, als Bund und Länder neue ausschließliche Gesetzgebungskompetenzen erhalten haben. Jedoch wird für deren Wahrnehmung auf Länderseite Geld benötigt, so dass *de facto* von ihnen nicht immer Gebrauch gemacht werden kann,⁶⁴ bis auch die Finanzverfassung angemessen reformiert worden ist. Inwiefern die mit den Neuerungen bezweckten Veränderungen tatsächlich eintreten, wird erst die Staatspraxis und nicht zuletzt die Auslegung durch das BVerfG zeigen. In jedem Fall aber kann die Föderalismusreform hinsichtlich des Abbaus der Ver-

⁴³ Auflistung der neuen Bundeskompetenzen bei Häde, JZ 2006, 930, 931.

⁴⁴ Auflistung der neuen Landeskompetenzen bei BT-Drucks. 16/813, S. 9.

⁴⁵ Rengeling, DVBl 2006, 1537, 1549; Selmer, JuS 2006, 1052, 1056; kritischer hingegen O. Klein/Schneider, DVBl. 2006, 1549, 1553 f.

⁴⁶ BT-Drucks. 16/813, S. 8.

⁴⁷ Vgl. zu deren Auslegung bei BVerfGE 106, 62, 135 ff.; 112, 226, 243 ff.; zur Auslegung vor der Verfassungsänderung von 1994 s. Oeter, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998, S. 411 ff. sowie mit leicht historisierendem Ansatz Waldhoff, in: Henneke (Hrsg.), Föderalismusreform, 2005, S. 55, 58 ff.

⁴⁸ Degenhart, NVwZ 2006, 1209, 1210.

⁴⁹ Vgl. Häde, JZ 2006, 930, 932; Oeter, in: Starck (Fn. 42), Rn. 23.

⁵⁰ BT-Drucks. 16/813, S. 11.

⁵¹ Degenhart, NVwZ 2006, 1209, 1213; Häde, JZ 2006, 930, 932.

⁵² Diese bildliche Umschreibung der Gefahr einer sich wechselseitig ablösenden Geltung von Bundes- und Landesrecht geht zurück auf die Stellungnahme von Grimm, in: Bundestag/Bundesrat (Hrsg.), Zur Sache 1/2005, 2005, S. 104, 105.

⁵³ O. Klein/Schneider, DVBl. 2006, 1549, 1552.

⁵⁴ Starck, in: ders. (Fn. 42), Rn. 9; vor der Föderalismusreform wurde ein solcher Geltungsmix als systemfremd abgelehnt: BVerfGE 111, 10, 29.

⁵⁵ Selmer, JuS 2006, 1052, 1056; a.A. Oeter, in: Starck (Fn. 42), Rn. 32, der auf die Zurechenbarkeit eines Gesetzes zu einem Gesetzgeber abgestellt, dabei aber nicht ausreichend berücksichtigt, dass diese für den Großteil der Wahlberechtigten nur schwer zu ermitteln ist.

⁵⁶ Michael, JZ 2006, 884, 887; vgl. auch Ipsen, NJW 2006, 2801, 2804.

⁵⁷ Wieland, in: Symposium Böckenförde, 2006, S. 79, 89.

⁵⁸ Bei Geltung des Art. 84 I GG n.F. in der Vergangenheit wäre die Anzahl der zustimmungsbedürftigen Gesetze jeweils um mehr als die Hälfte reduziert worden, nämlich in der 14. Legislaturperiode von 55,3 % auf 26,6 % und in der 15. Legislaturperiode von 51 % auf 24 %; so ermittelt von Georgii/Borhanian, Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform, 2006, S. 40 f.

⁵⁹ Z.B. in Art. 73 I Nr. 9a, 109, 104a VI 4, 143c IV GG.

⁶⁰ Häde, JZ 2006, 930, 934 f.

⁶¹ BT-Drucks. 16/813, S. 10.

⁶² Häde, JZ 2006, 930, 939 f.; Koriath, ZG 2007, 1 ff.; Überblick über die Reformvorschläge bei Ekaradt/Buscher, DÖV 2007, 89 ff.

⁶³ BT-Drucks. 16/3885; BR-Drucks. 913/06. Aufgrund der Geltung der einfachesetzlichen Konkretisierungen der Finanzverfassung bis zum 31.12.2019, vgl. § 20 FAG, § 15 MaßStG, erscheint eine Umsetzung von Reformvorschlägen der Kommission vor diesem Datum sehr unwahrscheinlich, s. hierzu Selmer, JuS 2006, 1052, 1059.

⁶⁴ Häde, JZ 2006, 930, 939; ähnlich Koriath, ZG 2007, 1, 3.

flechtung – und der damit verfolgten Erhöhung der Reformfähigkeit – nur einen Teilerfolg verbuchen. Der Grund hierfür ist wiederum in der Verflechtungsproblematik selbst zu suchen. Auch die Föderalismusreform war nur als Konsens zwischen Bund und Ländern möglich.⁶⁵ Durchgreifende(re) Reformen hätten auch den Verlust von Mitwirkungsrechten der Akteure nach sich gezogen.⁶⁶ Unter diesem Gesichtspunkt waren radikale Umstrukturierungen gleichsam schwerer zu erreichen als ausdifferenzierte Kompromisse. Jedoch ist mit der Föderalismusreform im Rahmen der bestehenden Möglichkeiten ein erster Schritt in die richtige Richtung getan.

D. Verflechtung als natürliche Folge des bundesdeutschen Föderalismus?

I. Durch die Verfassung vorgegebene Verflechtung

Es bleibt zu fragen, inwieweit Verflechtungen dem Bundesstaat immanent sind. In ihm stehen Bund und Länder nämlich nicht beziehungslos nebeneinander. Das „Mehr“ im Vergleich zum Staatenbund ist gerade auch durch die enge Verbundenheit der Gliedstaaten zum Zwecke der Integration in den übergeordneten Gesamtstaat gekennzeichnet. Neben dem Integrationsgedanken verpflichtet das bundesstaatliche Prinzip auch zur Rücksichtnahme von Gesamt- und Gliedstaaten untereinander (sog. Bundestreue⁶⁷). Deshalb wohnt ein Mindestmaß an Kooperation – und damit Verflechtung – jedem föderalen Staat zwangsläufig inne.⁶⁸ Beispielhaft zeigt sich dies in der grundsätzlichen Mitwirkung der Länder bei der Bundesgesetzgebung (Art. 79 III GG) oder dem Vermittlungsausschuss als Forum zur Diskussion zwischen Bundestags- und Bundesratsmitgliedern über Gesetzesbeschlüsse (Art. 77 II GG). Weitere Verflechtungstatbestände normiert die Verfassung zudem in den Art. 35, 91, 91a, 91b⁶⁹, 106 III 3, IV GG und in gewissem Maße in Art. 107 II GG.⁷⁰

II. Verflechtung durch Kooperation als Prinzip der deutschen Politik?

Verflechtung herbeiführende Kooperation hat sich in der Bundesrepublik aber vor allem außerhalb der vom Grundgesetz vorgesehenen Verflechtungstatbestände als Prinzip politischer Zusammenarbeit herausgebildet. Dabei findet die Kooperation zwischen Bund und Ländern, aber auch zwischen den Ländern untereinander, in vielfältiger Weise statt. Sie reicht von Staatsverträgen über Konferenzen bis zu informellen Gesprächsrunden.⁷¹ Das Recht zur Kooperation ergibt sich schon aus der Eigenstaatlichkeit von Bund und Ländern,⁷² einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Ermächtigung bedarf es nicht.⁷³ Die verfassungsrechtlichen Grenzen sind hierbei denkbar weit. Sie ergeben sich aus der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, Art. 30, 70 ff., 83 ff. GG⁷⁴ und vor allem auch aus dem Verbot der Mischverwaltung,⁷⁵ sowie dem Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 I GG. Kooperation ist nur möglich, wenn man auch zu eigenständigem Handeln befugt wäre. Den demokratisch legitimierte Parlamenten muss ein Mindestmaß an wesentlichem Entscheidungsspielraum verbleiben und der Bürger muss zwecks Rechtsschutzersuchung wissen, gegen welchen Hoheitsträger er sich zu wenden hat.⁷⁶ Zudem erwächst aus Art. 79 III GG die Grenze, dass durch die Kooperation die Eigenstaatlichkeit der Länder nicht ausgehöhlt werden darf.⁷⁷

III. Ursache der Kooperation – Ansatz der Public-Choice-Theorie

Die Analyse zeigt, dass das Grundgesetz selbst relativ wenige zwingende Verflechtungstatbestände vorsieht. Dennoch machen Bund und Länder von ihrem Recht zur Kooperation vielfach Gebrauch. Dies legt nahe, den Großteil der unitarischen Entwicklung weniger dem verfassungsrechtlichen Ordnungsrahmen als vielmehr den politischen Akteuren zuzuschreiben.⁷⁸ Fraglich ist aber, weshalb ein so starker Drang zur Kooperation besteht.

Mangels empirischer Belege erscheint es nicht ausreichend, die Ursache für Kooperation in dem vielfach beschworenen Wunsch der Bevölkerung nach gleichwertigen Lebensverhältnissen, vgl. Art. 72 II GG,⁷⁹ zu suchen.

Einen interessanten Erklärungsansatz bieten jedoch Ergebnisse der Ökonomik, genauer, die *Public-Choice-Theorie*. Trotz der bekannten Probleme der Anschlussfähigkeit von Ergebnissen anderer wissenschaftlicher Disziplinen,⁸⁰ und ungeachtet ihrer vereinfachten Annahmen,⁸¹ sind ihre Ergebnisse aufschlussreich. Die *Public-Choice-Theorie* unterzieht den Politikprozess einer marktanalogen Analyse.⁸² Das Modell des *homo oeconomicus*⁸³ wird auf die politischen Akteure angewandt.⁸⁴ Hiernach sind diese nicht selbstlos und nur

⁶⁵ Wörtlich BT-Drucks. 16/813, S. 1.

⁶⁶ So auch *Scharpf*, PVS 26 (1985), 323, 348, der allerdings zu einseitig auf die Machterhaltung als entscheidungsrelevante Präferenz abstellt und einem verflochtenen System die Reformfähigkeit gänzlich abspricht. Dies deckt sich nicht mit den bei *F. Kirchhof*, ZG 2004, 209, 211 geschilderten Eindrücken der Föderalismuskommission von 2003, bei denen die Akteure durchaus bereit gewesen seien, auf Mitwirkungsrechte zu verzichten.

⁶⁷ Vgl. hierzu schon BVerfGE 1, 229, 315; *Degenhart* (Fn. 9), Rn. 481 ff.; *Maurer* (Fn. 10), § 10 Rn. 50 ff. m.w.N.

⁶⁸ *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 20 Rn. 45.

⁶⁹ Art. 91b GG kann gleichsam als Paradigma des kooperativen Föderalismus gesehen werden, stellt er doch eine ausdrückliche Grundlage für freiwillige Kooperation zwischen Bund und Ländern dar.

⁷⁰ Vgl. zum Ganzen *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 20 Rn. 46 ff.

⁷¹ Vgl. *Maurer* (Fn. 10), § 10 Rn. 57 ff.; *Rudolf*, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 16), § 105 Rn. 20 ff.

⁷² *Isensee* (Fn. 16), § 98 Rn. 97.

⁷³ BVerfGE 63, 1, 39 f.

⁷⁴ *Bothe*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Alternativkommentar GG, Loseblatt, Art. 20 Abs. 1-3 II (Stand: 2001) Rn. 46 ff.; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Loseblatt, Art. 20 IV. (Stand: 2004) Rn. 162.

⁷⁵ Vgl. BVerfGE 108, 169, 181 f.; *Degenhart* (Fn. 9), Rn. 516 ff.

⁷⁶ *Bothe*, in: Alternativkommentar GG (Fn. 74), Art. 20 Abs. 1-3 II Rn. 50; *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 74), Art. 20 IV. Rn. 163; vgl. *Kisker*, Kooperation im Bundesstaat, 1971, S. 122 ff.

⁷⁷ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Fn. 74), Art. 20 IV. Rn. 160 f.; *Kisker* (Fn. 76), S. 299 ff.; *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 20 Rn. 49.

⁷⁸ So auch *Ipsen*, NJW 2006, 2801, 2082; in der Bewertung wohl anders *Huber* (Fn. 26), S. 27 f.

⁷⁹ Der empirische Beleg eines solchen „Wunsches“ dürfte auch schwierig sein. Indizwirkung könnte insoweit jedoch den bei *Grube*, Jahrbuch des Föderalismus 2001, S. 101, 109 f. ausgewerteten Umfragen zukommen, nach denen die Mehrheit der Befragten alle in der Umfrage aufgezählten Regelungsmaterien bundeseinheitlich geregelt wissen wollte und auch den Länderfinanzausgleich befürwortete.

⁸⁰ *Lepsius*, Die Verwaltung 32 (1999), 429 ff.; *Morlok*, in: Engel/Morlok (Hrsg.), Öffentliches Recht als Gegenstand ökonomischer Forschung, 1998, S. 1, 24.

⁸¹ Vgl. *Brennan/Buchanan*, Die Begründung von Regeln, 1993, S. 68 f.

⁸² *Buchanan*, in: ders./Tollison, The Theory of Public Choice II, 1987, S. 11, 13.

⁸³ Vgl. zu diesem Modell *Kirchgässner*, Homo Oeconomicus², 2000; gedrängte Darstellung für Juristen: *ders.*, JZ 1991, 104 ff.

⁸⁴ *Sauerland*, Föderalismus zwischen Freiheit und Effizienz, 1997, S. 184.

auf das Gemeinwohl bedacht, sondern werden als ihren eigenen Nutzen maximierende Individuen angesehen.⁸⁵ Dementsprechend treffen sie weniger gemeinwohlorientierte Entscheidungen, sondern begünstigen organisierte Interessengruppen, um mit deren Hilfe ihre Wiederwahl zu sichern.⁸⁶ Versteht man zudem die Landesregierungen als Anbieter und die Bürger als Nachfrager politischer Leistungen,⁸⁷ kann zwischen den einzelnen Bundesländern ein Wettbewerb um steuerzahlende Bürger entstehen.⁸⁸ Die einzelnen Regierungen werden in der Wettbewerbssituation ihre Politik stärker an den Präferenzen der Bürger ausrichten, da ansonsten die Abwanderung von Bürgern in ein anderes Bundesland droht.⁸⁹ Durch Kooperation aber können die politischen Akteure eine Angleichung des Bereitstellungsniveaus von öffentlichen Leistungen in allen Bundesländern erreichen. Sie wirken wie ein Kartell zusammen und senken so den Wettbewerbsdruck. In diesem Fall muss die Politik wieder weniger an den Präferenzen der Bürger ausgerichtet und kann stärker an den Eigeninteressen der politischen Akteure orientiert werden. Unter diesen Gesichtspunkten ist Kooperation für die politischen Akteure höchst attraktiv. Sie streben Kooperation an, um ihren Eigennutzen zu mehren.

E. Der Bundesrat – Notwendige Bremse oder Blockadeinstrument?

I. Stellung des Bundesrates

Der Bundesrat ist ein oberstes Bundesorgan,⁹⁰ das als solches an der politischen Willensbildung des Bundes teilnimmt.⁹¹ Aufgrund seiner Besetzung mit Landesvertretern, Art. 51 I GG, sollen über ihn aber auch die Länder ihre eigenen Erfahrungen und Interessen in diesen Willensbildungsprozess einbringen.⁹² Bei Wahrnehmung seiner Kompetenzen kann der Bundesrat demnach sowohl Länderinteressen als auch genuine Bundesinteressen wahrnehmen.⁹³

II. Blockade durch den Bundesrat als Instrument der Parteien?

Durch den Bundesrat werden die Länderinteressen kanalisiert. Die Bündelung der 16 Einzelpositionen lässt den Bundesrat als Knotenpunkt der Kooperation erscheinen. In dieser Rolle sah er sich immer wieder den Vorwürfen der (illegitimen) Politisierung und der Blockadepolitik im Falle divergierender Mehrheiten in Bundestag und Bundesrat ausgesetzt.⁹⁴

1. Vorwurf der Blockadepolitik

Hinsichtlich des Vorwurfs der Blockadepolitik muss bedacht werden, dass die Zustimmungsverweigerung ein durch die Verfassung eingeräumtes Recht des Bundesrates ist. Eine „Blockade“ liegt erst bei übermäßigem Gebrauch dieser Möglichkeit vor. Hiervon kann in der Staatspraxis keine Rede sein.⁹⁵ In der bisherigen Geschichte der Bundesrepublik Deutschland ist lediglich 1,83 % der Gesetzesvorhaben die Zustimmung verweigert worden, nur 0,72 % scheiterten hieran endgültig.⁹⁶ Allerdings wird das Vetorecht im Vorfeld als Katalysator der Kooperation aktuell.⁹⁷ Um eine Zustimmungsverweigerung zu vermeiden, versucht die Bundestagsmehrheit häufig, schon vorab einen Kompromiss mit dem Bundesrat zu finden. Dies geht zu Lasten klarer Entscheidungsstrukturen und ist demnach geeignet, Reformen zu erschweren.

2. Parteipolitisierung des Bundesrates?

Des Weiteren stellt sich die Frage, inwieweit bundesparteipolitische Erwägungen Grundlage einer Bundesratsentscheidung sein dürfen.⁹⁸ Um eine Politisierung des Bundesrates⁹⁹ zu verhindern wurde argumentiert, (bundes-)parteipolitisch motivierte Bundesratsentscheidungen seien verfassungsrechtlich illegitim. Der Parlamentarische Rat habe den parteipolitischen Einfluss im Bundesrat gering halten wollen, weshalb der Bundesrat nach Ländern und nicht nach Parteien gegliedert wäre.¹⁰⁰ Er habe deshalb die bestmögliche „Verwirklichung der Bundesanliegen unter Abwägung mit den Landesangelegenheiten“ abseits parteipolitischer Verbundenheit anzustreben.¹⁰¹ Im Grundgesetz findet diese Sichtweise indes keine Stütze. Durch Art. 79 III GG wird die Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung gesichert. Der durch die Mitwirkung einzubringende Wille des Landes¹⁰² liegt aber nicht offen zu Tage, sondern muss erst gebildet werden. Da die Mitwirkung gem. Art. 50 GG über den Bundesrat stattfindet, in dem Mitglieder der Landesregierungen sitzen, Art. 51 I GG, obliegt diese Willensbildung der jeweiligen Landesregierung, die ihrerseits von der Parlamentsmehrheit getragen wird, die wiederum vom Landesvolk gewählt wurde. Dieser Konstruktion ist keine Beschränkung auf bestimmte Entscheidungsmotive zu entnehmen. Vielmehr ist zu beachten, dass bei den Parlamentswahlen die Parteien eine tragende Rolle spielen. Sie wirken bei der Willensbildung des Volkes mit, Art. 21 I 1 GG, nehmen mithin auf die Willensbildung des Landes entscheidenden Einfluss. Obsiegen sie in der Wahl, ist ihre Regierungspolitik dann legitimerweise auch Parteipolitik.¹⁰³

⁸⁵ Ebd., S. 184, 207.

⁸⁶ Erlei/Leschke/Sauerland, Neue Institutionenökonomik², 2007, S. 361 ff., 477.

⁸⁷ Erlei/Leschke/Sauerland (Fn. 86), S. 356, 486.

⁸⁸ Oeter, in: Engel/Morlok (Fn. 80); Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik³, 2003, S. 521 ff.; zu den Voraussetzungen für einen solchen Wettbewerb und wieso diese in Deutschland nicht gegeben sind vgl. Erlei/Leschke/Sauerland (Fn. 86), S. 486 ff.

⁸⁹ Grundlegen zum horizontalen Wettbewerb zwischen Jurisdiktionen Tiebout, The Journal of Political Economy 64, 416 ff.

⁹⁰ Heute unstrittig anerkannt, s. statt aller Herzog (Fn. 21), § 57 Rn. 2.

⁹¹ Maurer (Fn. 10), § 16 Rn. 3.

⁹² Ebd., § 16 Rn. 38; Sachs, VVDStRL 58 (1999), 39, 47.

⁹³ H.H. Klein, ZG 2002, 297, 308; Koriath, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 50 Rn. 18; Robbers, in: Sachs (Fn. 20), Art. 50 Rn. 13.

⁹⁴ Vgl. Gramm, AöR 124 (1999), 212, 214; Huber (Fn. 26), S. 27, 34 f.; Mulert, DÖV 2007, 25 f.; J. Schmidt, DÖV 2006, 379, 380; Strohmeier, ZParl 2004, 717, 729.

⁹⁵ In der Bewertung ebenso Hillgruber, JZ 2004, 837, 838.

⁹⁶ Seit 1949 wurden 10.026 Gesetzesvorlagen in den Bundestag eingebracht, in 183 Fällen die Zustimmung verweigert und hiervon nur 72 Gesetze nicht verkündet, s. Handbuch des Bundesrates 2006/2007, S. 303, 305.

⁹⁷ Ähnlich Lange, in: FS Stein, 1983, S. 181, 193; Strohmeier, ZParl 2004, 717, 729.

⁹⁸ Bereits in der Weimarer Republik wurde dieser Streit unter dem Stichwort „Parteienbundesstaat“ geführt, vgl. bspw. die zeitgenössische Verwendung des Begriffs im Zusammenhang mit dem sog. Preußenschlag bei Bilfinger, DJZ 1932, Sp. 1017, 1018; s. hierzu Gusy, Die Weimarer Reichsverfassung, 1997, S. 256 f.; Koriath, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 50 Rn. 7.

⁹⁹ Vgl. hierzu Oeter (Fn. 47), S. 322 ff.

¹⁰⁰ Maunz, in: ders./Dürig (Fn. 74), Art. 50 (Stand: 1982) Rn. 25; differenzierend Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 2004, Art. 50 Rn. 34.

¹⁰¹ Maunz, in: Bundesrat (Hrsg.), Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft, 1974, S. 195, 209 f.

¹⁰² Sachs, VVDStRL 58 (1999), 39, 47.

¹⁰³ H.H. Klein, ZG 2002, 297, 307 f.; Leibholz/Hesselberger, in: Bundesrat (Fn. 101), S. 101, 109.

Hierzu gehört auch die Bestellung der Bundesratsmitglieder.¹⁰⁴ Im deutschen Parteiensystem fungieren die Parteien zudem aufgrund ihrer organisatorischen und personellen Struktur als Bindeglied zwischen Bundes- und Länderpolitik,¹⁰⁵ was die parteipolitischen Interessen verschmelzen lässt. Daraus folgt, dass durch die derzeitige Ausgestaltung auf bundesparteipolitische Motive gegründete Bundesratsentscheidungen nicht nur verfassungsrechtlich legitim,¹⁰⁶ sondern oftmals geradezu zwingend sind. Dies hat zur Folge, dass der Bundesrat im Falle bundespolitisch motivierter Entscheidungen nicht mehr als „föderative Bremse“¹⁰⁷ fungiert. Vielmehr schützt er die Landesinteressen materiell dann nur noch durch eine „doppelte bundespolitische Kontrolle“. Allerdings lässt sich die Landespolitik von der Bundespolitik effektiv ohnehin nur dann überlagern, wenn die Landesinteressen hierdurch nicht gefährdet werden,¹⁰⁸ wie die Erfahrung des Fernseh-Streits¹⁰⁹ der Länder mit der Bundesregierung unter *Konrad Adenauer* gezeigt hat.¹¹⁰

III. Auswirkungen auf die Reformfähigkeit

Die Durchsetzbarkeit von Reformen wird in den Fällen einer „doppelten bundespolitischen Kontrolle“ erschwert. Bei Zustimmungsgesetzen reicht für eine Reformentscheidung die Bundestagsmehrheit allein nicht aus, sondern es ist zusätzlich die Bundesratsmehrheit erforderlich. Muss allerdings mit letzterer nicht nur ein Konsens über Landesinteressen betreffende Fragen, sondern über die Entscheidung im Ganzen gefunden werden, geht dies zu Lasten klarer Entscheidungen. Dieser Zustand resultiert aus der durch das Vetorecht gestärkten, parteipolitisch beeinflussten Position des Bundesrates. Die Einräumung des Vetorechts, und somit deren Folgen, sind aber der Konstruktion des Grundgesetzes immanent.¹¹¹ Sie dient der Stärkung der vertikalen Gewaltenteilung und begrenzt die Macht der einzelnen Institutionen, wirkt somit letztlich freiheitssichernd.¹¹² In diesem Spannungsfeld zwischen Freiheitsicherung und der Gewährleistung effektiven staatlichen Handelns müssen beide Aspekte Beachtung finden.¹¹³ Hierbei gilt es jedoch zu bedenken, dass eine Reform nicht alleine deshalb gelingt, weil sie effektiv durchgesetzt werden kann. Die Bedeutsamkeit des Inhalts der Entscheidung darf nicht in den Hintergrund rücken. Auch wenn hier politische Vorstellungen maßgeblich sind, erscheint es nicht sachgerecht, diese bedingungslos zur Durchsetzung gelangen zu lassen.¹¹⁴ Im System der Bundesrepublik Deutschland sind die Bundestagsmehrheit und die Bundesregierung miteinander verschränkt. Erst die Auseinandersetzung mit einer Gegenposition, die zwingend beachtet werden muss – hier liegt der Unterschied zur Opposition im Parlament¹¹⁵ –, ermöglicht als Ergänzung der horizontalen Gewaltenteilung eine sachgerechte Beratung und schützt sowohl vor Aktionismus als auch vor übereilten Beschlüssen.¹¹⁶ Ob am Ende des Diskurses nur eine Einigung auf den kleinsten gemeinsamen Nenner möglich ist oder eine sachgerechte Lösung herbeigeführt werden kann, liegt dann wiederum in der Verantwortung der beteiligten politischen Kräfte und ist verfassungsrechtlich nicht steuerbar.

Das beschriebene Spannungsfeld darf nicht einseitig aufgelöst werden. Insbesondere kann der effektiven Durchsetzung von Entscheidungen des Bundestages nicht *a priori* der Vorrang eingeräumt werden, nur weil seine Mitglieder direkt vom Volk gewählt werden.¹¹⁷ Der Bundesrat leidet gegen-

über dem Bundestag nicht an einem Legitimationsdefizit.¹¹⁸ Die mittelbare demokratische Legitimation ist der unmittelbaren verfassungsrechtlich gleichwertig, beide lassen sich auf das Volk zurückführen.¹¹⁹ Allerdings darf der Aspekt der Freiheitsicherung den der Effektivität auch nicht soweit überlagern, als dass die Bundestagsmehrheit in jedem Fall nur noch zusammen mit der Bundesratsmehrheit entscheiden kann.¹²⁰ Die Vetoposition des Bundesrates darf deshalb nicht aufgrund einer Vielzahl von Zustimmungstatbeständen uferlos anwachsen. Gerade an diesem Punkt hat die Föderalismusreform angesetzt.

F. Fazit

Die Frage, ob der Bundesstaat Reformen hemmt, ist differenziert zu beantworten. Die generelle Ausgestaltung des föderalen Systems der Bundesrepublik Deutschland steht der Reformfähigkeit nicht entgegen. Insbesondere die Blockademöglichkeiten des Bundesrates werden überschätzt. Zwar besteht ein gewisser Verflechtungsgrad, dieser ist aber weniger der grundgesetzlichen Staatsorganisation, sondern vielmehr der Kooperation der politischen Akteure geschuldet. Die *Public-Choice-Theorie* kann als Erklärungsmodell der Kooperation dienen und verhilft zu der Erkenntnis, dass es in dem an sich reformfähigen System lediglich an Anreizen mangelt, Reformentscheidungen auch tatsächlich zu treffen. ■

¹⁰⁴ Maurer (Fn. 10), § 16 Rn. 42.

¹⁰⁵ Vgl. Lehbruch, Parteienwettbewerb im Bundesstaat³, 2000, S. 82 ff.

¹⁰⁶ So auch Bauer, in: Dreier (Fn. 10), Art. 50 Rn. 19; Herzog (Fn. 21), § 57 Rn. 17; Krebs, in: v. Münch/Kunig (Fn. 9), Art. 50 Rn. 6; Robbers, in: Sachs (Fn. 20), Art. 50 Rn. 16 m. w. N.

¹⁰⁷ Vgl. Oeter (Fn. 47), S. 264 f.

¹⁰⁸ H.H. Klein, ZG 2002, 297, 308; Lehbruch (Fn. 105), S. 165 ff.

¹⁰⁹ BVerfGE 12, 205, s. insb. S. 254 ff.

¹¹⁰ Scharpf, PVS 26 (1985), 323, 328; weitere Bsp. bei Posser, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts², 1994, § 24 Rn. 113 (dortige Fn. 100).

¹¹¹ Gramm, AöR 124 (1999), 212, 219; Pjeroth, EuGRZ 2006, 330, 337.

¹¹² Herzog (Fn. 21), § 57 Rn. 43; Stern (Fn. 8), S. 658 f.

¹¹³ Gramm, AöR 124 (1999), 212, 219 f.

¹¹⁴ H.H. Klein, ZG 2002, 297, 309; Sachs, VVDStRL 58 (1999), 39, 59.

¹¹⁵ Vgl. hierzu Herzog (Fn. 21), § 57 Rn. 43.

¹¹⁶ So schon Hesse (Fn. 34), S. 27 ff.; Hillgruber, JZ 2004, 837, 839; H.H. Klein, ZG 2002, 297, 314.

¹¹⁷ A.A. Gramm, AöR 124 (1999), 212, 220 f.

¹¹⁸ Herzog (Fn. 21), § 57 Rn. 26 f.; Koriath, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 16), Art. 50 Rn. 15.

¹¹⁹ Heger, Deutscher Bundesrat und Schweizer Ständerat, 1990, S. 164 f.; Pjeroth, EuGRZ 2006, 330, 335; Sachs, VVDStRL 58 (1999), 39, 44 f.; Stern (Fn. 8), S. 739 f.

¹²⁰ Heger (Fn. 119), S. 221 f.

Carolin Raspé, LL.B., Hamburg*

Der Handel mit Frequenzen nach dem neuen TKG

A. Einführung

Mit Funkdienstleistungen werden heute in Europa jährlich € 200 Mrd. umgesetzt, was über 2 % des BIP der EU ausmacht.¹ Allein in Deutschland wurden 2004 € 2,67 Mrd. in den Mobilfunksektor investiert.² Ein Ende dieser Entwicklung ist nicht in Sicht, und dementsprechend steigt auch die Nachfrage nach dem Träger dieser Dienste, den Frequenzen.³ Ein Nutzungsrecht an diesen zu erlangen ist für sämtliche Funkdienstleister eine wesentliche Grundvoraussetzung.

Auf Grundlage europäischer Richtlinien hat der deutsche Gesetzgeber im neuen Telekommunikationsgesetz⁴ die Möglichkeit eröffnet, diese Nutzungsrechte zu handeln. Durch den Frequenzhandel wird nicht nur ein neues Verfahren einer effizienten Frequenzallokation geschaffen, sondern er gibt den Unternehmen auch die Chance, die für sie so grundlegenden Betriebsmittel vielfältig zu nutzen. Vom Verkauf über die Besicherung bis hin zum Leasing können Frequenzen dadurch ökonomisch wie jedes andere Gut genutzt und verteilt werden.

Die Idee, die Frequenzallokation dem Markt zu überlassen, ist keineswegs neu, die Diskussion hierüber wurde schon vor beinahe sechs Jahrzehnten angestoßen.⁵ Dass der Handel nun erst – aufgrund des durch explosionsartiges Wachstum steigenden Drucks einer effizienten Frequenznutzung – eingeführt wurde, zeigt, wie problematisch diese Idee zu sein scheint. Denn so reizvoll und einfach sie auch erscheint, sind mit einem solchen Frequenzhandel zahlreiche Zweifel und Probleme verbunden, die zerstreut und gelöst werden wollen.

Die folgende Untersuchung hat zum Ziel, zunächst das System der Frequenzverwaltung und die ökonomische Idee des Frequenzhandels vorzustellen, um dessen Notwendigkeit zu überprüfen (B.). Daraufhin soll die dogmatische Umsetzung im TKG untersucht (C.) und dessen rechtliche Zulässigkeit geprüft werden (D.), um abschließend eine Bewertung der aktuellen Situation zu ermöglichen (E.).

B. Grundlagen des Frequenzhandels

I. Begriffsdefinition und wesentliche Prinzipien

Unter *Frequenzhandel* versteht man grundsätzlich, „dass ein bisheriger Nutzer des Frequenzspektrums freiwillig auf sein ihm zugeteiltes Nutzungsrecht verzichtet und dieses gegen eine Geldzahlung einem anderen dauerhaft oder vorübergehend überlässt.“⁶

Handel im volkswirtschaftlichen Sinne setzt die Knappheit der zu handelnden Ressource voraus.⁷ Die Besonderheit von Frequenzen liegt darin, dass sie zwar nicht erneuerbar, aber auch nicht erschöpfbar sind. Folglich können sie grundsätzlich immer wieder und ständig verwendet werden.⁸ Allerdings können Frequenzen innerhalb ihrer Reichweite nicht zeitgleich beliebig häufig benutzt werden, da es sonst zu Frequenzstörungen – sog. Interferenzen – kommt. Aus der natürlichen Knappheit der Frequenzbreite lässt sich daher auf die Knappheit der Nutzungsrechte schließen. Frequenzen sind also grundsätzlich knappe und damit handelbare Ressourcen.⁹

Aus ökonomischer Sicht ist es wünschenswert, diese knappe Ressource einer möglichst effizienten Nutzung zuzuführen.¹⁰

Nach der wohlfahrtsökonomischen Theorie meint Allokationseffizienz grundsätzlich, dass für Frequenzen das Allokations-Optimum erreicht wird, wenn sie der Nutzer erhält, der sie am besten nutzen kann.¹¹ Bei Frequenzeffizienz im ökonomischen Sinne ist dies der Nutzer mit der höchsten Zahlungsbereitschaft.¹² Technische Effizienz beschreibt dagegen die technisch intensivste und effektivste Nutzung eines Frequenzbandes.¹³ Der Handel mit Frequenzen fördert auf den ersten Blick nur die ökonomische Frequenzeffizienz, da der Finanzkräftigste sie erwerben kann. Auf den zweiten Blick wird jedoch auch die technische Effizienz gesteigert. Denn steigt der Wert der Frequenz, wird jeder rationale Unternehmer auch versuchen, diese technisch möglichst effizient zu nutzen, um aus dem wertvollen Gut „alles herauszuholen“.

II. Frequenzverwaltung

1. Notwendigkeit einer staatlichen Frequenzordnung

Die Verwaltung dieses knappen Gutes Frequenz steht traditionell den Staaten zu.¹⁴ Frei nach dem Motto: „Die Bürokratie verteidigt den Status quo noch lange, nachdem das Quo seinen Status verloren hat“¹⁵, stellt sich die Frage, inwiefern die staatliche Regulierung auf diesem Gebiet überhaupt notwen-

* Die Autorin ist Studentin an der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ *Kommission*, Review of the EU Regulatory Framework, (http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/info_centre/public_consult/review/impactassessment_final.pdf), S. 13.

² Growth and Investment (http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/info_centre/studies_ext_consult/assessmt_growth_invst/investment.pdf), Annex 1, S. 124.

³ Zum Begriff: Der Begriff „Frequenz“ hat seinen Ursprung im lateinischen Wort *frequentia* und bedeutet Häufigkeit. Im Funkwesen benennt er die Anzahl der Schwingungen pro Sekunde einer elektromagnetischen Welle (vgl. *Korehnke/Tewes*, in: Beck'scher TKG-Kommentar⁵, 2006, Vorb. zu § 52 Rn. 2).

⁴ §§ ohne Bezeichnung sind im Folgenden solche des Telekommunikationsgesetzes (TKG) in der Fassung vom 22. Juli 2004 (BGBl. 2004, S. 1190) zuletzt geändert durch das Gesetz vom 18. Februar 2007 (BGBl. 2007, S. 106).

⁵ *Coase*, Journal of Law & Economics 1959, S. 1 ff.

⁶ Vgl. *Nett/Strumpf*, Wik – Diskussionsbeiträge Nr. 241, Eckpunkte zur Ausgestaltung eines möglichen Handels mit Frequenzen, Februar 2003, S. VII.

⁷ Gabler Wirtschaftslexikon¹⁵, 2000: Stichwort „Gut“ und „Handel“; vgl. *Siebert*, Einführung in die Volkswirtschaftslehre¹⁴, 2003, S. 16.

⁸ *Lenhard/Rickert* (K&R 2002, S. 578, 580) geht daher von einer unendlichen Menge aus.

⁹ So z.B. auch: VG Köln, Urteil vom 24.5.2002 – 11 K 9775/00 in MMR 2003, S. 61, 62; *Badura*, in: FS Friauf, 1996, S. 529, 539; *Zimmer*, CR 2000, S. 13, 14; *Wegmann*, K&R 2003, S. 448; *Clausi*, Rechtsfragen des Frequenzhandels, 2004, S. 15; *Hoes*, Die Stellung des terrestrischen Rundfunks, 2004, S. 33; *Binzel*, Frequenzhandel in Deutschland und Großbritannien, 2006, S. 77; *Bumke*, Frequenzvergabe nach dem Telekommunikationsgesetz, 2006, S. 39 ff.

¹⁰ Dieser Grundsatz ist als Zielvorgabe auch im TKG enthalten (§ 2 Nr. 7).

¹¹ *Siebert* (Fn. 7), S. 21; *van Aaken*, in: Bungenberg, Recht und Ökonomik, 2004, S. 23.

¹² *Götzke*, Ökonomische Analyse der Frequenzallokation, 1994, S. 107 ff.; *Ruhle/Geppert*, MMR 1998, S. 175, 176.

¹³ *Götzke* (Fn. 12), S. 107 ff.; *Binzel* (Fn. 9), S. 136.

¹⁴ Schon 1865 gründeten 20 Staaten die ITU, die 1906 auch die Frequenzverwaltung übernahm, und machten diese damit zur staatlichen Aufgabe.

¹⁵ Zitat von Laurence Johnston Peter (1919-90), amerikanischer Managementberater.

dig ist und inwieweit sie – im Sinne des *Coase-Theorem*¹⁶ – dem Markt überlassen werden kann.

Die Antwort darauf gibt das Prinzip der öffentlichen Verteilungslenkung.¹⁷ Aus dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I GG) resultiert die über reine Freiheitsgewährung hinausgehende Verpflichtung des Staates, für eine gerechte Verteilung knapper Ressourcen, die Gemeinwohlbelange betreffen, zu sorgen.¹⁸ Es müssen zusätzliche Parameter einbezogen und deren Durchsetzung gesichert werden, denn ohne jegliche Regulierung wären die Bildung von Monopolen und der damit verbundene Ausschluss von Wettbewerb sowie Interferenzprobleme, Zersplitterung des Frequenzspektrums, der Bruch von internationalen Abkommen und die Gefährdung der flächendeckenden Grundversorgung¹⁹ zu befürchten.²⁰ Soweit der Markt einen Teil der Probleme durch das Allokationsinstrument des Preises regeln kann,²¹ muss der Staat in Bezug auf den rechtlich gesicherten Freiheitsstatus Enthaltensamkeit üben.²² Im Übrigen bedarf es aber eines verwaltungsbehördlich konkretisierten Rechtsrahmens, welcher gerade auch ein Instrument zur Gewährleistung des Allokationszieles ist.²³

2. Überblick über die Frequenzverwaltung

Die somit notwendige staatliche Frequenzverwaltung ist in eine internationale, eine europäische und eine nationale Ebene (vor allem §§ 52-65) aufgegliedert.²⁴ Die telekommunikationsrechtliche Frequenzplanung obliegt im Wesentlichen der Bundesnetzagentur (BNetzA)²⁵. Diese geschieht in einem dreistufigen Verfahren bestehend aus dem Frequenzbereichszuweisungsplan (§ 53), den die Bundesregierung erstellt, dem Frequenznutzungsplan und der eigentlichen Frequenzzuteilung an die Allgemeinheit im Rahmen einer Allgemein-zuteilung gem. § 55 II. Nur wenn eine Allgemein-zuteilung nicht möglich ist, ergeht eine Einzelzuteilung.²⁶ Bestehen jedoch mehr Anträge als Frequenzen, muss ein Vergabeverfahren gem. § 55 IX i.V.m. § 61 stattfinden. Nach der Erstzuteilung kann auf Sekundärebene ein Handel nach § 62 stattfinden.

III. Sinn und Zweck des Frequenzhandels

1. Notwendigkeit eines Frequenzhandels

Die Notwendigkeit eines Frequenzhandels ergibt sich aus der momentanen Situation der nationalen Frequenzverwaltung. Diese sieht sich vor dem Problem, dass in Zukunft die Frequenzen zwar technisch effizienter genutzt werden könnten, die Anreize dafür jedoch aufgrund mangelnder ökonomischer Verwertbarkeit der Frequenzen bisher fehlten. Nach einmaliger Zuteilung ist die effiziente Frequenznutzung weitestgehend ins Ermessen des Inhabers gestellt.²⁷ Ohne Handel kann kein Marktwert im eigentlichen Sinne entstehen, was wiederum die ökonomische Kalkulation der Erstzuteilungsentgelte und der Vermögensmassen eines Unternehmens erschwert. Zudem wird der Bedarf an Funkkommunikation und mit steigender Nachfrage auch die Knappheit zunehmen. Eine ökonomisch möglichst effiziente Nutzung ist daher wünschenswert.

2. Ökonomische Idee

Durch Schaffung eines Sekundärmarktes (Frequenzhandel) sollen Frequenzen schneller und einfacher einer effizienten Nutzung zugeführt werden, indem sie nach der Erstzuteilung weiter zwischen Unternehmen übertragbar sind. Dadurch wird mehr Anbietern der Zugang zu Frequenzen und den Unternehmen eine zusätzliche Finanzierungsquelle durch Fre-

quenzverkauf, -leasing und -besicherung eröffnet.²⁸ Der Markt regelt eine pareto-optimale Verteilung,²⁹ es werden daher Innovations- und Investitionsanreize gesetzt sowie ein effizienter Wettbewerb gefördert.³⁰ Dadurch werden Endkundenpreise verringert und Dienste optimiert.

3. Grundformen einer Ausgestaltung

Die Möglichkeiten einen solchen Handel auszugestalten sind zahlreich:

Grob zu unterscheiden ist bei der Ausgestaltung des Handels die Reichweite der Übertragung bzw. der Handelbarkeit. Ein *intermodaler* Handel lässt eine freie Verfügung über die Frequenz zu, indem das Nutzungsrecht an einer Frequenz ohne jegliche Nutzungsbeschränkung übertragen wird und somit für jede Art der Funkdienstleistung genutzt werden kann. Ein *intramodaler* Handel bezieht sich hingegen nur auf die Übertragung des Nutzungsrechts innerhalb einer Nutzungsart und inklusive aller Beschränkungen.³¹ Ökonomisch gesehen wäre eine intermodale Handelbarkeit sinnvoll, um so auch effizientere Dienste zu fördern und unrentable Nutzungsweisen auszusortieren; außerdem steigt der Wert der Frequenz und der Markt vergrößert sich, da die Frequenz für unterschiedliche Anbieter interessant sein kann.³²

Eine weitere Unterscheidung kann nach der Art der Mitwirkung der BNetzA getroffen werden. Diese kann auf repressives Eingreifen (z.B. durch Widerruf gem. § 63 II TKG) be-

¹⁶ Das *Coase-Theorem* geht davon aus, dass Teilnehmer eines Marktes Probleme, die durch externe Effekte entstehen, selber lösen können, wenn sie nur über die Allokation von Ressourcen verhandeln und diese ohne Kosten tauschen können (*Coase*, Journal of Law & Economics 1960, S. 1, 5 ff.). *Coase* fragte bereits 1959, warum der Staat die Macht der Frequenzverteilung an sich gezogen hat und widersprach der Andersartigkeit dieses Marktes verglichen mit anderen Industriezweigen, durch die man die Andersbehandlung zu rechtfertigen versuchte (Journal of Law & Economics 1959, S. 1 ff., 40).

¹⁷ Ausführlich dazu: *Koenig*, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung, 1994, S. 169 ff.

¹⁸ *Badura* (Fn. 9), S. 529; *Schnapp*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar⁵, 2003, Art. 20 Rn. 36.

¹⁹ Zur Wahrung der Grundversorgung ist der Staat gem. Art. 87f I GG verpflichtet (vgl. unter 1).

²⁰ *Holzname, I* in: FS Hoppe, 2000, S. 769 ff.; *Nett/Strumpf* (Fn. 6), S. 79; *Bumke* (Fn. 9), S. 52 ff., 398 ff.

²¹ Zum Markt-(Preis-)Mechanismus vgl. *Teichmann*, Wirtschaftspolitik⁵, 2001, S. 153.

²² *Koenig* (Fn. 17), S. 205.

²³ Vgl. *Denkhaus*, in: Bungenberg, Recht und Ökonomik, 2004, S. 40 ff.

²⁴ Aus Platzgründen sei für die ausführliche Darstellung der Frequenzverwaltung verwiesen auf: *Holzname/Enaux/Nienhaus*, Telekommunikationsrecht, Rn. 461 ff.; *Kreitlow*, in: Wissmann, Telekommunikationsrecht², 2006, S. 346 ff.

²⁵ Die Ausnahme macht die Frequenzzuweisung gem. § 53, die der Bundesregierung obliegt.

²⁶ Das Gesetz nennt als Gründe für die Unmöglichkeit in § 55 III 2 die Gefahr funkt technischer Störungen und die Sicherung der effizienten Frequenznutzung.

²⁷ Es besteht die Möglichkeit eines Widerrufs gem. § 63, jedoch genügt hierfür nicht, dass die Frequenz nicht optimal genutzt wird.

²⁸ *Scherer*, K&R 2002, S. 273, 287; *Hoenike/Giebel*, MMR 2005, S. 217 ff.

²⁹ Das Pareto-Optimum beschreibt den Zustand, bei dem kein Individuum durch Reallokation besser gestellt werden kann, ohne dass ein anderes schlechter gestellt wird (vgl. Gabler Wirtschaftslexikon (Fn. 7), Stichwort „Pareto-Optimum“, *van Aaken* (Fn. 11), S. 24).

³⁰ *Nett/Strumpf* (Fn. 6), S. 5 ff.

³¹ Vgl. *ECC*, Report 16 (<http://www.ero.dk/documentation/docs/doc98/official/pdf/ECCREP016.PDF>), S. 27; *Wissmann/Kreitlow*, K&R 2003, S. 257, 262; *Kreitlow* (Fn. 24), S. 419 ff.

³² Vgl. *Götzke* (Fn. 12), S. 183; *Binzel* (Fn. 9), S. 141.

schränkt sein. Die Übertragung kann aber auch aufschiebend bedingt von einer Genehmigung der BNetzA abhängen. Zudem kann die Übertragung auch durch die BNetzA selber durch Rücknahme und Neuzuteilung des Nutzungsrechts stattfinden.

C. Umsetzung im TKG

I. Alte Rechtslage

Nach dem alten TKG vom 25. Juli 1996³³ (TKG-alt) bestand eine Übertragungsmöglichkeit nur in sehr eingeschränktem Rahmen. Neben der Frequenz wurde, um senden zu können, auch noch eine Lizenz benötigt.³⁴ Ihre jeweilige Übertragung wurde in unterschiedlichen Paragrafen geregelt.³⁵ Für die Frequenzübertragung wurde teilweise auf die Vorschrift zur Lizenzübertragung verwiesen, wobei die Reichweite der Verweisung im Einzelnen umstritten war.³⁶

II. Neue Rechtslage

Das neue TKG trat am 26. Juni 2004 in Kraft. Es zollte einem EG-Richtlinienbündel³⁷ Tribut. In Art. 9 III der RahmenRL wurde den Mitgliedstaaten das unverbindliche Recht eingeräumt, einen Frequenzhandel unter gewissen Einschränkungen³⁸ zu erlauben. Nach langen immer wiederkehrenden Diskussionen über die Übertragbarkeit der UMTS-Lizenzen entschied sich die Regierung trotz vorheriger Zurückhaltung letztendlich – auch aufgrund eines in Auftrag gegebenen Gutachtens³⁹ – für die Einführung des Frequenzhandels.⁴⁰

1. Frequenzhandel nach § 62

a) Tatbestand des § 62

Absatz 1 des neu eingeführten § 62 ermächtigt die BNetzA, nach Anhörung der betroffenen Kreise gewisse Frequenzbereiche für den Handel freizugeben und entsprechende Rahmenbedingungen für diesen festzusetzen. Die Freigabeentscheidung liegt damit im Ermessen der BNetzA. Es wird kritisiert, dass § 62 nicht zwischen beschränkt und unbeschränkt verfügbaren Frequenzen unterscheidet.⁴¹ Der Gesetzgeber hätte zumindest unbeschränkt verfügbare Frequenzen, da hier kein Kontrollbedürfnis bestehe, direkt dem Handel freigeben müssen und deren Handelbarkeit nicht auch ins Ermessen der BNetzA stellen dürfen. Hierbei handelt es sich m.E. um ein Scheinproblem. Zunächst sind alle Frequenzen theoretisch knappe Güter.⁴² Gemeint dürfte hier vielmehr der Fall sein, dass das Angebot die Nachfrage übersteigt. Dann ist der Handel jedoch uninteressant. Ein Nutzungsrecht kann jederzeit bei der Behörde auf Antrag erlangt werden (§ 61 III, V) bzw. wird die Behörde eine Allgmeinuzuteilung erlassen (§ 55 II). Ein Handel mit unbeschränkt verfügbaren Frequenzen ist daher nicht zu erwarten und deshalb musste die Ausgestaltungskompetenz der BNetzA nicht explizit auf knappe Frequenzen beschränkt werden.

Voraussetzung für die Freigabe ist das bestehende Interesse am Frequenzhandel im konkreten Fall. Dabei sollen die auszugestaltenden Rahmenbedingungen gem. § 62 II vor allem folgende Voraussetzungen gewährleisten:

Nach § 62 II Nr. 1 soll sichergestellt sein, dass die Effizienz der Frequenznutzung gesteigert oder gewahrt wird. Dies überrascht zunächst, da der Frequenzhandel gerade dazu gedacht ist, die Effizienz zu steigern und damit diese Voraussetzung automatisch erfüllt wäre.⁴³ Anhand der hohen Anforderungen an einen effizienten Handel⁴⁴ zeigt sich aber, dass

nicht jeder Handel die Effizienz steigert.

Das ursprüngliche Vergabeverfahren soll dem Handel nicht entgegenstehen (§ 62 II Nr. 2). Dies könnte gerade dann der Fall sein, wenn die primäre Allokation nicht nur auf marktwirtschaftlichen Kriterien beruhte. Wurden z.B. soziale Kriterien in den Kriterienkatalog eines *Beauty Contests*⁴⁵ eingestellt, könnte diese Auswahl im Nachhinein konterkariert werden, indem doch noch ein Verkauf an den Finanzkräftigsten erfolgt, der diese Kriterien eben nicht erfüllt. Zum anderen würde der Privilegierte möglicherweise hierdurch ungerechtfertigte Gewinne erwirtschaften. Ein Handel muss in solchen Fällen jedoch nicht von Anfang an ausgeschlossen sein. Es muss vielmehr in der Ausgestaltung der Handelsbedingungen hierfür ein Ausgleich gefunden werden. So wird vorgeschlagen eine Abschlagszahlung in Höhe des ungerechtfertigten Gewinns an den Staat zu zahlen oder beispielsweise den Verkauf nur an solche Unternehmen zu gestatten, die die ursprünglichen Auswahlkriterien ebenfalls erfüllen.⁴⁶

Die rechtliche Ausgestaltung muss zudem Wettbewerbsverzerrungen verhindern (§ 62 II Nr. 3). Zu nennen sind hier vor allen Dingen die Gefahr der Monopolbildung, das Horten von Frequenzen und die zu vermeidenden *windfall profits*.⁴⁷

Nach § 62 II Nr. 4 sollen die sonstigen rechtlichen Rahmenbedingungen, insbesondere der Frequenzzuweisungsplan, die

³³ TKG in der Fassung vom 25. Juli 1996 (BGBl. I S. 1120), zuletzt geändert durch Post- und telekommunikationsrechtliches Bereinigungsgesetz vom 7. 5. 2002 (BGBl. I S. 1529).

³⁴ *Korehnke/Tewes* in: BeckTKG-Komm (Fn. 3), Vor § 52 Rn. 86.

³⁵ Die Lizenzübertragung war in § 9 TKG-alt, die Frequenzübertragung in § 47 VI TKG-alt geregelt.

³⁶ Während die einen eine vollständige Verweisung annahmen, ging die h.M. davon aus, dass nur im Falle eines Wechsels der Eigentümerverhältnisse eine Übertragung möglich sei. Resultat der herrschenden Ansicht war jedoch die verwunderliche Situation, dass im Rahmen eines *Share Deals* eine Frequenz übertragbar war, bei einem *Asset Deals* jedoch nicht (vgl. zu dem Streit: *Zimmer*, CR 2002, S. 13, 21; *Wissmann/Kreitlow*, K&R 2003, S. 257, 258; *Binzel* (Fn. 9), S. 169 ff.; *Bunke* (Fn. 9), S. 384 f.).

³⁷ Vgl. Wegmann in: Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz¹, 2006, § 62 Rn. 2.

³⁸ Aus Art. 9 VI RahmenRL ergibt sich die Verpflichtung für die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass die Regulierungsbehörde über Übertragungsabsichten informiert wird, die Übertragung nach einem festgelegten Verfahren erfolgt, die Übertragung öffentlich gemacht wird, die Regulierungsbehörde über mögliche Wettbewerbsverzerrungen wacht und die Übertragung nicht zu einer veränderten Nutzung der Frequenz führt, soweit die Nutzung gemäß einer EU-Gemeinschaftsmaßnahme harmonisiert wurde.

³⁹ *Nett/Strumpf* (Fn. 6), S. 1 ff.

⁴⁰ Die alte Verwaltungspraxis, die Frequenzzuteilungen als unübertragbare, „höchstpersönliche Rechte“ behandelte, lässt sich also nicht aufrechterhalten (vgl. *Scherer*, K&R 2002, S. 273, 278).

⁴¹ Vgl. *Wissmann/Kreitlow* (K&R 2003, S. 257, 260) die das beim § 54 TKG-RefE kritisieren. Dieser ist diesbezüglich wortgleich mit dem jetzigen § 62. Ähnlich: *Binzel* (Fn. 9), S. 268.

⁴² Vgl. oben I.

⁴³ Daher hält *Clausi* ((Fn. 9), S. 114) diese Vorschrift für überflüssig.

⁴⁴ Zu den Gefahren des Frequenzhandels ohne Regulierung vgl. oben I.

⁴⁵ Hierunter versteht man das administrative Vergabeverfahren, wobei die Auswahl aufgrund eines Kriterienkatalogs getroffen wird (vgl. *Nett/Strumpf* (Fn. 6), S. 26; *Wegmann*, K&R 2003, 448, 450).

⁴⁶ Solch eine Abgabe an den Staat wird in den USA praktiziert (vgl. *Nett/Strumpf* (Fn. 6), S. 51 ff.).

⁴⁷ Darunter sind Gewinne zu verstehen, „die ohne eigene Anstrengung und ohne eigene wirtschaftliche Aktivitäten dem Inhaber spezifischer Property Rights zufließen“ (*Nett/Strumpf*, (Fn. 6), S. 16). Die Erzielung derartiger Gewinne hängt insofern eng mit dem primären Allokationsverfahren zusammen, als dass bei einer Frequenzgebühr, die dem Marktwert entspricht ungerechtfertigte Gewinne weniger wahrscheinlich sind.

Nutzungsbestimmungen und internationalen Vereinbarungen zur Frequenznutzung, eingehalten werden. Eine Änderung der Nutzungsbestimmungen und somit ein intermodaler Handel ist daher kaum möglich.⁴⁸

§ 62 II Nr. 3 und Nr. 4 dienen der Umsetzung des Art. 9 IV RahmenRL. Die gem. § 62 II Nr. 5 zu wählenden Regulierungsziele ergeben sich explizit aus § 2 II.

Interessant ist auch die Vorgabe, dass das Verfahren die Aufhebung der bestehenden Frequenzzuteilung und den Erlass einer neuen Frequenzzuteilung beinhalten muss (§ 62 I 2). Die Mitwirkung der BNetzA ist damit unverzichtbar und eine direkte privatrechtliche Übertragung nicht möglich. Zwar kann das Verpflichtungsgeschäft in Form eines Kaufvertrages geschlossen werden, die dingliche Verfügung hängt jedoch von der BNetzA ab.⁴⁹ Die Neuzuteilung muss nicht die ganze Frequenzbreite beinhalten, vielmehr wird eine zeitweise und teilweise Übertragung nach § 62 überwiegend für zulässig gehalten.⁵⁰

Abschließend legt § 62 III fest, dass der Verkaufserlös – abzüglich der Verwaltungskosten – dem Verkäufer zusteht. Damit stellt sich hier anders als bei den primären Allokationsverfahren – insbesondere dem der Versteigerung⁵¹ – nicht das Problem, wie die Einnahmen aus der Zuteilung finanzverfassungsrechtlich zu beurteilen sind, da der Staat lediglich die anfallenden Verwaltungskosten erhält.⁵²

b) Einschränkung durch § 150 VIII

Eine wichtige Einschränkung erfährt der Frequenzhandel durch § 150 VIII, nach dem § 62 keine Anwendung auf Lizenzen und Frequenzen findet, die nach § 2 I Fernmeldeanlagen-gesetz (FAG) und dem TKG-alt vergeben wurden (Altfrequenzen). Damit sind lediglich Frequenzen handelbar, die nach dem neuen TKG vergeben wurden. Aufgrund der langen Laufzeiten der Nutzungsrechte⁵³ ist ein Frequenzhandel daher momentan von geringer praktischer Bedeutung.⁵⁴

2. Übertragbarkeit von Frequenzen nach § 55 VII Nr. 1

Neben der Einführung des § 62 wurde jedoch auch die Vorschrift des § 47 VI TKG-alt durch den neuen § 55 VII erweitert, der ebenfalls die Übertragung von Frequenzen zum Gegenstand hat (hierzu sogleich (a)). Das Verhältnis zu § 62 ist allerdings unklar (dazu (b)), und auch die Anwendbarkeit von § 150 VIII hierauf ist umstritten (dazu (c)).

a) Tatbestand des § 55 VII

Relevant für den Frequenzhandel ist der Fall des § 55 VII Nr. 1, der den Übergang von Frequenznutzungsrechten durch Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge betrifft. Hiernach ist lediglich unverzüglich eine Änderung der Frequenzzuteilung zu beantragen. Dieser wiederum ist nach § 55 VII 3 stattzugeben, wenn die formellen Voraussetzungen des § 55 IV vorliegen, eine Verzerrung des Wettbewerbs auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt nicht zu besorgen ist und die Sicherstellung der effizienten und störungsfreien Frequenznutzung gewährleistet ist. Die Änderungsgenehmigung ist konstitutiv.⁵⁵ Änderungen der Frequenznutzungsbestimmungen sind dabei nicht möglich.⁵⁶

Neben der vollständigen Übertragung ist *a maiore ad minus* auch eine zeitweise Überlassung der Frequenz möglich. Dabei bleibt der Überlassende dafür verantwortlich, dass die

Frequenz effizient und störungsfrei genutzt wird. Er behält die Funktionsherrschaft inne.⁵⁷

Durch die Änderung von § 55 TKG wurden im Übrigen die Unstimmigkeiten bei der Unternehmensumgestaltung berichtigt, sodass nun auch beim *Asset Deal* im Sinne einer Einzelrechtsnachfolge eine Übertragung der Frequenz möglich ist.⁵⁸

b) Abgrenzung zu § 62

Da auch in § 55 VII Nr. 1 ausdrücklich von Einzelnachfolge die Rede ist, stellt sich die Frage, inwiefern auch nach dieser Vorschrift eine rechtsgeschäftliche Übertragung an Dritte und damit ein Handel möglich ist.

Wegmann reduziert den § 55 VII systematisch-teleologisch und schlägt als Abgrenzungskriterium die *Erlöserzielungsabsicht* vor.⁵⁹ Diese ergebe sich aus § 62 III, der dem Veräußerer den Gewinn zuteilt. Liegt sie vor, sei nur eine Übertragung nach § 62 möglich, da ansonsten dessen besondere Anforderungen unterlaufen würden. § 57 VII sei vielmehr für konzern- und gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungszwecke konzipiert.

Dagegen wird vorgebracht, dass die besonderen Voraussetzungen der Handelsbedingungen von der BNetzA erst im Rahmen der Freigabeentscheidung festgesetzt werden und daher nicht schon per se unterlaufen werden können.⁶⁰ Außerdem fehlt es für die Reduktion an der Planwidrigkeit der zu weit gefassten Norm. Der Gesetzgeber hat das Nebeneinander von § 55 VII und § 62 ausdrücklich anerkannt und war sich daher des umfassenden Wortlautes des § 55 VII durch-

⁴⁸ Die BNetzA hält eine Nutzungsänderung für möglich (*RegTP*, Mitteilung Nr. 152, in: Amtsblatt 12/2005, S. 1021 – 1024, S. 1024), dies widerspricht aber dem Wortlaut und überzeugt daher nicht (vgl. *Clausi* (Fn. 9), S. 116).

⁴⁹ Vgl. *Wissmann/Kreitlow*, K&R 2003, S. 257, 259 f.; *Hoerike/Giebel*, MMR 2005, S. 217, 219.

⁵⁰ *RegTP* (Fn. 48) S. 1023; *Kreitlow* (Fn. 24), S. 419.

⁵¹ Vgl. zur Problematik der hohen Versteigerungsentgelte bspw.: *Arndt*, K&R 2001, S. 23, 25 ff.; *Kämmerer*, NVwZ 2002, S. 161, 162 ff. Die Versteigerung ist ebenfalls ein viel genutztes primäres Vergabeverfahren. Ihre Rechtmäßigkeit ist umstritten (vgl. *Arndt*, aaO; *a.A. Kämmerer*, aaO; *Degenhart*, K&R 2001, S. 32, 39 ff.; *Koenig*, K&R 2001, S. 41, 54 f.). Allgemein zur Versteigerung vgl. *Martini*, BLJ 2007, S. 68 ff.

⁵² Vgl. zu dieser Problematik BVerfGE 93, 319, 342 ff.

⁵³ Die Laufzeit für die UMTS-Lizenzen beträgt z.B. 20 Jahre. Teilweise sind sie sogar unbegrenzt.

⁵⁴ Damit hat sich der Gesetzgeber auch entgegen dem Gutachten (vgl. *Nett/Strumpf* (Fn. 6), S. 35) gegen den Frequenzhandel mit retrospektiver Gültigkeit entschieden. Grund dafür war der Investitionsschutz der UMTS-Lizenznehmer (*Müller*, in: *BerlKommTKG* (Fn. 37) § 150 Rn. 46).

⁵⁵ Wie bei § 62 ist die Übertragung daher nur unter Mitwirkung der BNetzA möglich. Einerseits wird vertreten, dass die dingliche Verfügung von der BNetzA vorgenommen wird (vgl. *Helbig*, K&R 2006, S. 505, 508), andererseits wird vorgebracht, die dingliche Verfügung finde zwischen den Parteien statt, Wirksamkeitsvoraussetzung sei aber die Zustimmung der BNetzA (*Göddel*, in: *BeckTKG-Komm* (Fn. 3), § 55 Rn. 29, 33; *Kreitlow* (Fn. 24), S. 411 f.). Im Ergebnis macht dies aber keinen Unterschied.

⁵⁶ BT-Drs. 15/2316, S. 77; *RegTP* (Fn. 48), S. 1021; *Göddel*, in: *BeckTKG-Komm* (Fn. 3) § 55 Rn. 29.

⁵⁷ Vgl. zur Überlassung: *Göddel*, in: *BeckTKG-Komm* (Fn. 3) § 55 Rn. 29; *Helbig*, K&R 2006, S. 505, 510; *RegTP* (Fn. 48), S. 1021, 1023.

⁵⁸ Vgl. Fn. 36. Zwar ist der Wortlaut weiterhin unklar, doch wird diese Auslegung weitgehend angenommen: *Wissmann/Kreitlow*, K&R 2003, S. 257, 262; *Göddel*, in: *BeckTKG-Komm* (Fn. 3) § 55 Rn. 29; *Kreitlow* (Fn. 24), S. 408 f.

⁵⁹ *Wegmann*, in: *BerlKommTKG* (Fn. 37) § 55 Rn. 43 ff.

⁶⁰ *Helbig*, K&R 2006, S. 505, 507.

aus bewusst.⁶¹ Darüber hinaus wäre bei dieser Reduktion der Zustand des TKG-alt de facto kaum verändert worden und § 55 VII weiterhin im Falle einer gewinnorientierten Umstrukturierungen nicht anwendbar.⁶² Zudem erscheint dieses subjektive Abgrenzungskriterium in der Praxis äußerst unpraktikabel.⁶³ Die BNetzA hat zur einschränkenden Auslegung des § 55 VII auch keine Anmerkungen gemacht.⁶⁴

Es erscheint daher überzeugender beide Vorschriften als nebeneinander anwendbar zu erachten und das System des Frequenzhandels nach beiden Vorschriften durch die Ausgestaltung des § 62 anzupassen.

c) Einschränkung durch § 150 VIII analog

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Einschränkung des § 150 VIII bezüglich Altfrequenzen auch auf Übertragungen gem. § 55 VII Nr. 1 Anwendung findet. Im Wortlaut des § 150 VIII ist § 55 VII nicht genannt. Daher wird teilweise angenommen, dass eine Übertragung von Altfrequenzen möglich ist.⁶⁵ Geht man jedoch – wie hier angenommen – von einer möglichen rechtsgeschäftlichen Übertragung an Dritte nach § 55 VII Nr. 1 aus, würde die Regelung des § 150 VIII weitgehend umgangen.

Die Diskussion um den Handel von Altfrequenzen wurde ausgiebig geführt und ein solcher meist befürwortet.⁶⁶ Da der Gesetzgeber sich im letzten Schritt⁶⁷ – wohl auch aus Angst vor Klagen⁶⁸ – noch gegen den Handel von Altfrequenzen entschieden hat, erscheint es schwer vorstellbar, dass eine rechtsgeschäftliche Übertragung nach § 55 VII Nr. 1, die de facto einen Handel darstellt, in Bezug auf Altfrequenzen möglich sein soll. Unabhängig davon, wie wünschenswert ein Handel mit Altfrequenzen unter ökonomischen Gesichtspunkten erscheinen mag, kann eine bewusste Ungleichbehandlung solch ähnlicher Tatbestände dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden; es ist von einer planwidrigen Gesetzeslücke auszugehen. Da § 62 und § 55 VII auf die gleichen Sachverhalte Anwendung finden und nicht abgrenzbar sind,⁶⁹ ist die Interessenlage, einen Handel aus Rechtssicherheitsgründen für bereits zugewiesene Frequenzen auszuschließen, durchaus vergleichbar. Damit liegen die Voraussetzungen für eine Analogie vor. Auf Einzelrechtsnachfolgen i.S.d. § 55 VII Nr. 1 findet der § 150 VIII daher analog Anwendung, sodass eine Übertragung von Altfrequenzen auch hier nicht möglich ist.

D. Verfassungsrechtliche Grenzen

Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern diese Ausgestaltung im TKG den Anforderungen des höherrangigen Rechts⁷⁰ insbesondere dem Verfassungsrechts genügt.

1. Art. 87f GG

a) Gewährleistungsverantwortung

Eine Unzulässigkeit des Frequenzhandels könnte sich aus der Gewährleistungsverantwortung des Staates gem. Art. 87f I GG ergeben. Danach hat der Bund im Bereich der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten. Unter dieses dem Sozialstaatsprinzip entspringenden Gebot⁷¹ fallen jedoch nur Dienstleistungen, die der Grundversorgung entsprechen.⁷²

Die *Flächendeckung* betrifft lediglich die primäre Allokationsmethode. Dabei kann die BNetzA bei der Einzelzuteilung beispielsweise gem. § 61 IV 2 Nr. 2 die Flächendeckung verlangen. Zudem ist in den auszugestaltenden Verfahrensbe-

dingungen gem. § 62 II Nr. 5 das Regelungsziel des § 2 II Nr. 5 zu beachten, der ebenfalls das Kriterium der Flächendeckung enthält. Da die Nutzungsbestimmungen feststehen, wenn die Frequenzen gehandelt werden,⁷³ kann der Handel selbst nicht gegen diese Anforderung verstoßen. Im Notfall können außerdem Universaldienstverpflichtungen auferlegt werden.⁷⁴

Während eine angemessene Qualität an Leistungen bestehen soll, muss die Quantität des vorhandenen Dienstes ausreichend sein.⁷⁵ Die *Qualität* wird gerade durch den Effizienzgedanken des Handels gefördert. Die Gefahr bezüglich der *Quantität* besteht darin, dass die hohen Allokationskosten zu einem unverhältnismäßigen Anstieg der Endkundenpreise führen könnten.⁷⁶ Jedoch ist die Gefahr überverteilter Allokationspreise beim Handel bedeutend geringer als bei der Versteigerung.⁷⁷ Gründe der Rationalität sprechen außerdem dafür, dass die Unternehmen nur solche Preise verlangen, die sie ihren Kunden zumuten können, um deren Wechsel zur Konkurrenz zu vermeiden.⁷⁸ Der Gesetzgeber hat außerdem eine erhebliche Einschätzungsprärogative, wie er dem Ge-

⁶¹ In der Begründung des TKG-Entwurfs (TKG-E) (BT-Drs. 15/2316, S. 77 f.) heißt es zum § 53 VII TKG-E (= § 55 VII): „Stimmt die Regulierungsbehörde dem Änderungsantrag nicht zu, schließt dies die Möglichkeiten des § 60 [= § 62] (Frequenzhandel) nicht aus“.

⁶² *Kreitlow* (Fn. 24), S. 409 f.

⁶³ Die BNetzA müsste dann jeweils den wirtschaftlichen Hintergrund prüfen (vgl. *Helbig*, K&R 2006, S. 505, 507).

⁶⁴ Zwar spricht sie davon, dass die beiden Vorschriften „völlig unterschiedlich“ seien, jedoch wird dies nicht begründet und ergibt sich nicht aus den Erklärungen (*RegTP* (Fn. 48) S. 1021).

⁶⁵ *Hoerke/Giebel*, MMR 2005, S. 217 s. Fn. 4; *Göddel*, in: BeckTKG-Komm (Fn. 3) § 55 Rn. 33. *Helbig* lässt es hingegen offen (K&R 2006, S. 505, 508).

⁶⁶ Vgl. *Geppert*, in: BeckTKG-Komm (Fn. 3) § 62 Rn. 13 ff.; *Nett/Strumpf* (Fn. 6), S. 35; *Vogelsang*, MMR 2003, S. 509, 512; *Wissmann/Kreitlow*, K&R 2003, S. 257, 263; *Bumke* (Fn. 9), S. 388 ff.

⁶⁷ Im TKG-Referentenentwurf (TKG-RefE) (http://www.tkrecht.de/tkg_novelle/2003/material/Referentenentwurf_TKG_Stand_30-04-03.pdf) und im TKG-E war diese Vorschrift noch nicht enthalten. Sie wurde erst nach langer Abwägung nach der Ausschussberatung eingefügt (BT-Drs. 15/2674, S. 112).

⁶⁸ Gegen diese Befürchtung bringen *Lenhard/Rickert* jedoch vor, dass in diesen Fällen keine Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO besteht (K&R 2002, S. 578, 582).

⁶⁹ Vgl. oben b).

⁷⁰ Als europarechtliches Instrument gibt der Frequenzhandel keine größeren europarechtlichen Probleme auf. Der Gestaltungsrahmen und die Sicherungskriterien des Art. 9 III und IV RahmenRL wurden eingehalten. Verstöße gegen Grundfreiheiten und -rechte sind nicht ersichtlich bzw. sind geringfügige Beeinträchtigungen durch zwingende Gründe der im Allgemeinwohl stehenden effizienten Frequenznutzung gerechtfertigt.

⁷¹ *Lerche*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Stand: 51. EL (Dezember 2007), Art. 87f Rn. 73.

⁷² *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Fn. 71), Art. 87f Rn. 77; *Uerpmann*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 18), Art. 87f Rn. 8. Welche Dienste zu diesem Kernbereich zu zählen sind, ist schwer abzugrenzen. *Kämmerer* (NVwZ 2002, S. 161, 164) zählt z.B. auch UMTS-Dienste zur Grundversorgung.

⁷³ Vgl. § 62 II Nr. 4.

⁷⁴ Vgl. § 78 ff. (ähnlich: *Grünwald*, MMR 2001, S. 721, 724; *Kämmerer*, NVwZ 2002, S. 161, 165).

⁷⁵ *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Fn. 71), Art. 87f Rn. 75; *Uerpmann*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 18), Art. 87f Rn. 8.

⁷⁶ Vgl. zu dieser Diskussion bei der Frequenzversteigerung z.B. *Degenhart*, K&R 2001, S. 32, 35; *Kämmerer*, NVwZ 2002, S. 161, 164 f.

⁷⁷ Problematisch ist hier ein *winners curse*. Dieser ist dem Spielcharakter und Informationsdefiziten der Versteigerung gezollt. Der homo oeconomicus wird von irrationalen Überlegungen übermannt und gleich einem Dominoeffekt streben die Gebote in die Höhe (vgl. *Martini*, in: Bungenberg, Recht und Ökonomik, 2004, S. 249, 261 f.).

⁷⁸ Vgl. *Kämmerer*, NVwZ 2002, S. 161, 165.

währleistungsauftrag nachkommt.⁷⁹ Der Prüfungsmaßstab beschränkt sich bei wirtschaftspolitischen Entscheidungen auf eine Vertretbarkeitskontrolle.⁸⁰ Es ist nicht erwiesen, dass ein Frequenzhandel zu Lasten der Endkundenpreise wirkt. Seine Einführung ist daher vertretbar.

b) Hoheitsaufgaben in bundeseigener Verwaltung

Fraglich ist zudem, ob der Gesetzgeber die Frequenzvergabe teilweise dem Markt überlassen kann, da es sich hierbei um eine Hoheitsaufgabe handelt,⁸¹ die gem. Art 87f II 2 GG in bundeseigener Verwaltung durchgeführt wird. Es ist umstritten, ob der Art. 87f II 2 GG lediglich kompetenz- und organisationsrechtlich oder aber auch aufgabenrechtlich zu verstehen ist, sodass der Bund zur Wahrnehmung verpflichtet ist.⁸² Dies kann allerdings dahinstehen, wenn der Bund die Frequenzvergabe dem Markt gar nicht überlässt. Wie bereits dargelegt, findet die Frequenzverwaltung durch die BNetzA und somit als bundesunmittelbare Verwaltung (Art. 86 I 1. Alt GG) statt.⁸³ Eine eigenständige dingliche Übertragung zwischen Privaten ist weiterhin nicht möglich.⁸⁴ Durch die dingliche Mitwirkung der Behörde und sonstigen Sicherungsmaßnahmen⁸⁵ wird die Verwaltungshoheit der BNetzA hinreichend gewahrt und verstößt daher nicht gegen Art. 87f II 2 GG.

2. Grundrechte

Da die RahmenRL den Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum gelassen und keine zwingende Umsetzung vorgeschrieben hat, ist diese an den deutschen Grundrechten zu prüfen.⁸⁶

Diskutiert wird hier zum einen die Verletzung der Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG). Unabhängig davon, wann die Frequenznutzungsrechte in den Eigentumsschutz einbezogen werden können,⁸⁷ fehlt es jedenfalls am Eingriff, da der Handel eine auf Freiwilligkeit beruhende zusätzliche Handlungsmöglichkeit schafft. Die durch möglicherweise ansteigende Konkurrenz geminderten Erwerbchancen sind gerade nicht von Art. 14 GG geschützt.⁸⁸

Ähnlich verhält es sich mit der Berufsfreiheit (Art. 12 GG). Die Änderung der Nutzungsbedingung von Frequenzen kann zwar einen Eingriff darstellen, jedoch werden auch hier nur die Handlungsmöglichkeiten erweitert. Einen Schutz vor Konkurrenz gibt Art. 12 GG i.d.R. nicht.⁸⁹ Auch Art. 12 GG ist damit nicht verletzt.⁹⁰

3. Chancengleiches Verfahren gemäß Art. 3 I in Verbindung mit Art. 12 I GG

Abgesehen von den Grundrechten der einzelnen Nutzer, stellt sich die Frage, ob der Frequenzhandel den Grundsatz der Chancengleichheit im primären Allokationsverfahren verletzt. Dies könnte der Fall sein, wenn die Kriterien der Erstzuteilungsverfahren umgangen und finanzschwächere Konkurrenten benachteiligt werden.

a) Rechtsprechung zur Taxikonzession und Güterverkehrsgenehmigung

Diese Überlegung wird gestützt durch die Rechtsprechung bezüglich der Handelbarkeit von Taxikonzessionen und Güterverkehrsgenehmigungen. Nach § 11 I 2 GüKG a.F.⁹¹ war ein Handel ausdrücklich ausgeschlossen, die Zuteilung fand nach persönlichen Kriterien⁹² statt. Das BVerfG bezeichnete

einen Handel mit Güterfernverkehrsgenehmigungen als „besonders anstößig“; da eine Kontingentierung bereits einen schweren Eingriff in die Berufsfreiheit darstelle, müssten zumindest alle die gleichen Chancen auf eine Zuteilung haben.⁹³ Das BVerfG schloss sich dieser Ansicht bezüglich der nach dem Prioritätsprinzip zu vergebenden Taxikonzessionen an.⁹⁴ Die dadurch mögliche Umgehung der oft langen Warteliste widersprach dem Grundsatz der Chancengleichheit.⁹⁵ Das Gericht räumte allerdings ein, dass das Übertragungsinteresse die Grundrechte der Neubewerber in bestimmten Fällen überwiegen könne und somit bei richtiger Ausgestaltung eine Übertragung nicht grundsätzlich verfassungswidrig sei.⁹⁶

b) Übertragbarkeit auf den Frequenzhandel

Die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung scheidet an den unterschiedlichen Zuteilungskriterien im Erstvergabeverfahren. Während bei Taxikonzessionen nach dem Prioritätsprinzip und beim Güterfernverkehr nach inhaltlichen Kriterien entschieden wurde, werden durch die Versteigerung bzw. dem *Beauty Contest* bereits die Instrumente des Marktes genutzt und somit durch den späteren Handel nicht konterkariert.⁹⁷ Bei der Versteigerung erhält regelmäßig der Finanzkräftigste die Frequenz, was demnach kein Widerspruch zum späteren Handel ist. Auch beim *Beauty Contest* gem. § 61 VI stehen Kriterien der effizienten Nutzung im Vordergrund. Nach dem Begriff der ökonomischen Effizienz trifft die Wahl daher meist ebenfalls den Finanzkräftigsten. Waren bei der

⁷⁹ *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Fn. 71), Art. 87f Rn. 80; *Uerpmann*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 18), Art. 87f Rn. 9.

⁸⁰ BVerfGE 53, 135, 145 (vgl. ausführlich zu diesem Problem: *Binzel* (Fn. 9), S. 218).

⁸¹ *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Fn. 71), Art. 87f Rn. 98 f.; *Uerpmann*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 18), Art. 87f Rn. 12.

⁸² Dies wird überwiegend abgelehnt (vgl. *Lerche*, in: Maunz/Dürig (Fn. 71), Art. 87f Rn. 90; *Gersdorf*, in: v. Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz², 2005 Art. 87f Rn. 75 f.).

⁸³ Vgl. oben 2. Die BNetzA ist eine obere Bundesbehörde i.S.d Art. 87 III GG.

⁸⁴ Vgl. oben II.

⁸⁵ Z.B. durch Widerruf gem. § 63 TKG.

⁸⁶ Die Solange-II-Rechtsprechung (BVerfGE 73, 339 ff.) findet daher keine Anwendung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.3.2007 – 1 BvF 1/05, DVBl. 2007, S. 821, 826 f.).

⁸⁷ Dies wird zunächst nur für die ersteigerten Nutzungsrechte als subj.-öffentliche Rechte (str.: das VG Köln in MMR 2003, S. 61 ff. sieht Frequenzen als öffentliches Gut; a.A. *Lenhard/Rickert*, K&R 2002, S. 578, 580) bejaht, da nur diese auf einer finanziellen Eigenleistung beruhen (vgl. *Nett/Strumpf* (Fn. 6), S. 39 f.; *Binzel* (Fn. 9), S. 224 f.). Die übrigen Rechte können über den im Rahmen des Art. 14 GG umstrittenen Schutz des ReaG einbezogen werden (vgl. zum Streitstand: *Bryde*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 18), Art. 14 Rn. 18 ff.).

⁸⁸ *Bryde*, in: v. Münch/Kunig (Fn. 18), Art. 14 Rn. 21.

⁸⁹ BVerfGE 34, 252, 256; 55, 261, 269; BVerfGE 65, 167, 173; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 82), Art. 12 Rn. 79.; *Koenig*, (Fn. 17), S. 210.

⁹⁰ A.A.: *Nett/Strumpf* (Fn. 6), S. 43 f.; *Binzel* (Fn. 9), S. 231 ff.: Beide bejahen hier einen allerdings gerechtfertigten Eingriff mit berufsregelnder Tendenz wegen der möglichen Beeinträchtigung der Neunutzer durch die konkurrierenden Altnutzer. Die Bejahung eines Eingriffs erscheint jedoch bezüglich ihrer Ausführung zur Berufsfreiheit der Altnutzer, bei der sie Konkurrenzschutz ablehnen (vgl. *Nett/Strumpf* (Fn. 6), S. 41; *Binzel* (Fn. 9), S. 229 ff.), als inkonsequent.

⁹¹ In der Fassung vom 6. August 1975, BGBl. I S. 2133.

⁹² Vgl. § 50 d GüKG a.F.

⁹³ BVerfGE 40, 197, 232.

⁹⁴ BVerfGE 64, 238, 245.

⁹⁵ Ausführlich dazu: *Frotscher/Becht*, NVwZ 1986, S. 81 ff.

⁹⁶ BVerfGE 81, S. 40, 50 f.

⁹⁷ *Koenig* (Fn. 17), S. 429; *Bumke* (Fn. 9), S. 412.

Erstvergabe jedoch soziale Kriterien von Bedeutung, können diese durch die Ausgestaltung der Handelsbedingungen gesichert werden. Die Rechtsprechung ist daher nicht übertragbar und die Chancengleichheit im Erstzuteilungsverfahren nicht verletzt.

Probleme mit der Wesentlichkeitstheorie bzw. dem Gesetzesvorbehalts ergeben sich trotz großen Ermessensspielraums bzgl. des „ob“ des Handels auf Seiten der Verwaltung mangels Grundrechtsrelevanz nicht.⁹⁸ Besonderheiten ergeben sich insbesondere noch bei den Rundfunkfrequenzen sowohl auf kompetenzrechtlicher⁹⁹ als auch auf grundrechtlicher Ebene.¹⁰⁰

Der Handel aller sonstigen Frequenzen ist daher mit dem Grundgesetz vereinbar.

E. Bewertung und Kritik

Grundsätzlich hat sich der Gesetzgeber in § 62 für eine stark beschränkte Einführung des Frequenzhandels entschieden. Bereits die Zulässigkeit des Handels ist als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt ausgestaltet, da die Freigabe auch bei bestehendem Interesse im Ermessen der Behörde steht. Als Art der Übertragung kommt nur der intramodale Handel in Betracht.¹⁰¹ Eine zeitweise und teilweise Überlassung ist *a maiore ad minus* allerdings möglich.

Die Übertragung der Frequenz gem. § 55 VII Nr. 1 fordert hingegen nur eine Änderungsgenehmigung. Die Behörde ist bei Vorliegen der Voraussetzungen gebunden, dem Änderungsantrag stattzugeben. Spezielle Handelsbedingungen bestehen nicht. Gemeinsam ist den beiden Vorschriften lediglich die dingliche Mitwirkung der BNetzA am Verfügungsgeschäft, die Möglichkeit einer zeit- bzw. teilweisen Überlassung und eine Unabänderlichkeit der Nutzungsbestimmungen.

Da diese beiden Vorschriften nebeneinander Anwendung finden, ist dieser Zustand unbefriedigend. Es wäre daher ratsam die beiden Vorschriften anzugleichen, indem man auch den Frequenzhandel i.S.d § 62 als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet. Die BNetzA sollte bei hinreichendem Interesse am Frequenzhandel also kein Ermessen bezüglich der Freigabe haben¹⁰² und lediglich die Handelsbedingungen ausgestalten dürfen. Eckpunkte dieser Handelsbedingungen sollten bereits im Gesetz enthalten sein. Damit würde zudem der unter Wesentlichkeitsgesichtspunkten problematisch weite Kompetenzrahmen weiter eingeschränkt. Die Mitwirkung der BNetzA sollte zwar eine dingliche Wirkung behalten,¹⁰³ jedoch ist nicht ersichtlich, weshalb zwingend eine Rücknahme und Neuzuteilung notwendig ist. Vielmehr würde eine Genehmigung des Übergangs genügen, durch die das Verfügungsgeschäft wie bei § 55 VII dinglich aufschiebend bedingt ist. Um eine gewisse Liberalisierung bezüglich der Nutzungsbestimmungen zu erreichen, wäre eine dem § 60 II 2 ähnliche Regelung wünschenswert, die innerhalb der engen Grenzen internationaler und nationaler Frequenznutzungspläne Änderungen sowohl bei § 62 als auch bei § 55 VII in das Ermessen der Behörde stellt.¹⁰⁴ Mit dem Antrag auf die Genehmigung könnte der Erwerber dann einen Antrag auf Änderung der Nutzungsbestimmungen stellen. Aufgrund der sehr detaillierten Nutzungsbedingungen ist ein Handel sonst kaum denkbar.¹⁰⁵

Eine weitere Beschränkung des Frequenzhandels liegt in § 150 VIII. Der retrospektive Handel sollte zukünftig ermöglicht werden,¹⁰⁶ denn nur so kann der Frequenzhandel aus

seinem Schattendasein heraustreten und als Instrument der effizienten Frequenznutzung Relevanz erlangen. Wünschenswert wäre in diesem Zusammenhang, wenn Frequenznutzungsrechte, falls Nutzungsänderungen möglich werden, regelmäßig unbefristet zugeteilt würden, um so ständig attraktiv für den Handel zu bleiben.¹⁰⁷

Die BNetzA sollte bereits in den Vergabebedingungen, also bei der primären Allokation, die späteren Handelsbedingungen angeben sowie Richtlinien mit deren Grundformen erlassen. Dadurch wird Rechts- und Planungssicherheit für die Unternehmen geschaffen. Um Handelshindernisse aufgrund von Informationsmängeln zu verhindern, sollte man eine einheitliche Handels- und Informationsplattform einrichten. So könnte man eine Gesamtübersicht der handelbaren Frequenzen einfügen und – unter Wahrung des Datenschutzes – Kontaktdaten der Inhaber bereitstellen. Zudem muss die BNetzA weiterhin ein effektives Interferenzmanagement gewährleisten.¹⁰⁸

F. Fazit

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass der Frequenzhandel in seiner momentanen Gestalt noch mit einigen Unzulänglichkeiten zu kämpfen hat. Daran wird es wohl auch liegen, dass bis zum heutigen Tag noch keine Frequenzen für den Handel freigegeben wurden. Die ungewisse Ausgestaltung schreckt stärker ab, als dass sie dazu ermutigt, die zu erwartenden positiven Effekte eines Frequenzhandelssystems zu nutzen. Es bleibt abzuwarten, ob möglicherweise die Eu-

⁹⁸ Martini ((Fn. 77), S. 268) bezweifelt, dass das Verwaltungsermessens über das „Ob“ bei der Versteigerung dem Parlamentsvorbehalt genügt, aufgrund intensiver Eingriffe durch eine Auktion sind die beiden Situationen aber nur teilweise vergleichbar (a.a.O., S. 256 ff.).

⁹⁹ So obliegt die inhaltlich Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit den Ländern (Kunig, in: v. Münch/Kunig (Fn. 18), Art. 73 Rn. 31). Teilweise wird diesem Problem durch § 65 II 3 Rechnung getragen (Geppert, in: BeckTKG-Komm (Fn. 3), § 62 Rn. 9) a.A. Wegmann, in: BerlKommTKG (Fn. 37), § 62 Rn. 28.

¹⁰⁰ Zwar wird die durch Art. 5 I 2 GG gebotene Staatsferne gefördert (vgl. Grünwald, MMR 2001, S. 721, 725, hier in Bezug auf die Versteigerung), jedoch bestehen Zweifel hinsichtlich der notwendigen inhaltlichen Ausgestaltung der Rundfunkfreiheit durch den Gesetzgeber (BVerfGE 57, 295, 327). Zu einer möglichen Lösung dieses Problems vgl. Grünwald, MMR 2001, S. 721, 725 f.

¹⁰¹ Vgl. § 62 II Nr. 4. Vgl. zu dessen Auslegung: Clausi (Fn. 9), S. 116.

¹⁰² Dadurch ist noch nicht jede Frequenz de facto handelbar. Die Behörde ist nämlich zur Anhörung der betroffenen Kreise verpflichtet. Sollten sich dabei rechtliche Probleme bezüglich einer Freigabe zeigen, kann das Interesse und damit die Freigabe verneint werden.

¹⁰³ Eine dingliche Mitwirkung fordert z.B. der Art. 87f II 2 GG (vgl. oben b).

¹⁰⁴ Die Behörde kann dadurch auch die Konformität mit Art. 87f I GG messen (vgl. oben a)).

¹⁰⁵ Gegen die strikte intermodale Trennung hat sich auch die Kommission ausgesprochen (Vgl. Kommission (Fn. 1), S. 14).

¹⁰⁶ Ein Verstoß gegen den Vertrauensgrundsatz (Art. 20 III GG) ist nicht zu befürchten. Der Handel betrifft nicht den abgeschlossenen Sachverhalt der Frequenzzuteilung, sondern die gegenwärtige Frequenznutzung. Damit wird nicht in abgeschlossene Tatbestände eingegriffen und es liegt nur eine unechte und grds. zulässige Rückwirkung vor. Auch eine Abwägung des Vertrauens mit dem öffentlichen Interesse an einer effizienten Frequenznutzung ergibt nichts anderes (vgl. Nett/Strumpf (Fn. 6), S. 42; Binzel (Fn. 9), S. 229 ff.).

¹⁰⁷ Der § 55 VIII sollte daher gerade ein umgekehrtes Regel-Ausnahmeverhältnis enthalten. Frequenznutzungszeiten sind meist willkürlich, da die technische Entwicklung der Dienste nicht vorhersehbar ist. Die Befristung beschränkt dadurch die Handelbarkeit vor allem gegen Ende der Gültigkeit (vgl. Vogelsang, MMR 2003, S. 509, 512; Binzel (Fn. 9), S. 254 ff.). Götzke (Fn. 12), S. 219) plädiert daher bei intermodalem Handel für unbefristete Laufzeiten.

¹⁰⁸ Binzel (Fn. 9), S. 253 f.

ropäische Initiative (*i2010 initiative*) zur Überarbeitung des Rechtsrahmens für elektronische Kommunikation¹⁰⁹ einen weiteren verbindlichen Schritt in Richtung Frequenzhandel machen wird.¹¹⁰ Zwar dürfen die rechtlichen Grenzen trotz aller Euphorie, die der Anwendung ökonomischer Theorien im öffentlichen Recht derzeit entgegengebracht wird, nicht in Vergessenheit geraten, doch scheint der Frequenzhandel bei richtiger Anwendung ein viel versprechendes Instrument zur Nutzung einer durch technische Innovation immer knapper werdenden Ressource zu sein. Eine staatliche Frequenzverwaltung bleibt notwendig, doch ohne eine gewisse Liberalisierung der Gesetzeslage ist ein Handel kaum denkbar, denn „Märkte sind wie Fallschirme: Sie funktionieren nur, wenn sie offen sind.“¹¹¹

¹⁰⁹ Ziel dieses TK-Reviews ist festzustellen, wie der Rechtsrahmen seine Ziele erreicht hat und was hinsichtlich der enormen Entwicklung des Marktes für das kommende Jahrzehnt geändert werden muss (Vgl. *Kommission* (Fn. 1), S. 6).

¹¹⁰ Das von der Kommission dazu in Auftrag gegebene Gutachten fordert eine Verpflichtung aller Mitgliedstaaten den Frequenzhandel einzuführen (http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/info_centre/studies_ext_consult/next_steps/regul_of_ecomm_july2006_final.pdf, S. 227 ff.). Auch die Kommission hat die Förderung des Handels und die Öffnung des Marktes für gut befunden (*Kommission* (Fn. 1), S. 19). Der Halbzeitbericht vom 17. 4. 08 nennt „höhere Effizienz der Frequenzverwaltung durch Erleichterung der Harmonisierung von und des Handels mit den europaweit genutzten Frequenzen“ als eine der wesentlichen Maßnahmen des neuen Rechtsrahmens (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0199:FIN:DE:PDF>).

¹¹¹ Zitat von Helmut Schmidt (*1918), deutscher Politiker (SPD), Bundeskanzler (1974-82).

Conrad Wandt, LL.B., Hamburg*

Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften bei Betriebsübergang

A. Einführung

Strukturveränderungen gehören in einer durch Globalisierung und ständig wachsenden Wettbewerb geprägten Wirtschaftswelt zum unternehmerischen Alltag. Gerät ein Unternehmen in die Krise, steht die Suche nach Möglichkeiten zur Reduzierung der Kosten im Mittelpunkt der Sanierungsüberlegungen. Regelmäßig mündet dies in erheblichen Personalanpassungsmaßnahmen, die zu einem Personalabbau durch einseitige Kündigung des Arbeitgebers oder einer vertraglichen Lösung zwischen den Arbeitsvertragsparteien führen. Die Senkung der Personalkosten ist also ein beliebtes Instrument der „rettenden“ Sanierung.¹

Bringt dieser Versuch der Krisenbewältigung nicht die gewünschten Ergebnisse, bleibt für das – sich dann kurz vor oder bereits in der Insolvenz befindliche – Unternehmen als letzter Ausweg meist nur noch der Versuch der „übertragenden“ Sanierung.² Diese Übertragung der verbliebenen profitablen Betriebsmittel auf einen anderen Rechtsträger wird durchgeführt, um eine komplette Stilllegung des Betriebes zu verhindern, und dient vorrangig dem Erhalt von Vermögenswerten. Ein derartiger Vorgang steht dabei immer unter dem Stern des § 613a BGB, der den Erwerber zur Übernahme der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu gleichbleibenden Konditionen verpflichtet.³ Die allgemein als *sanierungsneutral*⁴ bezeichnete Vorschrift erweist sich in diesen Fällen als überaus *sanierungsfeindlich*⁵, da der Erwerber in der Regel allenfalls beabsichtigt, Teile der Belegschaft – und die wahrscheinlich auch nur unter geänderten Bedingungen – zu übernehmen.

Der vorliegende Beitrag behandelt die Schnittstelle der oben dargestellten Sanierungsinstrumente, also die Durchführung von Personalanpassungsmaßnahmen im unmittelbaren Vorfeld einer Betriebsveräußerung. Zu untersuchen ist, ob sich die Einschaltung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (BQG) vor dem Hintergrund dieser Gemengelage eignet, die auf den ersten Blick gegenläufigen Interessen von Arbeitnehmern, ehemaligem Arbeitgeber und Betriebserwerber⁶ angemessen in Einklang

zu bringen, ohne dadurch gegen gesetzliche Regelungen (§ 613a IV BGB) zu verstoßen.

Dabei wird zunächst Gestalt und Funktionsweise einer BQG erläutert, um sodann die rechtliche Zulässigkeit einer zwischengeschalteten BQG zur Vermeidung des in § 613a BGB angeordneten Übergangs aller Beschäftigungsverhältnisse auf den Betriebserwerber zu überprüfen.

B. Überblick: Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften

I. Ausgangssituation

Die Einschaltung einer BQG geschieht vor dem Hintergrund der oben skizzierten Personalanpassungsmaßnahmen und soll die Auswirkungen von derartigen Arbeitgeberschritten abmildern. Statt die Arbeitnehmer direkt in die Arbeitslosigkeit zu entlassen, erhöht die einvernehmliche Überleitung der Beschäftigten in eine Transfergesellschaft („Zweiter Arbeitsmarkt“) deren Chancen auf eine unmittelbare Anschlussbeschäftigung.⁷ Grundgedanke des Einsatzes einer BQG ist

* Der Autor ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg.

¹ *Lembke*, BB 2004, 773; *Gaul/Otto*, NZA 2004, 1301; *Ries*, NZI 2002, 521; vgl. auch *Willemsen*, in: *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* (Hrsg.), *Umstrukturierung und Übertragung von Unternehmen*³, 2008, Abschnitt B Rn. 40 („Mittel der ersten Wahl“).

² *Ries*, NZI 2002, 521.

³ Ausführlich zu den Rechtsfolgen des § 613a *Sieg/Maschmann*, Unternehmensumstrukturierung aus arbeitsrechtlicher Sicht, 2005, Rn. 35 ff.; *Preis*, in: *Dieterich/Müller-Glöge/Preis/Schaub* (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*⁸, 2008, § 613a BGB Rn. 66 ff.; zu den eingeschränkten Rechtsfolgen nach Insolvenzverfahrensöffnung *Annuß*, in: *Staudinger* (Begr.), *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Neubearb. 2005, § 613a Rn. 314 ff.; *Picot/Schnitker*, *Arbeitsrecht bei Unternehmenskauf und Restrukturierung*, 2001, Teil VII Rn. 48 ff.

⁴ Vgl. nur *Naber*, EZA § 613a BGB 2002 Nr. 40, 14, 15; *Steffan*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Hrsg.), *Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*³, 2007, § 613a BGB Rn. 198.

⁵ *Klopp/Mokros*, *Rechtslage des Arbeitnehmers bei Insolvenz des Arbeitgebers*, 2006, S. 111; ähnlich *Lembke*, BB 2007, 1333 („Sanierungshindernis“); s. auch *Krieger/Fischinger*, NJW 2007, 2289 („Danaergeschenk“).

⁶ *Lembke*, BB 2004, 773.

⁷ *Hergenröder*, AR-Blattei ES 500 Nr. 193, 11, 12.

der schnelle Personalabbau beim krisengeschüttelten Arbeitgeber durch Überführen der Arbeitnehmer in die BQG, in der sie qualifiziert, fortgebildet und gezielt auf eine Anschlussbeschäftigung im „ersten“ Arbeitsmarkt vorbereitet werden.⁸

II. Gesetzliche Grundlagen

Anfangs war die BQG⁹ sozialrechtlich in § 175 SGB III unter der Überschrift des Strukturkurzarbeitergeldes geregelt.¹⁰ Mit dem am 1. 1. 2004 in Kraft getretenen 3. Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt („Hartz III“)¹¹ hat der Gesetzgeber die Arbeitsförderungsinstrumente im Zusammenhang mit betrieblich veranlassten Umstrukturierungsmaßnahmen und damit auch die Rahmenbedingungen für die Errichtung von Transfergesellschaften neu gestaltet.¹² Sowohl Transfermaßnahmen (die vor der Gesetzesänderung in den §§ 254 ff. SGB III geregelt waren) als auch das Transferkurzarbeitergeld sind nunmehr in den §§ 216a und b SGB III verortet. Inhaltlich wollte der Gesetzgeber dabei vor allem die Vermittlungsorientierung der Maßnahmen verstärken.¹³ Zielgedanke war die Job-to-Job-Vermittlung, bei der eine zwischenzeitliche Arbeitslosigkeit des betroffenen Arbeitnehmers vermieden wird. Die Bezugsdauer wurde bewusst von 24 auf 12 Monate begrenzt, um diversen Missbrauchskonstruktionen (z.B. zur Frühverrentung älterer Arbeitnehmer) entgegenzutreten.¹⁴

III. Gestaltung und Konzeption einer BQG

1. Rechtliche Struktur

Die BQG ist eine eigenständige juristische Person, die regelmäßig in Form einer GmbH organisiert ist.¹⁵ Grundsätzlich kann die BQG im Unternehmen selbst gebildet („interne Lösung“) oder durch ein externes Dienstleistungsunternehmen bereitgestellt werden („externe Lösung“).¹⁶ Überwiegend wird dabei von der letztgenannten Möglichkeit Gebrauch gemacht.¹⁷

2. Finanzierung

Die Finanzierung der BQG erfolgt zum großen Teil durch Transferkurzarbeitergeld gem. § 216b SGB III von der Bundesagentur für Arbeit (BA).¹⁸ Dazu kommen Zahlungen des bisherigen Arbeitgebers. Dieser zahlt sowohl den Arbeitgeber- als auch den Arbeitnehmeranteil an den Sozialversicherungsbeiträgen sowie die Kosten der Entgeltfortzahlung während des Urlaubs und an gesetzlichen Feiertagen (sog. Remanenzkosten). Außerdem trägt er die Kosten für die Organisation und Abwicklung der Transfergesellschaft. Bei einer externen BQG werden diese finanziellen Lasten gewöhnlich vom bisherigen Arbeitgeber durch einen pro Mitarbeiter zu berechnenden Pauschalbetrag abgegolten.¹⁹

IV. Transfer der Arbeitnehmer in die BQG

1. Vertragliche Konstruktion der Überleitung

Der Überleitung betroffener Arbeitnehmer in die BQG liegen unterschiedliche Verträge zu Grunde, die in der Rechtswirklichkeit häufig eng miteinander verknüpft sind, zwischen denen formal jedoch sauber zu differenzieren ist.

a) Aufhebungsvertrag und neuer Arbeitsvertrag

Der Wechsel in die Transfergesellschaft wird durch einen Aufhebungsvertrag mit dem bisherigen Arbeitgeber und den Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages mit der BQG herbei-

geführt.²⁰ In der Praxis werden diese Vorgänge im Rahmen eines dreiseitigen Vertrages zusammengefasst, an dem sowohl Arbeitnehmer und Arbeitgeber als auch die BQG beteiligt sind.²¹ Eine derartige Verknüpfung soll die Akzeptanz der Maßnahme innerhalb der Belegschaft stärken und ein vertrauensbildendes Gefühl der Sicherheit vermitteln.²²

Der mit der BQG geschlossene Arbeitsvertrag weist einige Besonderheiten auf. Zunächst ist er ohne sachlichen Grund (§ 14 II TzBfG) auf die Dauer von bis zu einem Jahr befristet.²³ Dies ist auch nicht aufgrund von § 14 II 2 TzBfG unzulässig, da die BQG ein neuer und nicht „derselbe“ Arbeitgeber ist. Ferner wird hinsichtlich der Hauptleistungspflichten vereinbart, dass die Wochenarbeitszeit null Stunden beträgt („Kurzarbeit Null“²⁴). Der Arbeitnehmer ist jedoch verpflichtet, die angebotenen Qualifizierungsmaßnahmen wahrzunehmen und auf Vermittlungsangebote der BQG einzugehen. Typischerweise wird vereinbart, dass der Arbeitnehmer kurzfristig aus der Transfergesellschaft ausscheiden kann, wenn dieser eine Anschlussbeschäftigung gefunden hat.²⁵

b) Dienstleistungs- und Kooperationsvertrag

Eine weiteres Element des Sanierungskonzeptes unter Einschaltung einer BQG ist der zwischen dem Arbeitgeber und der BQG abgeschlossene Dienstleistungs- und Kooperationsvertrag, in dem einerseits die von der Transfergesellschaft geschuldeten Qualifizierungs-, Fortbildungs- und Vermittlungsdienste und andererseits die Vergütungs- und Finanzierungspflichten sowie die sonstigen Leistungen (z.B. das Überlassen von Büroräumen) des alten Arbeitgebers geregelt sind.²⁶

2. Nichtanwendbarkeit des § 613a BGB

Nach allgemeiner Ansicht ist jedenfalls bei dem Wechsel der Arbeitnehmer in die BQG die Anwendung von § 613a BGB

⁸ *Sieg/Maschmann* (Fn. 3), Rn. 405; *Lembke*, BB 2004, 773; *Stück*, MDR 2005, 361; *Sieg*, NZA Beilage 1/2005, 9, 10; *Insam/Zöll*, AuA 2006, 389.

⁹ Das Gesetz spricht insoweit von einer betriebsorganisatorisch eigenständigen Einheit (vgl. § 216b VI 4 SGB III).

¹⁰ Vgl. zum alten Recht: *Ries*, NZI 2002, 521 ff.; *Gaul/Kliemt*, NZA 2000, 674 ff.

¹¹ BGBI. I 2003, S. 2848 ff.

¹² *Mengel/Ullrich*, BB 2005, 1109; *Meyer*, BB 2004, 490.

¹³ Gesetzesentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90 / Die Grünen vom 5.9.2003 (BT-Drucksache 15/1515, S. 74); dazu *Meyer*, BB 2004, 490.

¹⁴ BT-Drucksache 15/1515, S. 93; *Mengel/Ullrich*, BB 2005, 1109, 1112.

¹⁵ *Lembke*, BB 2004, 773, 774; *Gaul/Otto*, NZA 2004, 1301, 1302.

¹⁶ Dazu ausführlich *Sieg*, NZA Beilage 1/2005, 9, 10.

¹⁷ BT-Drucksache 15/1515, S. 93; *Stück*, MDR 2005, 361; *Lembke*, BB 2004, 773, 774; daher konzentriert sich die vorliegende Arbeit auch auf die externe Lösung.

¹⁸ *Insam/Zöll*, AuA 2006, 389.

¹⁹ *Gaul/Otto*, NZA 2004, 1301, 1306; *Stück*, MDR 2005, 361, 364; vgl. auch *Sieg/Maschmann* (Fn. 3), Rn. 423 aE (schematischer Kostenvergleich).

²⁰ *Gaul/Otto*, NZA 2004, 1301, 1302; *Stück*, MDR 2005, 361, 362 f.

²¹ *Lembke*, BB 2004, 773, 775; *Stück*, MDR 2005, 361, 363; *Insam/Zöll*, AuA 2006, 389; vgl. auch das bei *Sieg*, NZA Beilage 1/2005, 9, 10 f. abgedruckte Beispiel für einen solchen dreiseitigen Vertrag; weiterer Vertragsentwurf bei *Bichlmeier*, DZWIR 2006, 239, 244.

²² So ausdrücklich *Gaul/Otto*, NZA 2004, 1301, 1302.

²³ Gleichlauf mit der von der BA gewährten Höchstbezugsdauer des Kurzarbeitergeldes; *Insam/Zöll*, AuA 2006, 389; *Gaul/Otto*, NZA 2004, 1301, 1303.

²⁴ Vgl. dazu *Lembke*, BB 2004, 773, 774; *Marimón*, Kurzarbeit Null: Beschäftigtentransfer durch Transfergesellschaften, 2002, S. 46 ff.

²⁵ *Lembke*, BB 2004, 773, 775.

²⁶ *Lembke*, BB 2004, 773, 776; *Ries*, NZI 2002, 521, 527.

ausgeschlossen.²⁷ Im Unterschied zum Einsatz einer echten Auffanggesellschaft werden nämlich keine materiellen oder immateriellen Betriebsmittel übertragen. Übernommen wird lediglich das Personal. Da die BQG mit diesen Beschäftigten aber nicht die gleiche Tätigkeit tatsächlich fortsetzt, sondern „Kurzarbeit Null“ sowie Qualifizierungs- und Fortbildungsmaßnahmen vorgenommen werden, ergibt sich auch aus der Rechtsprechung zum Betriebsübergang durch Übernahme des wesentlichen Teils der Belegschaft²⁸ kein anderes Ergebnis.²⁹

Daraus folgt, dass die Transfergesellschaft völlig neue Arbeitsverträge schließen kann. Sie ist nicht zur Übernahme der bisherigen Tarifbindung verpflichtet und auch Ansprüche aus der betrieblichen Altersversorgung können gegen die BQG nicht geltend gemacht werden.³⁰

V. Vorzüge des BQG Modells

Nunmehr sollen die Vorteile der BQG gegenüber den konventionellen Personalanpassungsmaßnahmen herausgearbeitet und zusammengefasst werden.

1. Vorteile für die Arbeitnehmer

Aus Sicht der Arbeitnehmer soll durch den freiwilligen Übergang in die BQG der Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen und das „Stigma der Arbeitslosigkeit“ vermieden werden.³¹ Veräußert der alte Arbeitgeber die Betriebsmittel an ein anderes Unternehmen, besteht für den einzelnen Beschäftigten zum einen die Chance, dort eine Anschlussbeschäftigung zu finden, zum anderen ergeben sich aber auch Möglichkeiten, durch Qualifizierung und Weiterbildung in andere Arbeitsplätze des „ersten Arbeitsmarktes“ weitervermittelt zu werden. Selbst wenn nach Ablauf des befristeten Arbeitsvertrages mit der BQG die Arbeitslosigkeit bevorsteht, wird der Eintritt dieser und vor allem die Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes zeitlich um die Dauer der Befristung hinausgeschoben.³² Zugleich verhindert die Übergangszeit in der BQG zumindest vorübergehend die individuellen Folgen der Arbeitslosigkeit.³³

2. Vorteile aus Arbeitgebersicht

Der konventionelle Weg zur Umsetzung einer Personalanpassungsmaßnahme über den massenhaften Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen führt in der Praxis aufgrund der Kündigungsfristen zu erheblichen Verzögerungen. Außerdem bringt die im Rahmen der Kündigung zu beachtende Sozialauswahl negative Auswirkungen für die betriebliche Alters- und Leistungsstruktur mit sich.³⁴ Ferner führen Massenentlassungen zu betriebsinterner Unruhe und einer problematischen Außendarstellung.³⁵ Ein schlichter Aufhebungsvertrag in Kombination mit einer Abfindung kann diese Probleme zwar vermeiden, allerdings gehen mit diesem sozialversicherungsrechtliche Nachteile für beide Arbeitsvertragsparteien einher.³⁶ Des Weiteren ist die Abfindungslösung steuerrechtlich aufgrund der Verringerung der Steuerfreibeträge (§ 3 Nr. 9 EStG) deutlich unattraktiver geworden.³⁷

3. Weitere Vorteile

Volkswirtschaftlich wird die Zunahme der Arbeitslosenzahlen abgefedert, denn wer in der BQG untergebracht ist, gilt nicht als arbeitslos i. S. von § 119 SGB III. Dies kann psychologisch der gesamtgesellschaftlichen Negativstimmung angesichts der Arbeitslosenstatistik entgegenwirken.

Für die Betreiber der BQGen (zumeist Gewerkschaften³⁸) rechnet sich das Geschäft mit der Vermittlung von Arbeitsplätzen aufgrund der staatlichen Förderung und der Arbeitgeberzuschläge.

Schließlich können sich auch für den Erwerber des krisengeschüttelten Betriebes Vorteile ergeben, wenn der Einsatz der BQG im Vorfeld der sanierenden Übertragung dazu beiträgt, dass dieser die Rechtsfolgen des § 613a BGB vermeiden und sich so eine „Wunschmannschaft“³⁹ an Arbeitnehmern zusammensetzen kann.⁴⁰

VI. Zwischenergebnis

Es hat sich somit gezeigt, dass die Einschaltung einer Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft im Vergleich mit den herkömmlichen Maßnahmen der Personalanpassung arbeits- und sozialrechtliche Vorteile bietet und die bestehenden Interessengegensätze zu einem angemessenen Ausgleich bringen kann.

C. Betriebsübergang und BQG

I. Problemlage

Mit dem Wechsel der Beschäftigten in die BQG ist die Umstrukturierung des in der Krise befindlichen Unternehmens in vielen Fällen noch nicht abgeschlossen. Gerade in der Insolvenz folgt im direkten Anschluss häufig die Veräußerung der materiellen und immateriellen Betriebsmittel an eine Auffanggesellschaft oder an einen Investor im Wege der Einzelrechtsnachfolge.⁴¹ Dieser Vorgang erfüllt in aller Regel die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 613a I BGB,⁴² da im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller Umstände davon auszugehen ist, dass eine wirtschaftliche Einheit übergeht, die ihre Identität wahrt.⁴³

Nach § 613a I 1 BGB tritt der Erwerber in die Rechte und Pflichten aus den im Zeitpunkt des Übergangs bestehenden

²⁷ Roeder, in: Niesel (Hrsg.), Kommentar zum SGB III³, 2005, § 216b Rn. 16; Lembke, BB 2004, 773, 776; Gaul/Kliemt, NZA 2000, 674, 675; Bachner/Schindele, NZA 1999, 130, 135; Marimón (Fn. 24), S. 91 ff.

²⁸ BAG, NZA 1999, 422; BAG, NZA 1999, 706; BAG, NZA 1999, 869.

²⁹ Gaul/Otto, NZA 2004, 1301, 1303.

³⁰ Lembke, BB 2004, 773, 776; Gaul/Otto, NZA 2004, 1301, 1303.

³¹ Lembke, BB 2004, 773; Meyer, NZS 2002, 578, 579.

³² Insam/Zöll, AuA 2006, 389, 390; Lembke, BB 2004, 773.

³³ Dazu Graupner, Chancenlos in Deutschland: Geraubte Zukunft, Süddeutsche Zeitung vom 27.7. 2006.

³⁴ Gaul/Otto, NZA 2004, 1301.

³⁵ Insam/Zöll, AuA 2006, 389, 390.

³⁶ Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitslosengeld ruht gem. § 143a I 1 SGB III für den Zeitraum der Kündigungsfrist. Für den Arbeitgeber kann sich z.B. aus § 147a SGB III eine Erstattungspflicht gegenüber der BA ergeben (vgl. auch Gaul/Otto, NZA 2004, 1301, 1302; Lembke, BB 2004, 773, 781).

³⁷ Stück, MDR 2005, 361.

³⁸ Insam/Zöll, AuA 2006, 389.

³⁹ In Anlehnung an Lembke, BB 2004, 773.

⁴⁰ Inwieweit dies zulässig ist, gilt es im zweiten Teils des Beitrags zu klären; s. auch Annuß/Lembke, Arbeitsrechtliche Umstrukturierung in der Insolvenz, 2005, Rn. 145 ff.

⁴¹ Lembke, BB 2004, 773, 776.

⁴² Siehe dazu im Detail BAG, NZA 2002, 1207, 1208; Preis, in: Erfurter Kommentar (Fn. 3), § 613a BGB Rn. 5 ff.; Annuß, in: Staudinger (Fn. 3), § 613a Rn. 41 ff.; Müller-Glöge, in: Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁴, 2005, § 613a Rn. 14 ff.

⁴³ Gaul, Das Arbeitsrecht der Betriebs- und Unternehmensspaltung, 2002, § 20 Rn. 208; Lembke, BB 2004, 773, 776.

Arbeitsverhältnissen ein. Im Normalfall betrifft das auch den Übergang der bestehenden Arbeitsverhältnisse vom bisherigen Arbeitgeber auf den Erwerber. Etwas anderes könnte sich aber durch die Zwischenschaltung der BQG ergeben, denn *idealiter* bestand zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs kein Arbeitsverhältnis zwischen dem Veräußerer und den Arbeitnehmern mehr. Dieses war bereits bei Übergang auf die BQG durch Aufhebungsvertrag beendet worden.⁴⁴

Fraglich ist nun aber, ob der im Zusammenhang mit dem dreiseitigen Vertrag geschlossene Aufhebungsvertrag wirksam ist oder inwieweit ein Verstoß gegen das Kündigungsverbot des § 613a IV BGB vorliegt.

II. Rechtsprechung des BAG zum Einsatz von Aufhebungsverträgen

Zur Beantwortung dieser Frage soll zunächst die im Kontext dieser Problematik vor dem Jahr 2000 ergangene höchstgerichtliche Rechtsprechung in Grundzügen dargestellt werden.

1. Aufhebungs- und Veränderungsvereinbarungen

Schon kurz nach Inkrafttreten des § 613a BGB⁴⁵ wurde vom BAG die grundsätzliche Zulässigkeit von Aufhebungsverträgen im zeitlichen Zusammenhang mit einem Betriebsübergang anerkannt. Vereinbarungen zwischen dem Arbeitnehmer und dem (bisherigen oder künftigen) Arbeitgeber über die Folgen des Betriebsübergangs werden durch die Vorschrift folglich nicht ausgeschlossen.⁴⁶ Diese Ansicht findet ihre Stütze in dem zivilrechtlichen Grundsatz der Parteiautonomie und der Vertragsfreiheit⁴⁷ und wird auch durch das dem Arbeitnehmer zustehende Widerspruchsrecht (§ 613a VI BGB) flankiert, denn wenn der Arbeitnehmer dem Betriebsübergang widersprechen könne, dann müsse er auch die Möglichkeit haben, sein Arbeitsverhältnis einvernehmlich aufzuheben.⁴⁸ Veränderungsvereinbarungen zwischen Erwerber und Arbeitnehmer, durch die sich nur die Arbeitsbedingungen verschlechtern, werden dabei dann für wirksam erachtet, wenn sie durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sind.⁴⁹

2. Ablehnung des *Lemgoer Modells*

Dagegen stellt das sog. *Lemgoer Modell*, bei dem eine Vielzahl von Arbeitnehmern unter Hinweis auf eine Einstellungsgarantie beim potenziellen Erwerber zu Eigenkündigung oder Aufhebungsvereinbarung überredet wurden, um dann ohne Unterbrechung der Tätigkeit zu verschlechterten Bedingungen weiterzuarbeiten, ein unzulässiges Sanierungsinstrument dar.⁵⁰ Die Kündigungen verstoßen offensichtlich gegen das Kündigungsverbot in § 613a IV BGB, der eine Kündigung wegen Betriebsübergangs ausschließt. Gleiches gelte dann aber auch für Aufhebungsverträge *aus Anlass* eines Betriebsübergangs, wenn sie vom Veräußerer allein deswegen vorgenommen werden, um dem bestehenden Kündigungsverbot auszuweichen.⁵¹ Die Schutznorm des § 613a BGB bezwecke die Aufrechterhaltung der Kontinuität der Arbeitsverhältnisse und die Sicherung der verdienten Besitzstände der Arbeitnehmer. Ein Aufhebungsvertrag, der diesen Schutz zu umgehen versuche, sei folglich gesetzeswidrig und damit nach § 134 BGB nichtig.⁵²

3. Der Fall *Dörries Scharmann* und die Formel des endgültigen Ausscheidens

In einer weiteren Entscheidung differenziert das BAG hinsichtlich der soeben dargestellten Rechtsfolge. Vereinbarun-

gen, die zwischen den Arbeitsvertragsparteien zeitnah zu einem Betriebsübergang geschlossen werden und sich auf *endgültiges Ausscheiden* aus dem Betrieb richten, sind generell und ohne sachliche Begründung rechtswirksam.⁵³ Die mit diesem Urteil erstmals eingeführte Formel zieht sich wie ein roter Faden durch die sich anschließenden Entscheidungen.

So greift das BAG in der Sache *Dörries Scharmann*⁵⁴ diese Formel erstmals im Zusammenhang mit dem Einsatz einer BQG auf. Die kurz vor der Insolvenz stehende Dörries Scharmann AG entwickelte ein Modell, nach dem alle Arbeitnehmer durch den Abschluss von dreiseitigen Aufhebungsverträgen befristet in eine BQG wechseln sollten. Im Vorfeld des Vertragsschlusses wurde den Beschäftigten lediglich gesagt, dass es unter Umständen möglich sei, durch eine zu gründende Auffanggesellschaft einige der Arbeitsplätze zu retten. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens wurden dann schrittweise etwa 250 der ursprünglich 500 Beschäftigten von der (beklagten) Rechtsnachfolgerin wieder eingestellt.

Die Richter des achten Senats hielten diese Konstruktion auch ohne sachlichen Grund für zulässig und zwar mit der Begründung, dass eine Übernahme der Mehrzahl der Beschäftigten zu keinem Zeitpunkt versprochen gewesen sei. Die ehemaligen Beschäftigten hätten nur die mehr oder weniger begründete Erwartung auf ein Anschlussarbeitsverhältnis bei der Rechtsnachfolgerin gehabt. Der Vertragsschluss komme insofern einem Risikogeschäft gleich. Der dreiseitige Vertrag diene nicht der Unterbrechung der Kontinuität der Arbeitsverhältnisse, sondern sei auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet gewesen. Die Fortsetzung der Beschäftigung durch die Beklagte sei nicht absehbar gewesen.⁵⁵

III. Kritische Stimmen aus Literatur und Rechtsprechung

Dieses grundlegende Urteil fand zwar überwiegend ein positives Echo,⁵⁶ wurde aber trotzdem von einigen Vertretern in der Literatur und Instanzgerichten heftig kritisiert.

1. Umgehung der Sozialauswahl und Lücke im Kündigungsschutz

Das LAG Bremen weist darauf hin, dass die Rechtsprechung des BAG zu einer Lücke im Kündigungsschutz führe, die eigentlich durch § 613a BGB geschlossen werden sollte,⁵⁷ denn

⁴⁴ *Lembke*, BB 2004, 773, 777.

⁴⁵ Am 19.1.1972.

⁴⁶ BAG, NJW 1976, 535, 536.

⁴⁷ *Naber*, EZA § 613a BGB 2002 Nr. 40, 14, 16.

⁴⁸ So BAG, NZA 1996, 207, 208.

⁴⁹ BAG, NJW 1977, 1168; BAG, NZA 1999, 422, 424 f.; *abl. Willemsen*, RdA 1987, 327, 328 ff.; *krit. Hillebrecht*, NZA 1989, Beilage IV, 10, 12.

⁵⁰ BAG, NZA 1988, 198, 199; *Preis*, in: Erfurter Kommentar (Fn. 3), § 613a BGB Rn. 158; *Naber*, EZA § 613a BGB 2002 Nr. 40, 14, 16.

⁵¹ BAG, NZA 1988, 198, 199.

⁵² BAG, NZA 1988, 198, 199; BAG, NZA 1992, 1080, 1081; BAG, NZA 1996, 207, 208; dazu *Hanau*, ZIP 1998, 1817, 1821; *abl. Pietzko*, ZIP 1990, 1105, 1107 ff.; *Lipinski*, Sonderkündigungsschutz bei Betriebsübergang, 2001, S. 115 ff.; *Annufß*, ZInsO 2001, 49, 57 f.; *Krieger/Fischinger*, NJW 2007, 2289, 2291.

⁵³ BAG, NZA 1999, 262, 263.

⁵⁴ BAG, NZA 1999, 422; BAG, ZIP 1999, 1572 (Parallelentscheidung).

⁵⁵ BAG, NZA 1999, 422, 424; BAG, ZIP 1999, 1572, 1574.

⁵⁶ Vgl. nur *Hanau*, ZIP 1998, 1817, 1821 m.w.N.; *Willemsen*, in: Willemssen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt (Fn. 1), Abschnitt H Rn. 124.

⁵⁷ LAG Bremen, ZIP 2004, 2452, 2454.

der Betriebserwerber könne sich über den „Umweg BQG“ die Arbeitnehmer letztlich ohne Durchführung einer Sozialauswahl (§ 1 III KSchG) aussuchen.⁵⁸ Dem folgend kritisiert *Steffan* weiter, dass die vom BAG gewählte Unterscheidung zwischen einem verbindlich in Aussicht gestellten Arbeitsverhältnis mit dem Erwerber und der lediglich vagen Möglichkeit einer Anschlussbeschäftigung nicht für die Frage der Wirksamkeit des Aufhebungsvertrages ausschlaggebend sein könne. Der Arbeitnehmer entscheide bei Vertragsunterzeichnung bei beiden Varianten nämlich nicht wirklich autonom, sondern einzig, um seinen Arbeitsplatz zu erhalten. Die Privatautonomie könne daher keinen tauglichen Rechtfertigungsgrund bieten. Im Ergebnis will diese Ansicht den Aufhebungsvertrag daran messen, ob er wegen des Betriebsübergangs geschlossen wurde. Das sei immer dann der Fall, wenn das Motiv des Vertrages in der erleichterten Betriebsübernahme liege.⁵⁹ Dieses Motiv wird bei dem Einsatz einer BQG in den meisten Fällen gegeben sein.

2. Drucksituation

Der Hinweis auf die mangelnde Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers bei Abschluss der Aufhebungsverträge wird argumentativ noch in anderer Weise fruchtbar gemacht. So führt laut *Zwanziger* eine am Sozialstaatsgebot und dem Grundrecht der freien Wahl des Arbeitsplatzes (Art. 12 GG) orientierte Auslegung des § 138 BGB zur Sittenwidrigkeit derartiger Vertragsschlüsse. Der Arbeitnehmer, dem der Verlust des Arbeitsplatzes drohe, sei in der Drucksituation der bevorstehenden Insolvenz strukturell unterlegen und der Verzicht auf Rechte aus einem Betriebsübergang für diesen ungewöhnlich belastend.⁶⁰ Gerade die – für die BQG-Konstellation typische – Veranlassung durch den Arbeitgeber solle dabei Indizfunktion für die druckbedingte Unzulässigkeit entfalten.⁶¹

3. Missbrauchsgefahr

Darüber hinaus wird aufgrund des unscharfen Abgrenzungskriteriums die Gefahr von Missbrauch befürchtet.⁶² Die Bestimmung, ob ein Aufhebungsvertrag auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb gerichtet ist, bemesse sich häufig nach der inneren Einstellung des Erwerbers, denn dieser werde nicht selten wissen, welche Arbeitnehmer für ihn interessant und übernehmenswert sind. Solange Erwerber und Veräußerer dies nicht offenbaren und nur von einer möglichen Übernahme von Teilen der Belegschaft sprechen, müsse davon ausgegangen werden, dass die Aufhebungsverträge wirksam seien.

IV. Urteil des BAG vom 18.8.2005

In der Rechtssache *Naber*⁶³ bekam das BAG neuerlich die Gelegenheit, den eigenen Standpunkt zu festigen und auf die kritischen Stimmen zu antworten.

1. Sachverhalt

Vor dem Hintergrund wirtschaftlicher Schwierigkeiten und zur Vermeidung der Insolvenz entschloss sich die Geschäftsführung der *Naber GmbH*, die ein Hotel in Bremerhaven betrieb, nach Gesprächen mit der Stadt zur Veräußerung der Hotelimmobilie an die stadteigene B-Gesellschaft. Davon unabhängig sollte die beklagte Betriebsführungsgesellschaft (BFG) den Hotelbetrieb für eine Übergangszeit fortführen.

Bedingung war allerdings der Übertritt aller Arbeitnehmer in eine BQG.

Im Gegensatz zum Fall *Dörries Scharmann* stand hier bereits bei Abschluss der Aufhebungsverträge sicher fest, dass ein Teil der Beschäftigten von der BFG übernommen würde, wenn die Sanierung gelingt.⁶⁴ Dieser Übergang war zudem nahtlos, sodass die betroffenen Arbeitnehmer de facto keinen einzigen Tag bei der BQG beschäftigt waren.

2. Begründung und Antwort auf die Kritik

Die Erfurter Richter bestätigten im Ergebnis die bisherige Rechtsprechung des BAG und wiesen das auf Übergang der unbefristeten Arbeitsverhältnisse gerichtete Begehren der Kläger ab. Das Gericht differenziert bei der Begründung zwischen verschiedenen Szenarien.⁶⁵

Das *Lemgoer Modell*, bei dem gleichzeitig mit dem Aufhebungsvertrag ein neues Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und dem Betriebsübernehmer vereinbart oder zumindest verbindlich in Aussicht gestellt wird, sei eine gesetzeswidrige Umgehung des § 613a IV BGB und damit als Gestaltung unzulässig.

Solange die Vereinbarung aber auf das endgültige Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb im Zuge eines Betriebsübergangs gerichtet sei – ggf. auch unter Zwischenschaltung einer BQG –, bleibe diese zulässig. Hierzu stellt das BAG auf die den Parteien grundsätzlich zustehende Vertragsfreiheit und das in § 613a VI BGB geregelte Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers ab und betont, dass der Arbeitgeber befugt sei, Rechtsgeschäfte so zu gestalten, dass § 613a BGB nicht eingreife.⁶⁶

Gerade bei dem Erfordernis eines sachlichen Grundes weicht das Gericht von dem in der Sache *Dörries Scharmann* beschrittenen Weg ab.⁶⁷ Bisher bedurfte die Zwischenschaltung einer BQG keiner sachlichen Rechtfertigung, da der § 613a BGB gar nicht berührt war. Nun bleibt aber unklar, ob das Sanierungsmodell unter Einsatz einer BQG per se nicht gegen den § 613a BGB verstößt oder ein Verstoß zwar vorliegt, aber sachlich gerechtfertigt werden kann, denn die Richter stellen zunächst fest, dass per se keine Umgehung vorliegt, weil keine verbindliche Weiterbeschäftigungszusage vorlag, um dann doch flüchtig den sachlichen Grund zu erörtern.⁶⁸ Scheinbar verlangen die Richter einen sachlichen Grund im-

⁵⁸ *Steffan*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 198.

⁵⁹ LAG Bremen, ZIP 2004, 2452, 2454; *Steffan*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Fn. 4), § 613a BGB Rn. 198.

⁶⁰ *Zwanziger*, in: *Kittner/Däubler/Zwanziger* (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht: Kommentar für die Praxis⁷, 2008, § 613a BGB Rn. 174.

⁶¹ *Pfeifer*, in: *Becker/Hillebrecht* (Begr.), *Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz*⁸, 2007, § 613a BGB Rn. 202; *Hillebrecht*, NZA 1989, Beilage IV, 10, 11.

⁶² BAG, NZA 2006, 145, 148; referierend auch *Naber*, EzA § 613a BGB 2002 Nr. 40, 14, 27.

⁶³ BAG, NZA 2006, 145 ff.

⁶⁴ Zu den Unterschieden im Einzelnen: *Meyer*, SAE 2006, 102, 103; *Naber*, EzA § 613a BGB 2002 Nr. 40, 14, 17 f.

⁶⁵ BAG, NZA 2006, 145, 147.

⁶⁶ Diese Auffassung bestätigt das BAG in einer aktuellen Entscheidung (vgl. BAG, NZA 2007, 866, 868).

⁶⁷ So auch *Naber*, EzA § 613a BGB 2002 Nr. 40, 14, 20 f.; *Insam/Zöll*, AuA 2006, 389, 392; *abw.* nur *Meyer*, SAE 2006, 102, 105, nach dem sich die Entscheidung harmonisch einfüge.

⁶⁸ Vgl. BAG, NZA 2006, 145, 148; in BAG, NZA 2007, 866, 868 wird das Kriterium eines sachlichen Grundes interessanterweise nicht thematisiert.

mer dann, wenn eine Auffanggesellschaft die Arbeitnehmer zu schlechteren Bedingungen wiedereinstellt.⁶⁹ Bislang führte diese dogmatische Unklarheit zu keinen Unterschieden, da schon die Vermeidung der drohenden Insolvenz und die Arbeitsplatzhaltung als sachliche Gründe ausreichen sollen.⁷⁰

Abschließend setzt sich das BAG auch mit der oben dargestellten Kritik auseinander.⁷¹ Eine gestörte Vertragsparität und die Annahme, dass derartige Aufhebungsverträge sittenwidrig seien, lehnen die Richter generell ab. Auch eine für den Arbeitnehmer bestehende Drucksituation könne nicht ohne Weiteres dazu führen, die an das Vorliegen eines Umkehrungsgeschäftes zu stellenden Anforderungen abzusenken und dadurch Sanierungsmöglichkeiten für notleidende Betriebe praktisch unmöglich zu machen.⁷² Eine Lücke im Kündigungsschutz erkannte das BAG nicht, da dem Arbeitgeber bei Unzulässigkeit dieser Sanierungsvariante jedenfalls die – wesentlich einschneidendere – Möglichkeit einer Veräußerungserkundung auf Erwerberkonzept offen stehe. Ergänzend könne angeführt werden, dass nach gescheiterter Sanierung eine Sozialauswahl gleichfalls entfiel.⁷³ Der Missbrauchsgefahr ist sich das BAG bewusst, wobei es aus dieser Gefahr nur auf die Unwirksamkeit des Sanierungsmodells schließt, wenn die Übernahme in eine BQG zum Schein vorgeschoben wird. Darüber hinaus führe auch die erforderliche Bewilligung des Transferkurzarbeitergeldes durch die BA zu einer zwangsläufigen Missbrauchskontrolle. Zur Freude der Sanierungspraxis widersprechen die Erfurter Richter den Kritikern also nachdrücklich.

D. Schlussbetrachtungen

Das BAG hat seine sanierungsfreundliche Rechtsprechung in weiten Teilen bestätigt und damit dem Erhalt der Arbeitsplätze grundsätzlich Vorrang vor dem Inhaltsschutz einzelner Verträge eingeräumt. Für die Entscheidung des BAG spricht dabei insbesondere das Telos von § 613a BGB. Hauptanliegen für den Erlass der Vorschrift war, den Bestand von Arbeitsverhältnissen bei Betriebsübergängen zu sichern.⁷⁴ Würde jedoch, wie im entschiedenen Fall, die Übernahme eines sanierungsbedürftigen Betriebes an der Notwendigkeit, alle Arbeitnehmer zu übernehmen, scheitern, so verkehrte sich der Normzweck des § 613a BGB in sein Gegenteil. Dem bisherigen Betriebsinhaber bliebe dann in der Regel nur die Möglichkeit der Betriebsstilllegung mit der Konsequenz, dass sämtliche Arbeitsplätze wegfielen. Das würde die Vorschrift pervertieren⁷⁵ und vielen Restrukturierungsbemühungen den Wind aus den Segeln nehmen.

Kritik ist aber trotzdem geboten. Die stärkere Betonung der sachlichen Rechtfertigung führt zu Unklarheiten und weicht die klare Linie der vorausgegangenen Entscheidungen auf.

Denkt man die Differenzierung des BAG konsequent zu Ende, ist der Arbeitnehmer im Fall der bloßen Modifikation der Arbeitsbedingungen stärker geschützt als beim vollständigen Verlust des Arbeitsverhältnisses in Folge einvernehmlicher Vertragsauflösung. Dieser unerklärliche Wertungswiderspruch konterkariert den Gesetzeszweck und spricht deutlich gegen den von der Rechtsprechung beschrittenen Weg. Außerdem verursacht der unbestimmte Rechtsbegriff des „sachlichen Grundes“ eine nicht zu unterschätzende Rechtsunsicherheit, die in der Praxis zur Zurückhaltung bei der Anwendung der BQG-Sanierungslösung führen wird.⁷⁶ Zwar scheinen die Anforderungen an das Rechtfertigungselement „sachlicher Grund“ niedrig, allerdings muss dabei beachtet werden, dass bisher stets die öffentliche Hand an den Umstrukturierungen beteiligt war.⁷⁷ Dass dabei die Sicherung von Arbeitsplätzen im Zentrum der Überlegungen stand, liegt nahe. Bei Sanierungsfällen ohne Beteiligung des Staates wird diese Zielsetzung hingegen häufig durch rein wirtschaftliche Gründe überlagert. Ungewiss bleibt daher, inwieweit die Rechtfertigung dann trotzdem gegeben ist.⁷⁸

Wenn – was wünschenswert wäre – die Rechtsprechung bei ihrer Linie bleibt und auch in Fällen ohne Beteiligung des Staates nur geringe Anforderungen an das Vorliegen eines sachlichen Grundes stellt, wird das Rechtfertigungskriterium „sachlicher Grund“ letztlich nahezu überflüssig, sodass gänzlich darauf verzichtet werden sollte.⁷⁹ Das wäre ein klares Bekenntnis zu einem sanierungsfreundlichen Arbeitsrecht jenseits von schleierhaften Billigkeitskontrollen. ■

⁶⁹ Vgl. Leitsatz III der Entscheidung vom 18.8.2005 (BAG, NZA 2006, 145); dies entspricht im Übrigen der typischen Situation bei Zwischenschaltung einer BQG.

⁷⁰ BAG, NZA 2006, 145, 148; *Naber*, EzA § 613a BGB 2002 Nr. 40, 14, 21.

⁷¹ BAG, NZA 2006, 145, 147 f.; zusammenfassend *Lembke*, BB 2007, 1333, 1338 f.

⁷² *Naber*, EzA § 613a BGB 2002 Nr. 40, 14, 23 ff. zeigt, dass sich die Unzulässigkeit nicht pauschal, sondern nur aufgrund normierter Schranken ergeben kann. Diese Schranken finden sich in den Regeln der Anfechtbarkeit (§§ 119 ff., 142 ff. BGB), der AGB-Kontrolle (§§ 305 ff. BGB) und der Sittenwidrigkeitsschwelle des § 138 BGB.

⁷³ So *Meyer*, SAE 2006, 102, 104.

⁷⁴ *Sieg/Maschmann* (Fn. 3), Rn. 11; noch drastischer *Lipinski* (Fn. 52), S. 3 f., S. 110 f., der den Zweck der Vorschrift „lediglich“ im Bestandsschutz sieht.

⁷⁵ So ausdrücklich *Hanau*, ZIP 1998, 1817, 1822.

⁷⁶ *Insam/Zöll*, AuA 2006, 389, 392 f.; *Lipinski* (Fn. 52), S. 114.

⁷⁷ Bei *Dörries Scharmman* wurde die Umstrukturierung durch das Wirtschafts- und Arbeitsministerium des Landes NRW begleitet und im *Hotelfall Naber* war die Stadt Bremerhaven aktiv an der Veräußerung beteiligt.

⁷⁸ Ähnlich *Willemsen*, in: *Willemsen/Hohenstatt/Schweibert/Seibt* (Fn. 1), Abschnitt H Rn. 124 f., der in dem klarstellenden Urteil vom 18.8.2005 noch einige „Fallstricke“ für die Praxis erkennt.

⁷⁹ So die erfreuliche Tendenz in BAG, NZA 2007, 866, 868.

Keine Ausgabe mehr verpassen?

Einfach unter www.law-journal.de eintragen und benachrichtigen lassen!

Dr. Heiko Tschauner und Dr. Wolfram Desch, LL.M. (USYD), München*

Mangelnde Anwendbarkeit deutschen Eigenkapitalersatzrechts auf eine niederländische B.V. in deutschem Sekundärinsolvenzverfahren

A. Einführung

Der im Folgenden besprochene Fall aus der Praxis wirft zahlreiche interessante Fragen des internationalen Insolvenz- und Gesellschaftsrechts auf. Von Interesse war zunächst die Frage, inwiefern nach der Entscheidung *Eurofood/Parmalat*¹ vorläufige Verfahren – in Deutschland das „vorläufige Insolvenzverfahren“ und in den Niederlanden das *surseance van betaling* – als Eröffnung eines Insolvenzverfahrens i.S.d. Art. 3, 16 der Europäischen Verordnung über Insolvenzverfahren Nr. 1346/2000 („EuInsVO“) angesehen werden können.² Im Hinblick auf die Zuständigkeit für Hauptinsolvenzverfahren war die Bestimmung des Centre of Main Interests i.S.d. Art. 3 I EuInsVO,³ im Hinblick auf Sekundärverfahren der Niederlassungsbegriff des Art. 3 II EuInsVO⁴ von zentraler Bedeutung.

Der interessanteste Aspekt des Falles aber bezieht sich auf die kollisionsrechtliche Einordnung des deutschen Eigenkapitalersatzrechts. Werden Gesellschafterdarlehen an eine im Ausland gegründete Gesellschaft mit der Rechtsfolge der Nachrangigkeit auf Grund der Anwendung deutschen Eigenkapitalersatzrechts belegt, wenn über diese ausländische Gesellschaft in Deutschland ein (Sekundär-)Insolvenzverfahren eröffnet wird? Die Antwort der fehlenden Anwendbarkeit des deutschen Eigenkapitalersatzrechts wird im Folgenden exemplarisch an dem zu besprechenden Fall aufgezeigt.

B. Sachverhalt

Die *BenQ Mobile Holding B.V.* („Schuldnerin“) ist die Holding-Gesellschaft des Mobilfunkbereichs der *BenQ-Gruppe*. Ihre Aufgabe bestand insbesondere in dem Halten und Verwalten von ca. 20 größtenteils hundertprozentigen Tochtergesellschaften in Europa und Lateinamerika. Darüber hinaus war sie für das *Cash Pooling* der europäischen Töchter verantwortlich. Die Schuldnerin hat ihren satzungsmäßigen Sitz in den Niederlanden.

Auf Antrag der Geschäftsführung der Schuldnerin gewährte das zuständige Gericht in Amsterdam am 27. Dezember 2006 ein sog. *surseance van betaling* (vorläufiger Zahlungsaufschub). Es wurde ein (vorläufiger) niederländischer Verwalter bestellt.

Zwei Tage später, am 29. Dezember 2006, wurde auf Antrag der deutschen Tochtergesellschaft *BenQ Mobile GmbH & Co. OHG*, die sich zu diesem Zeitpunkt bereits selbst im vorläufigen Insolvenzverfahren befand, ein vorläufiges Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin durch das Amtsgericht München eröffnet und ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt.

Mit Beschluss vom 31. Januar 2007 hob das Gericht in Amsterdam den vorläufig gewährten Zahlungsaufschub auf und eröffnete das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin.

Am 5. Februar 2007 eröffnete das Amtsgericht München ein Sekundärinsolvenzverfahren („Sekundärverfahren“) über das in Deutschland belegene Vermögen der Schuldnerin. Ein Hauptinsolvenzverfahren kam nach Ansicht des Gerichts in

Deutschland nicht in Betracht, da bereits das am 27. Dezember 2006 angeordnete niederländische Verfahren des vorläufigen Zahlungsaufschubs die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens i.S.d. Art. 3 I EuInsVO darstelle und damit nach Art. 16 I EuInsVO anzuerkennen sei.

C. Die Problematik

Die taiwanesishe Konzernmuttergesellschaft der niederländischen Schuldnerin hatte dieser bereits im August 2006 ein Darlehen in zweistelliger Millionenhöhe, das dem Recht Taiwans unterlag, gewährt. Dieses Darlehen möchte die taiwanesishe Muttergesellschaft – wie im Rahmen der EuInsVO vorgesehen – sowohl im niederländischen Hauptinsolvenzverfahren als auch im deutschen Sekundärinsolvenzverfahren als reguläre Gläubigerforderung zur Tabelle anmelden. Aus Sicht des niederländischen Hauptinsolvenzverwalters erscheint dies unproblematisch.

Im deutschen Sekundärverfahren der holländischen Schuldnerin stellt sich indes möglicherweise das Problem, dass die Darlehensrückgewährforderung nicht als reguläre Gläubigerforderung zur Tabelle angemeldet werden kann, wenn sie dem deutschen Eigenkapitalersatzrecht unterliegt und damit nachrangig ist. Es lässt sich vertreten, dass in einem deutschen Sekundärverfahren nach den Vorgaben der EuInsVO deutsches Insolvenzrecht Anwendung findet und die Frage des Eigenkapitalersatzrechts als insolvenzrechtlich zu qualifizieren ist. Damit würde die taiwanesishe Mutter keine Quotenzahlung erhalten.

Die insolvenzrechtliche Qualifikation hat im vorliegenden Fall erhebliche Auswirkungen, da das Gesellschafts- und das Insolvenzstatut auseinander fallen. Sieht man das Eigenkapitalersatzrecht nicht als insolvenzrechtliches, sondern als gesellschaftsrechtliches Institut an, müsste man auch die gesellschaftsrechtlichen Kollisionsnormen anwenden. Dies wiederum würde zu niederländischem Recht führen, weil die Schuldnerin nach niederländischem Recht gegründet wurde und dies maßgeblich für die Bestimmung des anwendbaren Rechts ist (Gründungstheorie). Dem niederländischen Recht sind eigenkapitalersetzende Darlehen aber fremd. Darlehen von Gesellschaftern gelten auch in der Insolvenz der Gesellschaft als reguläre Gläubigerforderungen. Sie könnten folglich als solche zur Tabelle im Sekundärverfahren angemeldet werden.

* Dr. Heiko Tschauner ist Partner, Dr. Wolfram Desch, LL.M. ist Associate in der Praxisgruppe Business Restructuring and Insolvency der internationalen Sozietät Lovells LLP in München.

¹ EuGH, Rs. C-341/04 – *Eurofood IFSC Ltd.*, Slg. 2006, I-03813.

² ABl. EG L 160, S. 1. Zur Frage, wann ein deutsches vorläufiges Insolvenzverfahren nach der Entscheidung *Eurofood/Parmalat* als „eröffnetes Verfahren“ i.S.d. Art. 3 EuInsVO anzusehen ist, siehe Tschauner, Bank-Praktiker, 2006, 360, 364.

³ Die Entscheidung hierzu ist abrufbar unter www.rechtspraak.nl, LJN: AZ9985, Rechtbank Amsterdam, 359567.

⁴ AG München, NZI 2006, 358 m. Anm. Mankowski, NZI 2007, 360 f. sowie K. Müller, EWiR 2007, 277 f.; ausführlich zu den Anforderungen an den Niederlassungsbegriff Tschauner/Desch, International Corporate Rescue (ICR) 2007, 232-234.

D. Das deutsche Eigenkapitalersatzrecht

I. Funktion und Legitimation des Eigenkapitalersatzrechts

Funktion des Eigenkapitalersatzrechts ist der Gläubigerschutz bei Gesellschaften mit rechtsformbedingt beschränktem Haftungsvermögen. Die Gläubiger einer Gesellschaft sollen davon bewahrt werden, dass Gesellschafter insbesondere durch die Gewährung von Darlehen eine Gesellschaft künstlich am Leben erhalten und sich durch diesen Fortbestand der Gesellschaft zu Lasten der Gläubiger die Haftungsmasse verringert. Von Gesellschaftern wird daher erwartet, dass sie im Falle einer „Krise“ des Tochterunternehmens – also einer Situation, in der ein wirtschaftlich vernünftig denkender Dritter der Tochter keinen Kredit mehr gegeben hätte – diese entweder nach den gesetzlichen Regeln liquidieren, Insolvenzantrag stellen oder aber Eigenkapital nachschießen. Entscheiden sie sich für keine dieser Varianten, sondern gewähren weiteres Fremdkapital – bspw. in der Form von Darlehen –, so soll dieses Fremdkapital des Gesellschafters letztlich wie Eigenkapital behandelt werden („Finanzierungsfolgenverantwortung“ als Legitimation des Eigenkapitalersatzrechts).

II. Entwicklung des Eigenkapitalersatzrechts

Das Eigenkapitalersatzrecht wurde bereits 1960 in der Entscheidung Lufttaxi⁵ von der Rechtsprechung in Analogie zu §§ 30, 31 GmbHG, die den Erhalt des Stammkapitals einer Gesellschaft schützen, entwickelt und später immer weiter ausgeformt („Rechtsprechungsregeln“). Der Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung in der GmbHG-Novelle 1980 aufgegriffen und die §§ 32a, 32b GmbHG, §§ 129a, 172a HGB, § 32a KO, § 3b AnfG a.F. geschaffen („Novellenregeln“). Da die Novellenregeln hinter den Rechtsprechungsregeln in ihrem Anwendungsbereich zurückbleiben, werden die Rechtsprechungsregeln auch heute noch angewandt (sog. zweistufiges Schutzsystem).⁶

III. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Eigenkapitalersatzrechts

1. Novellenregeln

§ 32a GmbHG legt in seinem Absatz 1 die Voraussetzungen eines eigenkapitalersetzenden Darlehens nach den Novellenregeln fest. Danach muss „ein Gesellschafter (1) einer GmbH (2) in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft) (3), statt dessen ein Darlehen (4) gewährt haben (5).“ Die Novellenregeln finden erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft Anwendung.

§ 32a I GmbHG legt neben den Voraussetzungen eines eigenkapitalersetzenden Darlehens in seinem zweiten Halbsatz auch die Rechtsfolge der insolvenzrechtlichen Nachrangigkeit fest. Diese Rechtsfolge wird auch in § 39 I Nr. 5 InsO noch einmal wiederholt.

2. Rechtsprechungsregeln

Auch die Rechtsprechungsregeln setzen die vorgenannten Merkmale voraus. Insbesondere ist auch hier das Merkmal der Krise erforderlich.⁷ Dies folgt daraus, dass ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 30 I GmbHG ist, dass kein

„echtes Drittgeschäft“ vorliegt, dass also das Geschäft des Gesellschafters mit der Gesellschaft nicht einem Geschäft mit einem unabhängigen Dritten vergleichbar ist.⁸ Im Falle einer Krise ist davon nicht auszugehen. Zusätzlich setzen die Rechtsprechungsregeln voraus, dass eine „Unterbilanz“ vorliegt, also eine Situation, in der das Reinvermögen (Aktiva minus Fremdkapital) unter den Betrag der Stammkapitalziffer sinkt. Anders als die Novellenregeln finden die Rechtsprechungsregeln auch vor Eintritt der Insolvenz der Gesellschaft Anwendung.

Nach Eintritt der Insolvenz der Gesellschaft liegen die Voraussetzungen der Rechtsprechungs- und der Novellenregeln in der Praxis oftmals gleichzeitig vor, da jedenfalls im Falle einer insolvenzrechtlichen Überschuldung das Stadium der Unterbilanz längst überschritten ist. Im Falle einer Überschuldung ist das Reinvermögen nicht nur unter den Betrag der Stammkapitalziffer gesunken; in diesem Fall ist vielmehr überhaupt kein Reinvermögen mehr vorhanden.⁹

Auch die Rechtsfolgen gleichen sich in erheblichem Umfang. Zum Teil sind die Rechtsfolgen der Rechtsprechungsregeln allerdings weiter: So kann der Insolvenzverwalter wesentlich länger als nach den §§ 32a, b GmbHG, nämlich für zehn Jahre – an Stelle eines Jahres nach § 135 Nr. 2 InsO – gemäß § 31 V GmbHG analog, Erstattung eines durch die Gesellschaft zurück gezahlten Darlehens verlangen, § 31 I GmbHG analog. Darüber hinaus besteht eine Ausfallhaftung der Mitgesellschafter, § 31 III GmbHG analog, sowie der Geschäftsführer, § 43 III GmbHG analog.

E. Anwendbarkeit der Gründungstheorie und damit niederländischen Rechts als maßgebliche Kollisionsnorm

I. Grundsatz des deutschen Rechts als Insolvenzstatut in deutschem Sekundärverfahren

Nach Artt. 28, 4 I EuInsVO gilt für eröffnete Sekundärverfahren und ihre Wirkungen das Recht des Mitgliedstaates, in dem das Verfahren eröffnet wurde (*lex fori concursus secundariae*). Artt. 4 und 28 EuInsVO stellen Sachnormverweisungen dar und berufen damit in materiell-rechtlicher Hinsicht das Insolvenzrecht des Eröffnungsstaates.¹⁰ Gemäß Art. 4 II 2 lit. i) EuInsVO regelt das Insolvenzstatut – im vorliegenden Sachverhalt deutsches Recht – ebenfalls, welcher Rang einer bestimmten Forderung in der Insolvenz zukommt und mithin auch das Schicksal einer eigenkapitalersetzenden Forderung, denn nach § 39 I Nr. 5 InsO sind Forderungen auf „Rückgewähr des kapitalersetzenden Darlehens eines Gesellschafters“ nachrangige Insolvenzforderungen.¹¹

⁵ BGHZ 31, 258, 273.

⁶ St. Rspr. seit BGHZ 90, 370, 380.

⁷ U.a. Ulmer, in: Hachenburg/Ulmer (Hrsg.), GmbHG⁸, 1992, § 32a, b Rn. 161.

⁸ Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG¹⁸, 2006, § 30 Rn. 22.

⁹ Bei Eröffnung auf Grund (drohender) Zahlungsunfähigkeit oder bei Vorliegen der in der Praxis seltenen stillen Lasten können die Novellenregeln allerdings bspw. zu anderen Ergebnissen führen als die Rechtsprechungsregeln.

¹⁰ Kuntz, NZI 2005, 424, 425; Smid, Deutsches und Europäisches Internationales Insolvenzrecht, 2004, Art. 28 Rn. 1.

¹¹ Diese Ausführungen finden entsprechende Anwendung, soweit eigenkapitalersetzende Darlehen tatsächlich zurückgeführt werden und damit Gegenstand der Anfechtung werden, vgl. Art. 4 II 2 lit. m) EuInsVO sowie § 135 InsO. Art. 4 II 2 lit. g) EuInsVO regelt im Übrigen die Anmeldung als Insolvenzforderung.

II. Internationalprivatrechtliche Anknüpfung – Eigenkapitalersatzrecht nicht von Artt. 28, 4 II EuInsVO erfasst, vielmehr Vorfrage

Aus dem beschriebenen Mechanismus wird teilweise abgeleitet, dass die Frage nach der Qualifikation eines eigenkapitalersetzenden Darlehens durch die EuInsVO entschieden sei. Im Geltungsbereich des Art. 4 II EuInsVO stelle sich die Frage der Qualifikation nicht, weil der Begriff des eigenkapitalersetzenden Darlehens kein von der Hauptfrage offen gelassener Rechtsbegriff sei.¹²

Dies ist nicht zutreffend. Die eigentlich entscheidende Frage, ob eine Forderung überhaupt als eigenkapitalersetzend angesehen werden kann, wird weder durch Art. 4 II EuInsVO noch durch § 39 I Nr. 5 InsO beantwortet,¹³ sondern vielmehr von diesen vorausgesetzt. § 39 I Nr. 5 InsO wiederholt die in § 32a GmbHG geregelte *Rechtsfolge*, dass ein eigenkapitalersetzendes Darlehen in der Insolvenz nachrangig ist. Was aber ist ein eigenkapitalersetzendes Darlehen und welche Rechtsordnung hat diese Frage zu beantworten? Dies wird durch § 39 I Nr. 5 InsO – anders als durch § 32a GmbHG – gerade nicht geregelt. Wann ein solches Darlehen vorliegt und nach welchen Normen dies behandelt wird, ist vielmehr nach den Grundsätzen des deutschen Internationalen Privatrechts eine *Vorfrage*, die vom Tatbestand des § 39 I Nr. 5 InsO aufgeworfen wird.¹⁴

Als Vorfrage ist jede Frage nach dem Bestehen eines präjudiziellen Rechtsverhältnisses oder eines Rechts, die vom Tatbestand einer Kollisionsnorm (z.T. als Erstfrage bezeichnet) oder Sachnorm (z.T. als materiellrechtliche Vorfrage bezeichnet) aufgeworfen werden kann, anzusehen.¹⁵ Im Rahmen dieser Vorfrage ist zu klären, welche Rechtsordnung entscheidet, ob die Voraussetzungen des präjudiziellen Rechtsverhältnisses – hier des eigenkapitalersetzenden Darlehens – vorliegen. Vorfragen werden von der herrschenden Literatur und Rechtsprechung grundsätzlich selbständig angeknüpft, d.h. das präjudizielle Rechtsverhältnis wird – unabhängig von dem bereits anwendbaren deutschen Insolvenzrecht – nach den Kollisionsnormen der *lex fori* beurteilt. Da das Sekundärverfahren in Deutschland eröffnet ist, ist die *lex fori* die deutsche Rechtsordnung. Damit ist deutsches Kollisionsrecht anwendbar.

III. Anwendbarkeit der Gründungstheorie als Kollisionsregel im Hinblick auf das Eigenkapitalersatzrecht aufgrund gesellschaftsrechtlicher Qualifikation

Welche deutsche Kollisionsregel auf die durch § 39 I Nr. 5 InsO aufgeworfene Vorfrage – hier im Hinblick auf das Vorliegen eines eigenkapitalersetzenden Darlehens – Anwendung findet, ist durch eine funktionale, an den Zwecken der in Betracht kommenden Kollisionsregeln orientierte Auslegung (Qualifikation) zu ermitteln.¹⁶ Qualifikation heißt im deutschen internationalen Privatrecht, die Systembegriffe einer deutschen (bzw. gemeinschaftsrechtlichen) Kollisionsnorm auszulegen und deren Reichweite zu bestimmen,¹⁷ das bedeutet letztlich, dass die Rechtsfrage unter eine Kollisionsnorm subsumiert wird. Dabei hat der Richter zu bedenken, dass das deutsche Eigenkapitalersatzrecht Elemente des Gesellschafts- und des Insolvenzrechts enthält, so dass auf kollisionsrechtlicher Ebene sowohl das Gesellschaftsstatut als auch das Insolvenzstatut in Betracht kommen. Die Qualifikation eines eigenkapitalersetzenden Darlehens ist in der Literatur umstritten.

Wesentliche Teile der deutschen Literatur sind der Ansicht, dass als einzig sachgerechte Kollisionsregel für das Eigenkapitalersatzrecht die des Gesellschaftsrechts und damit die nunmehr herrschende Gründungstheorie¹⁸ anzusehen ist.¹⁹ Die Gründungstheorie beruft das Recht des Gründungsstaates der jeweiligen Gesellschaft, hier also *niederländisches Recht*, als anwendbares Sachrecht. Der Ansicht der gesellschaftsrechtlichen Qualifikation folgt auch – jedenfalls im Hinblick auf die Rechtsprechungsregeln – der BGH in einer Entscheidung aus dem Jahr 2001. Er stellt fest, dass sich die „Anwendbarkeit des Eigenkapitalersatzrechts aus dem Personalstatut der im Inland ansässigen Gemeinschuldnerin ergibt“.²⁰

Eine andere Ansicht qualifiziert die Frage insolvenzrechtlich und greift damit auf den autonom auszulegenden Art. 4 EuInsVO als Kollisionsregel zurück, der zu dem Insolvenzrecht des Forumstaates führt.²¹ Eine weitere Ansicht will differenzieren und die Novellenregeln dem Insolvenzstatut, die Rechtsprechungsregeln dagegen dem Gesellschaftsstatut zuordnen.²²

Es sprechen gute – im Folgenden darzustellende – Gründe für eine gesellschaftsrechtliche Qualifikation:

1. Eigenkapitalersatzrecht als Ausdruck der Finanzierungsfolgenverantwortung

Die Frage des eigenkapitalersetzenden Charakters eines Darlehens steht in engem Zusammenhang mit den Kapitalisierungserfordernissen, also den Finanzierungsregeln einer Gesellschaft. Die Legitimation des Eigenkapitalersatzrechts ist die Finanzierungsfolgenverantwortung der Gesellschafter.²³

¹² Vgl. *Huber*, in: Lutter (Hrsg.), Europäische Auslandsgesellschaften in Deutschland, 2005, S. 166; *Pannen/Riedemann*, in: Pannen (Hrsg.), Europäische Insolvenzordnung, Kommentar, 2007, Art. 4 Rn. 93.

¹³ *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Hrsg.), Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht, 2004, § 9 Rn. 42.

¹⁴ *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Fn. 13), § 9 Rn. 42; *H.F. Müller*, NZG 2003, 414, 417; *Meilicke*, GmbHHR 2003, 1271, 1272; *Riedemann*, GmbHHR 2004, 345, 349; *Tschauner/Desch*, ICR 2007, 232, 237; *a.A. Huber*, in: Lutter (Fn. 12), S. 182; *Forsthoff/Schulz*, in: Hirte/Bücker, Grenzüberschreitende Gesellschaften², 2006, § 16 Rn. 47.

¹⁵ *Von Hoffmann/Thorn*, Internationales Privatrecht⁸, 2005, § 6 Rn. 56; *Mankowski*, in: von Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht², 2003, S. 665, 667.

¹⁶ Funktionelle Theorie als h.M. zur Qualifikation, vgl. *Reinhart*, in: Münchener Kommentar, Insolvenzordnung, 2003, Vor Art. 102 EGInsO Rn. 38; *Kemper*, in: Kübler/Prütting, Insolvenzordnung, 2008, Vor §§ 335-358 Rn. 4.

¹⁷ *Mankowski*, in: von Bar/Mankowski (Fn. 15), S. 637.

¹⁸ Seit der Entscheidung EuGH, Rs. C-167/01 – *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd*, Slg. 2003, I-10155, Rn. 101 ist die Gründungstheorie h.M.; *a.A.* die früher in Deutschland überwiegend vertretene Sitztheorie, die heute allenfalls in Hinsicht auf Drittstaaten aufrecht erhalten werden kann.

¹⁹ *Borges*, ZIP 2004, 733, 743; *Drygala*, ZEuP 2004, 337, 348; *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Fn. 13), § 9 Rn. 42, 43; *Holzer*, Zeitschrift für Verbraucher- und Privatsolvenzrecht 2005, 457; *Kallmeyer*, DB 2002, 2521, 2522; *Meilicke*, GmbHHR 2003, 1271, 1272 und 793, 805; *Müller*, NZG 2003, 414, 417; *Paefgen*, DB 2003, 487, 490; *Riedemann*, GmbHHR 2004, 345, 349; *Schumann*, DB 2004, 743, 748; *Tschauner/Desch*, ICR 2007, 232, 237; *Wachter*, GmbHHR 2004, 88, 92; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3589.

²⁰ BGHZ 148, 167, 168.

²¹ *Eisner*, ZInsO 2005, 20, 22 f.; *Fischer*, ZIP 2004, 1477, 1480; *Haas*, NZI 2002, 457, 466; *Kindler*, in: Münchener Kommentar, BGB⁴, 2006, Int-GesR N. 708-711; *Paulus*, ZIP 2002, 729, 734; *Ulmer*, NJW 2004, 1201, 1207; *Wienberg*, NZI 2005, 353; *Zöllner*, GmbHHR 2006, 1, 5 f.

²² *Huber*, in: Lutter (Fn. 12), S. 183; *Pannen/Riedemann*, in: Pannen (Fn. 12), Art. 4 Rn. 91.

²³ *Eidenmüller*, in: Eidenmüller (Fn. 13), § 9 Rn. 43; *Köke*, ZInsO 2005, 354, 356; *Müller*, NZG 2003, 414, 417; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3589.

Gerade Regeln der Finanzierung sind aber im Kern gesellschaftsrechtlicher Natur.

2. Zusammenhang mit der Kapitalerhaltung

Jedenfalls soweit es um die vom BGH in Analogie zu §§ 30, 31 GmbHG entwickelten Rechtsprechungsregeln geht, spricht für die Qualifikation des Eigenkapitalersatzrechts als gesellschaftsrechtlich ferner die enge Verknüpfung mit den deutschen Kapitalerhaltungsregelungen, die man unbestritten dem Gesellschaftsstatut zuordnet. Das Gesellschaftsstatut muss daher auch für das auf den §§ 30, 31 GmbHG analog fußende Eigenkapitalersatzrecht gelten, da dieses Recht lediglich Ausfluss der Pflicht zur Aufrechterhaltung des Mindestkapitals ist.

3. Einheitlicher Zusammenhang zwischen Rechtsprechungs- und Novellenregeln

Die in der Literatur teilweise vorgenommene differenzierende Qualifizierung von Rechtsprechungs- und Novellenregeln überzeugt nicht. Diese sind untrennbar miteinander verbunden. Ihre Voraussetzungen sind weitestgehend identisch. Insbesondere setzen auch die Rechtsprechungsregeln eine Krise voraus. Jedenfalls bei Vorliegen einer insolvenzrechtlichen Überschuldung als Eröffnungsgrund wird fast immer auch eine Unterbilanz vorliegen.²⁴ Rein praktisch würde eine getrennte Anknüpfung daher dazu führen, dass – über den Umweg einer unterschiedlichen Anknüpfung – faktisch doch immer das Insolvenzstatut Anwendung fände, da ein Insolvenzverwalter sich allein auf die insolvenzrechtlich zu qualifizierenden Novellenregeln berufen würde.

Den untrennbaren Zusammenhang zwischen Rechtsprechungs- und Novellenregeln bestätigt – wenngleich in anderem Zusammenhang – im Übrigen auch der BGH, wenn er die Kleinbeteiligungs- und Sanierungsprivilegien nach § 32a III 2, 3 GmbHG – also Novellenregeln – auch auf die Rechtsprechungsregeln anwendet.²⁵

4. Wertungswiderspruch

Ein weiteres Argument gegen die Anwendung des Eigenkapitalersatzrechts auf ausländische Gesellschaften ist der Wertungswiderspruch, der dadurch hervorgerufen wird. Exemplarisch für diesen Widerspruch ist der vorliegende Fall: Nach niederländischem Gesellschaftsrecht war es der Muttergesellschaft der Schuldnerin nicht verwehrt, die Schuldnerin auch in einer eventuellen Krise durch Darlehen zu finanzieren, ohne dass sie dadurch den Nachteil der Nachrangigkeit in Kauf nehmen musste. Darauf durfte sie vertrauen. Durch die kaum voraussehbare Anwendbarkeit des deutschen Eigenkapitalersatzrechts sieht sie sich nun mit der Folge der Nachrangigkeit konfrontiert. Noch augenfälliger wird der Wertungswiderspruch im Hinblick auf stehen gelassene Darlehen. Selbst wenn die Muttergesellschaft die Anwendbarkeit deutschen Eigenkapitalersatzrechts auf Grund eines möglicherweise in Deutschland stattfindenden Sekundärverfahrens vorausgesehen hätte, hätte sie – um eine Umqualifizierung auf Grund Stehenlassens zu vermeiden – ihre Tochter liquidieren müssen oder aber Insolvenzantrag stellen. Diese Schritte hätte sie – trotz der ungewissen Anwendbarkeit des deutschen Eigenkapitalersatzrechts und trotz der nach niederländischem Recht zulässigen Finanzierungsform – sozusagen "vorsorglich" treffen müssen.

Zwar ist zuzugeben, dass es der Eröffnung von Sekundärverfahren inhärent ist, dass sich Gläubiger in solchen Verfahren nach dem Recht des Eröffnungsstaates zu richten haben. Allerdings versucht sowohl die EuInsVO als auch das deutsche nationale Insolvenzrecht, Wertungswidersprüche, die dadurch hervorgerufen werden, grundsätzlich durch Vertrauensschutzregelungen abzumildern. So ist bspw. eine Insolvenzanfechtung nach deutschem Recht nur möglich, wenn der anfechtbare Sachverhalt auch nach dem eigentlich auf den Sachverhalt anwendbaren ausländischen Recht anfechtbar wäre, Art. 13 EuInsVO bzw. § 339 InsO. Gleiches gilt für die Aufrechterhaltung, Art. 6 I EuInsVO bzw. § 338 InsO.

Exemplarisch ist wiederum der eingangs zitierte Fall: Selbst wenn man eine insolvenzrechtliche Qualifikation des deutschen Eigenkapitalersatzrechts unterstellt und dieses Institut damit auf ausländische Gesellschaften anwendet, wäre eine Anfechtung einer Rückführung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens nach § 135 Nr. 2 InsO hier unstreitig nicht möglich, denn nach taiwanesischem Recht – im vorliegenden Fall fand auf das Darlehen taiwanesisches Recht Anwendung – existiert ein Anfechtungstatbestand wegen Rückführung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens nicht. Das Vertrauen auf diese Nichtanfechtbarkeit wäre nach § 339 InsO geschützt.

Es stellte einen Wertungswiderspruch dar, wenn die Rückzahlung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens nicht anfechtbar ist, gleichzeitig aber diese Forderung bei der Anmeldung nicht berücksichtigt werden soll.

Dogmatisch lässt sich dieses Argument des Wertungswiderspruchs nicht nur bei der Qualifizierung in Betracht ziehen. Selbst wenn man eine insolvenzrechtliche Qualifikation und damit eine Anwendbarkeit deutschen Eigenkapitalersatzrechts auf ausländische Gesellschaften für richtig erachtet, müssten die §§ 338, 339 InsO bzw. Art. 6 I, 13 EuInsVO analog angewandt werden.

5. Gesellschafterstellung als wesentliches Tatbestandsmerkmal

Eine wesentliche Frage im Zusammenhang mit eigenkapitalersetzenden Darlehen ist, wer als Gesellschafter zu qualifizieren ist. Diese Frage könnte vom Insolvenzrecht sachnah nicht beantwortet werden. Vielmehr kann dies nach keiner anderen Rechtsordnung besser beurteilt werden als nach dem durch die Kollisionsregeln des Gesellschaftsrechts berufenen Sachrecht.²⁶

6. Neuregelung des Eigenkapitalersatzrechts durch den Gesetzgeber

Nach dem Entwurf des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) soll das Eigenkapitalersatzrecht zukünftig allein in der Insolvenzordnung geregelt werden.²⁷ Dies könnte für eine insolvenzrechtliche Qualifikation sprechen. Im Zuge der Kodifizierung des internationalen Gesellschaftsrechts andererseits scheint der Gesetzgeber von einer gesellschaftsrechtli-

²⁴ Etwas anderes mag bei Vorliegen der in der Praxis seltenen stillen Lasten oder bei Eröffnung auf Grund (drohender) Zahlungsunfähigkeit gelten.

²⁵ BGHZ 165, 106, 113; *Stodolkowitz/Bergmann*, in: Münch. Komm., InsO (Fn. 16), § 135 Rn. 27.

²⁶ *Schücking*, ZIP 1995, 1156, 1158.

²⁷ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG), S. 56.

chen Qualifikation auszugehen.²⁸ Der Umstand, wo eine Regelung ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden hat (Insolvenz- oder Gesellschaftsrecht), ist allein für die Qualifikation nicht ausschlaggebend.²⁹ Allerdings sollen zukünftig die Rechtsprechungsregeln gänzlich abgeschafft werden. Dies lässt sicherlich erhebliche Bedenken an einer zukünftigen gesellschaftsrechtlichen Qualifikation des Eigenkapitalersatzrechts aufkommen.

F. Anwendung deutschen Eigenkapitalersatzrechts auf eine niederländische B.V. als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit

Die Ansicht, Art. 4 EulnsVO (i.V.m. § 39 I Nr. 5 InsO) lasse sich so auslegen, dass das deutsche Eigenkapitalersatzrecht in einem deutschen Insolvenzverfahren über eine ausländische Gesellschaft Anwendung finde, ist europarechtswidrig, da sie einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit nach Artt. 43, 48 EGV darstellt.³⁰ Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Rechtsprechungs- als auch auf die Novellenregeln.³¹

I. Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit

Die Niederlassungsfreiheit umfasst das Recht zur Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten sowie zur Errichtung von Unternehmen und zur Ausübung der Unternehmertätigkeit nach den Bestimmungen, die im Niederlassungsstaat gelten.³²

II. Beschränkung des Schutzbereichs der Niederlassungsfreiheit durch Anwendung deutschen Eigenkapitalersatzrechts auf eine niederländische B.V.

Nach der Rechtsprechung des *EuGH* wird die Niederlassungsfreiheit durch alle Maßnahmen beschränkt, die ihre Ausübung „... unterbinden, behindern oder weniger attraktiv machen...“.³³

Durch die Regelungen zum Eigenkapitalersatzrecht wird der Marktzugang einer Gesellschaft in diesem Sinne beschränkt. Bei der Entscheidung über einen Markteintritt spielen rechtliche Haftungsrisiken naturgemäß eine bedeutende Rolle. Das Bewusstsein, dass im Falle einer Krise weiteres vom Gesellschafter gewährtes Fremdkapital als nachrangig behandelt werden kann und damit eine Sanierung erschwert wird, stellt einen bedeutenden Aspekt bei der Entscheidung über einen Markteintritt dar.³⁴ Im Hinblick auf eine Zweigniederlassung einer nach dem Recht eines Mitgliedstaates gegründeten Gesellschaft stellt der *EuGH* explizit fest, dass eine Regelung, die dazu verpflichtet, die Vorschriften des Niederlassungsstaates über Stammkapital und die Haftung der Geschäftsführer zu beachten, dazu führt, dass die Ausübung der im EGV-Vertrag garantierten Niederlassungsfreiheit behindert wird.³⁵

Im Übrigen könnte sich unabhängig von der Beschränkung der Gesellschaft selbst auch die hinter der Gesellschaft stehende Gesellschafterin auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Denn seit der Entscheidung *Segers*³⁶ steht fest, dass auch mittelbare Belastungen, die nicht die Gesellschaft selbst, sondern die hinter ihr stehenden Personen treffen, in die Niederlassungsfreiheit eingreifen.³⁷

III. Rechtfertigung

Die Beschränkung kann vorliegend nicht gerechtfertigt werden.

Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit ließe sich nach der „*Gebhard-Formel*“ des *EuGH* nur rechtfertigen, wenn (1) nationale Beschränkungen nicht auf eine diskriminierende Weise angewandt werden; (2) diese aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind; (3) diese zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sind; und (4) sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.³⁸

Der *EuGH* hat in seinen drei Grundsatzentscheidungen zur Niederlassungsfreiheit von Scheinauslandsgesellschaften *Überseering*, *Centros* und *Inspire Art* die Bedeutung der Niederlassungsfreiheit betont und klare Anforderungen an die Rechtfertigung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit gestellt.

1. Keine Diskriminierung

Bloße „Behinderungen des Marktzugangs“ stellen keine (offene oder verdeckte) Diskriminierung eines ausländischen Unternehmens dar.³⁹ Dogmatisch scheidet damit im Übrigen eine Rechtfertigung nach Art. 46 EGV aus, da diese Vorschrift allein auf Diskriminierungen Anwendung findet. Ohnehin ist von dem einzig in Betracht kommenden Anknüpfungspunkt der „öffentlichen Ordnung“ der Gläubigerschutz als Zweck des Eigenkapitalersatzrechts nicht erfasst; die „öffentliche Ordnung“ erfasst allein die elementaren unverzicht-

²⁸ Referentenentwurf für ein Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, S. 11; *Knopf/Mock*, GmbHR 2008, R65-R66.

²⁹ *Pannen/Riedemann*, in: *Pannen* (Fn. 12), Art. 4 Rn. 11; *Paulus*, ZIP 2002, 729, 734; *Wienberg/Sommer*, NZI 2005, 353, 356.

³⁰ *Borges*, ZIP 2004, 733, 743; *Eidenmüller*, in: *Eidenmüller* (Fn. 13), § 9 Rn. 44; *Meilicke*, GmbHR 2003, 1271; *Paefgen*, DB 2003, 487, 490; *Schall*, ZIP 2005, 965, 974 f.; *Weller*, IPRax 2003, 207, 208; *Zimmer*, NJW 2003, 3585, 3589; *a.A. Huber*, in: *Lutter* (Fn. 12), S. 185-188; *Forsthoff/Schulz*, in: *Hirte/Bücker* (Fn. 14), Rn. 48-53; *Kindler*, in: *Münch. Komm., BGB* (Fn. 21), IntGesR Rn. 712. Eine weit verbreitete Ansicht der Literatur sieht in der Niederlassungsfreiheit auch eine versteckte Kollisionsnorm; danach ergebe sich die Anwendung der Gründungstheorie unmittelbar aus dem Europarecht (*Leible/Hoffmann*, RIW 2002, 925; *Eidenmüller*, ZIP 2002, 2233; *Paefgen*, EWIR 2003, 571; *Behrens*, IPRax 1999, 323; *ders.*, IPRax 2004, 20; *Drygala* EWIR 2003, 1029).

³¹ *A.A. Huber*, in: *Lutter* (Fn. 12), S. 185; *Forsthoff/Schulz*, in: *Hirte/Bücker* (Fn. 14), § 16 Rn. 41-44.

³² *EuGH*, Rs. C-212/97 – *Centros Ltd/Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Slg. 1999, I-01459, Rn. 19; *EuGH*, Rs. C-208/00 – *Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Slg. 2002, I-09919, Rn. 56.

³³ *EuGH*, Rs. C-19/92 – *Dieter Kraus/Land Baden-Württemberg*, Slg. 1993, I-01663, Rn. 32; *EuGH*, Rs. C-439/99 – *Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Italienische Republik*, Slg. 2002, I-00305, Rn. 22; *EuGH*, Rs. C-79/01 – *Payroll Data Services (Italy) Srl, ADP Europe SA und ADP GSI SA*, Slg. 2002, I-08923, Rn. 26.

³⁴ *Eidenmüller*, in: *Eidenmüller* (Fn. 13), § 9 Rn. 44.

³⁵ *EuGH*, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd* (Fn. 18), Rn. 101.

³⁶ *EuGH*, Rs. C-79/85 – *D. H. M. Segers/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank-en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen*, Slg. 1986, I-02375, Rn. 19.

³⁷ *Rehm*, in: *Eidenmüller* (Fn. 13), § 2 Rn. 69.

³⁸ *EuGH*, *Dieter Kraus/Land Baden-Württemberg* (Fn. 33), Rn. 32; *EuGH*, Rs. C-55/94 – *Gebhard/Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Slg. 1995, I-04165, Rn. 37; *EuGH*, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd* (Fn. 18), Rn. 133.

³⁹ *Müller-Graff*, in: *Streinz*, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 2003, Art. 43 EGV Rn. 42; *Bröhmer*, in: *Calliess/Rufert*, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union und Europäische Grundrechtscharta, Kommentar², 2007, Art. 43 EGV Rn. 20.

baren Grundregeln, die im Grundinteresse der zivilen und politischen Struktur der Gesellschaft erlassen wurden.⁴⁰

2. Zwingender Grund des Allgemeininteresses

Als einziger europarechtlich anerkannter *geeigneter, zwingender Grund des Allgemeininteresses*, der eine Beschränkung rechtfertigen könnte, kommt insofern der Gläubigerschutz – dem das Eigenkapitalersatzrecht letztlich dient – in Betracht.⁴¹

3. Geeignetheit und Erforderlichkeit

Voraussetzung ist dann jedoch, dass die Beschränkung – hier also die Anwendbarkeit des deutschen Eigenkapitalersatzrechts auf ausländische Gesellschaften – erforderlich ist, um diese Gläubigerinteressen zu schützen. Die Prüfung der Erforderlichkeit durch den *EuGH* entspricht dabei – in dogmatischer Hinsicht – grundsätzlich der zweiten (Erforderlichkeit im engeren Sinne) und dritten Stufe (Verhältnismäßigkeit bzw. Angemessenheit) der deutschen Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁴²

a) Keine Erforderlichkeit der Anwendbarkeit deutschen Eigenkapitalersatzrechts auf Grund Gläubigerschutzes nach niederländischem Recht

Die Erforderlichkeit entfällt nach dem *EuGH* bereits dann, wenn das verfolgte Ziel – hier der Gläubigerschutz – *überhaupt* auf andere Weise als durch die Anwendbarkeit einer der ausländischen Gesellschaft „fremden“ nationalen Regelung erreicht werden kann. Es genügt, wenn eine Gesellschaft nach ihrem nationalen Recht überhaupt Gläubigerschutzvorschriften vorsieht. Nicht nötig ist, dass Umfang und Intensität der Regelung, die den Gläubigerschutz nach dem Gründungsstaat gewährt, demjenigen gleichwertig ist, in dem die Gesellschaft tätig ist.⁴³

Innerhalb Europas gewährt bereits jedes anwendbare Gründungsrecht in seiner Gesamtheit grundsätzlich adäquaten Gläubigerschutz, in der Regel durch ein Zusammenspiel zwischen Kapitalisierungsvorschriften, (Außen-)Haftung der Geschäftsführer und Gesellschafterhaftung.⁴⁴ Wenn sich die finanzielle Absicherung der ausländischen Gesellschaft auf einem ähnlich hohen Niveau abspielt wie bei einer deutschen GmbH, besteht jedenfalls kein Bedürfnis für eine Anwendung deutschen Eigenkapitalersatzrechts zum Gläubigerschutz.⁴⁵ Dies ist für die Niederlande zu bejahen,⁴⁶ und damit für die in Rede stehende B.V. Die niederländische B.V. kennt eine Handelndenhaftung vor Gründung, Regelungen zum Mindestkapital und zur Kapitalerhaltung sowie zur Haftung von Geschäftsführern u.a. im Zusammenhang mit Rechts-handlungen vor Einzahlung des Mindeststamm- bzw. Grundkapitals.⁴⁷

b) Keine Erforderlichkeit der Anwendbarkeit deutschen Eigenkapitalersatzrechts auf Grund des Informationsmodells des *EuGH*

Ein besonderer Schutz potenzieller Gläubiger einer Gesellschaft ist nach dem *EuGH* dann nicht *erforderlich*, wenn diese sich bereits selbst schützen können, wenn sie sich also beispielsweise auf Grund des Auftretens der Gesellschaft – im Fall *Inspire Art* führte die Gesellschaft einen entsprechenden Hinweis im Namen („*Inspire Art Ltd.*“) – ausreichend informieren können, dass die jeweiligen Gründungs- und Kapitali-

sierungsvorschriften Anwendung finden.⁴⁸ Dieses sog. Informationsmodell ist einer der tragenden Gründe der *EuGH*-Entscheidung *Inspire Art*. Durch die Rechtsformbezeichnung „B.V.“ wird zwanglos für eine dritte Person klar, dass auch die Haftungsvorschriften einer B.V. Anwendung finden. Es ist jedem potentiellen Gläubiger in Europa zumutbar, sich über die Rechtsform seines Vertragspartners zu informieren. Auch im innerdeutschen Rechtsverkehr erwartet man im Übrigen vom Kontrahierenden, dass er sich bewusst ist, welche Rechtsfolgen aus dem Vertragsschluss mit unterschiedlichen Gesellschaftsformen resultieren.

Auf dieser Argumentation zum Informationsmodell aufbauend hat der *EuGH* bereits explizit festgestellt, dass sogar ein Mindestkapital einer „ausländischen“ Gesellschaft für den Schutz „inländischer“ Gläubiger nicht erforderlich ist.⁴⁹ Folgerichtig muss das Gleiche dann aber auch für die Vorschriften über die Erhaltung des satzungsmäßig festgelegten Mindestkapitals gelten.⁵⁰

In eine ähnliche Richtung geht das Urteil des BGH zur mangelnden analogen Anwendbarkeit der Haftungsvorschrift des § 11 II GmbHG auf den Geschäftsführer einer Schein-auslandsgesellschaft. Hier führt er aus, dass bei einer Unvereinbarkeit der Mindestkapitalvorschriften mit der Niederlassungsfreiheit zwangsläufig dasselbe für die an einen Verstoß gegen diese Mindestkapitalvorschriften anknüpfenden „Sanktionen“ gelten muss.⁵¹

c) Keine Erforderlichkeit der Anwendbarkeit deutschen Eigenkapitalersatzrechts auf Grund Gläubigerabsicherung durch mildere Mittel

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass es an der *Erforderlichkeit* fehlt, wenn mildere Mittel zur Erreichung des Zwecks – hier also des Gläubigerschutzes – zur Verfügung stehen. Der *EuGH* ist der Ansicht, dass sich Gläubiger insbesondere Sicherheiten als milderes Mittel zur Anwendbarkeit nationaler Regelungen – hier des deutschen Eigenkapitalersatzrechts – auf ausländische Gesellschaften einräumen lassen könnten.⁵² Denkbar wäre auch, dass sich Gläubiger gegen eventuelle Risiken entsprechend versichern.

d) Keine missbräuchliche Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit

Eine missbräuchliche Ausnutzung der Niederlassungsfreiheit bei Anwendung allein des Gründungsrechts droht im Übrigen

⁴⁰ Müller-Graff, in: Streinz (Fn. 39), Art. 46 EGV Rn. 8.

⁴¹ *EuGH*, *Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* (Fn. 32), Rn. 92.

⁴² *Eidenmüller*, in: *Eidenmüller* (Fn. 13), § 3 Rn. 30 m.w.N.

⁴³ I.d.S. *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 173.

⁴⁴ *Ziemons*, ZIP 2003, 1913, 1916.

⁴⁵ *Geyrhalter/Gänßler*, NZG 2003, 409, 412.

⁴⁶ *Geyrhalter/Gänßler*, NZG 2003, 409, 412.

⁴⁷ Vgl. u.a. *Spahlinger/Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, 2005, Rn. 1386; *Kocks/Hennes*, in: Süß/Wachter (Hrsg.), Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 2006, Niederlande, D. Rn. 68-112.

⁴⁸ *EuGH*, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd* (Fn. 18), Rn. 135; *EuGH*, *Centros Ltd/Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* (Fn. 32), Rn. 36.

⁴⁹ *EuGH*, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd* (Fn. 18), Rn. 135.

⁵⁰ *Eidenmüller/Rehm*, ZGR 2004, 159, 181.

⁵¹ BGH ZInsO 2005, 541, 542.

⁵² *EuGH*, *Centros Ltd/Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* (Fn. 32), Rn. 37.

nicht, da jeder Mitgliedstaat zur Regelung befugt bleibt.⁵³ Der *EuGH* hat sogar explizit festgestellt, dass selbst die Tatsache, dass eine Gesellschaft nach ausländischem Recht gegründet wurde, um das als strenger angesehenere inländische Recht zu umgehen, nicht dazu führen kann, dass einer Gesellschaft die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit zu versagen ist.⁵⁴ Erst recht ist es einer Gesellschaft dann – wie vorliegend – erlaubt, sich ohne diesen Umgehungshintergrund in einem ausländischen Mitgliedstaat niederzulassen und dabei in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht allein an sein Gründungsrecht gebunden zu sein.

Nach allem ist davon auszugehen, dass spätestens seit der Entscheidung *Inspire Art* Gesellschaften aus Mitgliedstaaten – hier eine B.V. – nicht an Eigenkapitalersatzregeln eines Zugestaates – hier Deutschland – gemessen werden können.

G. Fazit

Der besprochene Fall zeigt exemplarisch, dass es nicht möglich ist, deutsches Eigenkapitalersatzrecht auf im europäischen Ausland gegründete Gesellschaften, über deren Vermögen in Deutschland ein Insolvenzverfahren eröffnet wird, anzuwenden. ■

⁵³ EuGH, *Centros Ltd/Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* (Fn. 32), Rn. 24, 38; EuGH, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam/Inspire Art Ltd* (Fn. 18), Rn. 136.

⁵⁴ EuGH, *Centros Ltd/Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* (Fn. 32), Rn. 17.

International

Dr. Friedrich Wenzel Bulst, LL.M. (Yale), Brussels*

Of Arms and Armour

– The European Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of EC Antitrust Law –

A. Introduction

On 2 April 2008 the European Commission published a White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules (WP)¹ and an accompanying Commission Staff Working Paper (SWP).² This article summarises and analyses both documents,³ focusing on the SWP as the far more detailed of the two, containing the reasoning for the Commission's suggestions.⁴

After a brief survey of important developments preceding the publication of the WP as well as its main objectives and issues covered (section B.), each of these issues will be addressed in turn (sections C. to H.). Space permits only a selective appraisal of these partly rather complex issues. Section I. offers an outlook on potential future developments.

B. The White Paper: objectives, background and overview

I. Objectives

The WP's primary objective is to improve the legal conditions for victims of violations of the EC antitrust rules to exercise their right under the EC Treaty to reparation of all damage suffered as a result of such a violation. According to the WP, despite the Member States' duty to establish an effective legal framework to enforce the private right to damages and recent signs of improvement in certain Member States,⁵ at present, victims of EC antitrust infringements only rarely obtain reparation of the harm suffered. The amount of compensation that these victims are forgoing is estimated at several billion euros a year.⁶ The Commission states that full compensation is the guiding principle of the WP, but notes that improving compensatory justice inherently also produces

beneficial effects in terms of deterrence of future infringements of the EC antitrust rules, namely Articles 81, 82 EC.⁷ The Commission concludes that the current ineffectiveness of antitrust damages actions is best addressed by a combination of measures at both Community and national levels, in order to achieve an effective minimum protection of the victims' right to damages, a more level playing field and greater legal certainty across the EU.⁸ The WP contains a number of suggestions on how to design the arms and armour that ought to be available to litigants in private antitrust actions.

* European Commission, Directorate General Competition; Information, Communication and Media Directorate. The views expressed are strictly personal and not necessarily those of the Commission. The author wishes to thank *Dr. Rainer Becker* for valuable comments on an earlier draft of this article.

¹ COM(2008) 165 final, available at <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>. All websites cited in this article were last visited on 31 May 2008. The WP is accompanied by an Impact Assessment Report (Staff Working Document) (SEC(2008) 405) and an Executive Summary thereof (SEC(2008) 406) (IAR), both available on the same website as the WP.

² SEC(2008) 404, also available at the website cited in fn. 1.

³ Both documents will be referred to collectively as "the WP" in the main text, unless the distinction matters in which case it will be clarified which of the documents a particular passage relates to.

⁴ The practice of publishing both a white (or green) paper and a staff working paper, which contains a far more detailed treatment of the subject matter, is due to the Commission's limited resources for translations. Staff working documents, unlike white and green papers, do not have to be translated into all official languages.

⁵ For a comprehensive overview over the relevant national legal frameworks cf. *Möllers/Heinemann*, *The Enforcement of Competition Law in Europe*, 2007, 387-663.

⁶ IAR, par. 40-46.

⁷ WP, 3; cf. also SWP, par. 320.

⁸ WP, 2.

II. Background and overview

The stage for the process leading to the WP was set by the decision of the European Court of Justice (ECJ) in *Courage*, according to which “the full effectiveness of Article 85 [now 81] of the Treaty and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in Article 85(1) would be put at risk if it were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to restrict or distort competition.”⁹ This position was subsequently confirmed in *Manfredi*.¹⁰

In the wake of *Courage*, private enforcement has become one of the most widely debated¹¹ topics in European antitrust law, and its practical significance has increased significantly in the past years. To date, this increase is primarily due to follow-on actions, i.e. civil actions brought after a competition authority has found an infringement, as opposed to “stand-alone actions”, i.e. private actions brought independently of any administrative infringement decision. Ongoing private litigation regarding infringements of Articles 81, 82 EC is not limited to Member States’ courts. The US District Court for the Eastern District of New York is currently invited by European plaintiffs in *In re Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation* to award damages for the defendants’ alleged violations of Article 81 EC.¹²

The WP was preceded by a Green Paper (GP) which addressed a number of obstacles to actions for damages. For most of them, the GP asked whether there should be a specific rule to remedy them and, if so, what such a rule should look like. It then proposed several options for such rules.¹³ A public consultation on the GP provoked controversial reactions. While some commentators responded very positively, others feared the introduction of what has become known as “American litigation culture”.¹⁴ While the GP contemplated the introduction of measures that were clearly aimed at deterrence rather than compensation only, the WP seems to have abandoned deterrence as a primary objective. It is primarily concerned with the effective protection of private rights to ensure compensation. Whether the ECJ’s focus in *Courage* and *Manfredi*¹⁵ was on effective private enforcement or rather on compensation (only) is subject to some debate.¹⁶

The WP draws on the comments received on the GP¹⁷ and suggests, at varying levels of detail, measures regarding indirect purchaser standing, collective redress, access to evidence, binding effect of administrative decisions, fault as a prerequisite to civil liability, definition and quantification of damages, the passing-on of overcharges, limitation periods, costs of actions and the interaction between leniency programmes and damages actions. The question of the applicable law, which had been addressed in the GP, had been resolved in the meantime by the Rome II Regulation.¹⁸ Where applicable, the Commission summarizes the *acquis communautaire* already achieved with respect to an individual issue.¹⁹

C. Who can recover?

The WP and the SWP address two issues under the heading of “standing”, namely the standing of indirect purchasers and measures regarding collective redress. The following section will provide a survey of potential plaintiffs in private antitrust damages litigation, including indirect purchasers, while collective redress will be addressed in section F.I. below.

For the purposes of this article, “direct purchasers” are those purchasers of the relevant²⁰ good who are in a contractual relationship²¹ with the infringer. “Indirect purchasers” are all purchasers but the direct purchaser. This group consists of intermediate and final purchasers (with the said exception of the direct purchaser). Final purchasers who are direct purchasers will simply be referred to as final purchasers.²²

I. Typical plaintiffs

One of the first issues a court hearing an antitrust damages case must consider is the question of who is entitled to claim damages. As far as direct purchasers, direct sellers²³ and competitors are concerned, it is hardly controversial that they are entitled to compensation if harmed. The discussion on standing has so far focussed on indirect purchasers, whose standing is closely related to the passing-on problem.²⁴ A de-

⁹ ECJ 20.9.2001, C-453/99 – *Courage*, ECR 2001, I-6297, par. 26. On *Courage* cf. *Konninos*, CMLRev 2002, 447; *Reich*, CMLRev 2005, 35 and *Bulst*, Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht, 2006, 194-226.

¹⁰ ECJ 13.07.2006, Joined Cases C-295/04, C-296/04, C-297/04, 298/04 – *Manfredi*, ECR 2006, I-6619, par. 60. On *Manfredi* cf. *Afferni*, ERCL 2007, 179 and *Bulst*, ZEuP 2008, 178.

¹¹ Cf. e.g. the British Office of Fair Trading’s OFT consultation on private actions in competition law at <http://www.of.gov.uk/news/press/2007/63-07>; *Wils*, World Competition 2003, 473; *Jones*, World Competition 2004, 13.

¹² Cf. http://www.jpml.uscourts.gov/Docket_Info/Antitrust/MDL-1775/mdl-1775.html.

¹³ COM(2005) 672 final, also accompanied by a Commission Staff Working Paper (SEC(2005) 1732), both available at <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>.

¹⁴ Cf. *Bulst* (n. 10), 184-185, 194-195. Note that the rules governing private enforcement in the US have recently been reviewed, cf. Antitrust Modernization Commission (AMC), Report and Recommendations, April 2007, available at http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm.

¹⁵ Cf. also ECJ 17.9.2002, C-253/00 – *Muñoz*, ECR 2002, I-7289, par. 30.

¹⁶ Contrast *Drexel*, Zur Schadensersatzberechtigung unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer im europäisierten Kartelldeliktsrecht, in: *Heldrich et al. (ed.)*, Festschrift Canaris, 2007, 1339 and *Bulst* (n. 9), 214-227, 307 (both: prevention of future infringements) with *Nebbia*, E.L. Rev. 2008, 23 (compensation).

¹⁷ Published at http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/green_paper_comments.html.

¹⁸ Cf. Recitals 22, 23 and Article 6(3) of Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (“Rome II”), OJ of 31.7.2007, L 199/40. On applicable law and jurisdiction cf. *Basedow*, Jurisdiction and Choice of Law in the Private Enforcement of EC Competition Law, *idem (ed.)*, Private Enforcement of EC Competition Law, 2007, 229.

¹⁹ *Konninos*, Concurrences, 2/2008, 84, par. 5 is correct to point out the importance of this exercise also in case the WP is not succeeded by legislative action.

²⁰ I.e. affected by the infringement in question.

²¹ Contractual relationship refers to sales and similar contracts involving price determinations. This qualification may be of some practical relevance as illustrated by *In re Microsoft Corp. Antitrust Litigation*, 127 F. Supp. 2d 702, 709 (D.Md. 2001) (with further references to similar cases). Plaintiffs in this case were final purchasers of client PCs on which the defendant’s operating system, the product in question, was pre-installed. Even though the plaintiffs had not bought the PCs from the defendant, they argued (without success) that they were direct purchasers of the operating system, as they had entered into an end user licence agreement with the defendant.

²² The situation of a market participant who modifies the relevant good (intermediate or final purchaser?) will be addressed in section D.I.3.c) below.

²³ E.g. sellers to purchasing cartels or to a dominant undertaking committing a price abuse by paying too little.

²⁴ Cf. section D.III.D.II. below.

fendant relies on the passing-on defence when he argues that a purchaser has not absorbed the overcharged himself but rather passed it on, in total or in part, to the next level of the distribution chain. An indirect purchaser may in turn rely on the occurrence of passing-on to argue that he has been harmed by an infringement (offensive use of passing-on).

II. Indirect purchaser standing

The WP and SWP succinctly summarize the *acquis communautaire* with respect to indirect purchaser standing on the basis of the ECJ's judgments in *Courage*²⁵ and *Manfredi*²⁶ as follows: "Any individual can claim compensation for the harm suffered where there is a causal relationship between that harm and an infringement of Article 81 or 82 EC. This principle also applies to indirect purchasers."²⁷

There is indeed little to be added. The ECJ's formulation "any individual" is irreconcilable with *a priori* denying "standing" to groups of persons harmed by an infringement. However, standard rules of causation²⁸ including any proximity requirements do, of course, apply and may make it difficult for certain groups to succeed.²⁹

The ECJ's position is to be welcomed. It avoids the injustice of leaving uncompensated those who tend to be (among)³⁰ the true victims of antitrust violations. The US Supreme Court's attempt in *Illinois Brick* to resolve the passing-on problem³¹ by denying indirect purchasers standing has failed. The US Courts of Appeal have consistently sought ways to circumvent *Illinois Brick*.³² Consequently, the meaning of the term "indirect purchaser" is far from clear in US law even though it is of decisive importance for the success or failure of many damages claims brought under federal law. The seemingly hard and fast rule adopted by the US Supreme Court in *Illinois Brick* has hence become a source of considerable legal uncertainty.³³ The US Antitrust Modernization Commission (AMC) has recently recommended abandoning the *Illinois Brick* rule and granting indirect purchasers standing under federal law.³⁴

III. Further potential plaintiffs

There are, however, potential candidates for standing beyond the aforementioned groups. US and other courts have been confronted more than once with claims brought by purchasers of competitors of cartel members, so-called "umbrella plaintiffs", who argue that their trading partner's prices were artificially inflated due to the price umbrella created by the cartel.³⁵ Non-purchasers have also found their way to the courthouse in the US, claiming that they would have bought from an infringer had his price not been illegally inflated.³⁶ Indirect sellers, i.e. suppliers of suppliers to a purchasing cartel, have equally brought damages claims.³⁷

The SWP does not address these groups. As no general restrictions on standing ought to apply, the causation requirement will be one of the main hurdles to clear for such plaintiffs in European jurisdictions.³⁸

D. What can be recovered?

The question of how much plaintiffs can recover is addressed in two separate sections of the WP, dealing with damages (sections I. and II. below) and passing-on overcharges (section III. below).³⁹ In the sections on damages, the Commis-

sion differentiates between the definition of damages and their calculation.

I. Definition of damages

1. *Acquis communautaire*

The WP summarizes the *acquis communautaire* regarding recoverable antitrust damages, on the basis in particular of the *Manfredi* judgment and its interpretation of the principles of effectiveness and equivalence. Firstly, victims of an EC competition law infringement are entitled:

- to full compensation of the harm caused, namely of "actual loss" (*damnum emergens*) and of loss of profit (*lucrum cessans*), plus interest from the time the damage occurred until the capital sum awarded is actually paid.⁴⁰

- to particular damages, such as exemplary and punitive damages, if and to the extent to which such damages may be awarded pursuant to actions based on violations of national competition law.⁴¹ Note that national rules regarding the unjust enrichment of plaintiffs are likely to lose some of their significance if the passing-on defence is explicitly allowed as suggested by the WP.⁴²

²⁵ *Courage* (n. 9), par. 26.

²⁶ *Manfredi* (n. 10), par. 60.

²⁷ SWP, par. 37, cf. WP, 4.

²⁸ I.e., in the absence of Community law rules, national law subject to the principles of equivalence and effectiveness, cf. section E.I. below.

²⁹ Cf. section C.III. below.

³⁰ Cf. *Bulst*, EBOR 2006, 725, 734 for a brief overview over economic literature assessing whether or not final consumers tend to be the main victims of most antitrust violations and section D.III.2.b)aa) below.

³¹ Cf. section D.III. below.

³² *Bulst* (n. 9), 71-97 with extensive references.

³³ *Bulst* (n. 9), 97. Cf. in particular cases such as *McCarthy v. Recordex Service, Inc.*, 80 F.3d 842 (3d Cir. 1996), cert. denied, 519 U.S. 825 (1996) and *Campos v. Ticketmaster*, 140 F.3d 1166 (8th Cir. 1998), cert. denied, 525 U.S. 1102 (1999), discussed at length in *Bulst* (n. 9), 89-94.

³⁴ Antitrust Modernization Commission, Report and Recommendations, April 2007, 267, available at http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm.

³⁵ Cf. *Mid-West Paper Products Co. v. Continental Group*, 596 F.2d 573, 583 (3d Cir. 1979); *U.S. Gypsum Co. v. Indiana Gas Co., Inc.*, 350 F.3d 623, 627 (7th Cir. 2003); *Loeb Industries, Inc. v. Sumitomo Corp.*, 306 F.3d 469, 480 (7th Cir. 2002); *Arizona Dairy Products Litigation*, 627 F. Supp. 233 (D.Ariz. 1985); Oberlandesgericht Düsseldorf 14.5.2008, CDC, 14 (nry).

³⁶ Cf. *Montreal Trading v. AMAX, Inc.*, 661 F.2d 864, 867 (10th Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 1001 (1982). Note that non-purchasers, at least in theory, are not in a fundamentally different position from purchasers who claim damages for an illegal overcharge on goods purchased plus loss of profits for goods not purchased due to the supra-competitive price level (cf. in detail section D.I.3.b) below). The latter head of damages corresponds to what non-purchasers tend to claim.

³⁷ Cf. *Zinser v. Continental Grain Co.*, 660 F.2d 754, 760 (10th Cir. 1981), cert. denied, 455 U.S. 941 (1982); *Beef Industry Antitrust Litigation*, 600 F.2d 1148, 1156 (5th Cir. 1979), cert. denied, 449 U.S. 905 (1980); *Amarel v. Connel*, 1986-2 Trade Cas., 67,233 (N.D.Cal. 1986); *Amarel v. Connel*, 102 F.3d 1494, 1507 (9th Cir. 1996).

³⁸ Cf. *Bulst* (n. 9), 252-261. Umbrella plaintiffs for instance may not be able to establish sufficient proximity between their harm and the infringement given that independent pricing decisions by competitors of the infringer(s) may be regarded as intervening causes breaking the chain of causation.

³⁹ WP, 7-8; SWP, par. 180-225.

⁴⁰ WP, 7; SWP, par. 187. Cf. *Manfredi* (n. 10), par. 96-97 with reference to its case law on member state liability.

⁴¹ SWP, par. 190. Cf. *Manfredi* (n. 10), par. 93 with reference to its case law on member state liability.

⁴² Cf. section D.III. below.

Secondly, in the absence of Community law, Member States may ensure that the protection of the right to damages for loss caused by a competition law infringement does not entail the unjust enrichment of the victims.⁴³ Thirdly, Member States may not *a priori* fix an upper limit on the amount of compensation.⁴⁴ The Commission suggests that this *acquis communautaire* should be codified as a minimum standard for reasons of legal certainty and to raise awareness amongst potential infringers and victims.⁴⁵

2. Punitive damages

The idea of introducing punitive damages, contemplated as one possible option in the GP (in the form of double damages), is not pursued in the WP.⁴⁶ The exclusion of certain controversial instruments from the WP may increase the chances of reaching political agreement on those measures that it does recommend.

3. Types of damage

The differentiation between *damnum emergens* and *lucrum cessans* referred to by the ECJ does not yet capture the full complexity of damages in the antitrust context. Antitrust torts differ in an important respect from many “ordinary” torts. An “ordinary” tort law claim usually originates from a situation in which a person notices that he has suffered damages. He must identify the person responsible and find out whether that person engaged in an activity triggering civil liability. Furthermore, a causal link between that behaviour and the damage must be shown, possibly also fault. As far as antitrust infringements and cartels in particular are concerned, however, the genesis of a tort law claim is often reversed. In the antitrust context, at the outset there is frequently the discovery of an illegal act rather than of damages suffered. One does therefore not have to look further for the illegal act or omission and its perpetrator, but rather for the consequences of an act and for its victims, which ultimately leads to the challenge of attributing damages to the various (potentially) affected market participants.

These market participants primarily include competitors and purchasers.

a) Competitors and final purchasers

Competitors will usually sue for loss of profits.

Final purchasers will generally sue for the overcharge, i.e. for the difference between the (hypothetical) market price they would have paid but for the violation and the price they actually did pay. Their damage may furthermore entail the loss of enjoyment of units not purchased due to the output reduction (“dead weight loss”).⁴⁷ According to economic theory, antitrust infringements such as price fixing or monopolisation leading to supra-competitive prices generate a dead weight loss, as a sub-optimal⁴⁸ number of units of the good in question is produced.⁴⁹ This dead weight loss at the final purchaser level⁵⁰ will be disregarded for the purposes of this article as it was in the WP, given the reluctance of many European legal orders to provide full compensation for “loss of enjoyment” (“non-material damage”) outside certain narrow categories.⁵¹

The situation is slightly more complex with respect to direct purchasers who are not final purchasers and (other) intermediate purchasers.

b) Direct purchasers and (other) intermediate purchasers

For direct purchasers and intermediate purchasers further down the distribution chain, there are at least three alternative possibilities of delineating damage suffered, namely the overcharge paid on units purchased; this overcharge plus profits lost on units not purchased (and consequently not sold to purchasers further down the chain), or total lost profits.⁵² The last alternative refers to the difference between the profits the purchaser would have generated with the good⁵³ in question but for the infringement and the profits he actually did generate with it.

This last alternative presupposes that passing-on by the claimant is taken into account. The difference between the second and the third alternative, apart from the passing-on point, is that the latter takes two positions into account that the former ignores: the fraction of fixed costs attributable to those units of the relevant good that are not purchased due to the rise in price, which is not passed on, as well as economics of scale effects.⁵⁴

These considerations show that the answer to the question which type of damage intermediate purchases may recover depends on the solution of the passing-on problem, which will be addressed in section III. below.

c) Special final purchasers

Describing the damages of those purchasers who modify the good in question and sell it or whose fixed costs are affected by the infringement (no matter whether it relates to a service or a good) gives rise to the same difficulties as in the case of intermediate purchasers.⁵⁵

II. Calculation of damages

The calculation of damages in antitrust cases can be a very complex matter.⁵⁶ In practice it is often impossible to quantify the damage suffered exactly as there are just too many unknown variables, beginning with the hypothetical market price but for the violation. It is therefore generally accepted that courts may and must work with estimates, just as they

⁴³ SWP, par. 192. Cf. *Manfredi* (n. 10), par. 94.

⁴⁴ SWP, par. 196. Cf. ECJ 2.8.1993, C-271/91 – *Marshall II*, ECR 1993, I-4367, par. 30.

⁴⁵ WP, 7; SWP, par. 194.

⁴⁶ Cf., however, SWP, par. 194-195.

⁴⁷ Cf. the reference to non-purchaser claims in section C.I. above.

⁴⁸ The optimal level may be difficult to ascertain in practice, cf. *Bulst* (n. 9), 280.

⁴⁹ Cf. already *Adam Smith*, *The Wealth of Nations*, chapter VII, par. 26: “The monopolists, by keeping the market constantly understocked, by never fully supplying the effectual demand, sell their commodities much above the natural price, and raise their emoluments, whether they consist in wages or profit, greatly above their natural rate.”

⁵⁰ At intermediate purchaser level, the consequences of the dead weight loss are generally reflected by measuring loss of profits.

⁵¹ Cf. e.g. *Deutsch*, *Allgemeines Haftungsrecht*, 1996², 562-563.

⁵² Cf. in more detail, *Bulst* (n. 9), 286-290.

⁵³ These considerations apply *mutatis mutandis* to services.

⁵⁴ For a formal representation, cf. *Bulst* (n. 9), 288-290.

⁵⁵ Cf. *Bulst* (n. 30), 743 and *Bulst* (n. 9), 252-259 on whether purchasers of such “special purchasers” can generally show a sufficiently direct causal link.

⁵⁶ For a recent attempt to make it more practical cf. *Boone/Müller*, *The distribution of harm in price-fixing cases*, 2008 (manuscript on file with the author).

sometimes do in other areas as well. The Commission intends to provide pragmatic, non-binding assistance regarding the quantification of antitrust damages for the benefit of national courts and litigants.⁵⁷ Such assistance may make economic models more accessible and understandable and include simplified rules of estimation based on economic theory, such as a recommendation to rely on the average overcharge in price-fixing cases.⁵⁸

The cost of economic precision may be higher than justifiable.⁵⁹ Adequate approaches to estimating damages are key for manageable, effective, efficient and fair private antitrust litigation. Damage estimates must not be speculative nor must standards be too strict to jeopardize the effective enforcement of the right to compensation.

III. The passing-on problem

Passing-on is arguably the central problem of private antitrust enforcement.⁶⁰ It has already become apparent that passing-on becomes an issue in two different guises, firstly as a standing problem (offensive use of the passing-on argument, cf. C.II. above.) and secondly as a problem of allocating damages (passing-on defence).

The way the passing-on problem is resolved (if it is resolved at all) says much about whether a legal system's focus is on deterrence, which – in this context – means ensuring that the defendant does not keep his illicit gains,⁶¹ or on compensation of harmed market participants: The more a system favours direct purchaser suits, the more it is likely to be primarily concerned with deterrence (or in fact enforcement efficiency) rather than with compensation. Conversely, the more it addresses indirect purchaser concerns, the more it focuses on furthering compensation. Note that rendering both direct and indirect purchaser claims effective may under certain circumstances create a risk of multiple liability for the same damage⁶² (and windfall profits for a claimant). This has led many commentators to concentrate their search for an adequate solution of the passing-on problem on the avoidance of multiple liability rather than on full and effective compensation.⁶³

1. The Commission's suggestions

In the WP, the Commission suggests allowing an antitrust defendant to rely on the passing-on defence against a claim for compensation of the overcharge brought by a claimant who is not a final consumer (in which case the problem of passing-on, by definition, does not arise). According to the Commission, the burden of proving the passing-on of the overcharge would have to lie with the defendant while the standard of proof he would have to meet should not be lower than the standard of proof for the damage incurred by the claimant.⁶⁴ An indirect purchaser should be allowed to rely on the rebuttable presumption that the illegal overcharge was passed on down to his level in its entirety.⁶⁵

The Commission argues that the principle of full compensation does not warrant a damages award for an overcharge, or a part thereof, that was actually passed on. If the passing-on defence were not allowed, unjust enrichment of the claimant and multiple liability for the overcharge could be the consequence.⁶⁶ The burden of proof would be on the defendant, as the passing-on defence is qualified as a means of defence re-

garding the claimant's allegation and calculation of the harm suffered.⁶⁷

The Commission justifies the presumption of passing-on at the indirect purchaser level by the following considerations: Bringing sufficient evidence of whether and if so, by how much, the overcharge was passed on through the distribution chain is considered equally difficult for both the defendant and for a claimant who is not a direct purchaser. Whoever bears the burden of proof may therefore not be able to discharge it and risks negative consequences. If the burden cannot be met by the claimant, there may be a lack of compensation of the claimant and unjust enrichment of the defendant,⁶⁸ while the inability of the defendant to meet a burden of proof imposed on him may lead to multiple liability of the defendant and unjust enrichment of a claimant.⁶⁹

The Commission considers the unjust enrichment of the defendant to be more likely than the possibility of multiple liability and therefore proposes to ease the claimant's burden. According to the WP, three conditions would have to be fulfilled for multiple liability to arise:

- the defendant is sued for the same part of the overcharge by both direct and other purchasers;
- the defendant cannot successfully invoke the passing-on defence;
- and the court does not offset damages already paid or awarded to another claimant.

A scenario where the overcharge is passed on to the claimant who cannot bring sufficient evidence of the passing-on and its extent is considered more likely. According to the Commission, even if the likelihood of non-compensation and of multiple liability were comparable, it could be justified that the infringer rather than the victim bears the burden of risk. It is considered more equitable that, once a claimant has demonstrated that there has been an infringement and an overcharge, the infringer bears the risk (of not being able to discharge a burden of proof) flowing from the violation rather than his victim.⁷⁰

According to the WP, the defendant may rebut the presumption of passing-on by producing a prior judgment ordering

⁵⁷ WP, 7; SWP, par. 198-200.

⁵⁸ SWP, par. 200. For further suggestions along those lines cf. *Bulst* (n. 9), 304-331.

⁵⁹ Cf. *Gavil*, Thinking Outside the Illinois Brick Box: A Proposal for Reform, 76 *Antitrust L.J.* __ (forthcoming 2008).

⁶⁰ Cf. e.g. *Basedow*, Die Durchsetzung des Kartellrechts im Zivilverfahren, in: *Baudenbacher* (ed.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, 2006, 353, 366; *Flume*, *WuW* 1956, 460, 464.

⁶¹ Which alone may not be sufficient to generate a deterrent effect, cf. e.g. *Bentham*, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789 (1982), 166 (Chapter XIV, Rule 1): "The value of the punishment must not be less in any case than what is sufficient to outweigh that of the profit of the offence."

⁶² Cf. section D.III.2.b)ee) below.

⁶³ Cf. the overview over the solutions suggested so far in *Bulst* (n. 9), 331-342.

⁶⁴ WP, 8; SWP, par. 214.

⁶⁵ WP, 8; SWP, par. 220.

⁶⁶ WP, 7-8; SWP, par. 209-210.

⁶⁷ SWP, par. 213. Cf. also n. 140 on this point.

⁶⁸ To the extent that the illegal profit is not skimmed off by a competition authority, cf. SWP, n. 110.

⁶⁹ SWP, par. 217.

⁷⁰ SWP, par. 218.

him to compensate a purchaser upstream of the claimant for the overcharge he suffered.⁷¹

The Commission finally encourages national courts, in case of joint, parallel or consecutive actions brought by purchasers at different levels of the distribution chain, to use whatever mechanism is at their disposal under national or Community law to avoid under- or over-compensation of the harm caused by an infringement.⁷²

2. Analysis

The passing-on problem is a complex one for which there is no perfect solution unless, perhaps, all purchaser suits could be dealt with within one single set of proceedings – which is (at least to date) practically impossible for various reasons and has its own disadvantages, such as the “torpedo risk”.⁷³ The Commission’s suggestion laudably does not take the avoidance of multiple liability as a starting point. Instead, it focuses on achieving full compensation. It does seem just that the infringer, who has caused the damage that is so difficult to measure, should bear the consequences of this complexity rather than the victims of his infringement⁷⁴ – provided that no excessive liability is inflicted on him.

The Commission’s suggestion also has the major advantage of relieving the notoriously difficult distinction between indirect and direct purchasers⁷⁵ of its significance.

a) *Armour: The availability of the passing-on defence*

Under the WP, direct purchasers would be entitled to claim the overcharge plus profits lost on units not purchased, which corresponds to the second of the three possible solutions identified in section D.I.3.b) above.

aa) *Potential drawbacks*

Allowing the passing-on defence against direct purchasers may, however, make their right of action less effective. As discussed in section F.II. below, the WP recommends the introduction of instruments of access to evidence. Such instruments are available to plaintiffs and defendants alike. If the defendant bears the burden of proof regarding the passing-on of an overcharge, he is likely to have a legitimate interest in requesting access to the direct purchaser plaintiff’s pricing information, namely the development of the latter’s mark-ups over time.⁷⁶ The duty to reveal this kind of data to his supplier may seriously prejudice the position of a direct purchaser in future price negotiations with that supplier and can hence constitute a considerable disincentive to bringing an action for compensation. Should the passing-on defence be allowed, it will therefore be of utmost importance to put mechanisms in place that prevent such an outcome, i.e. to safeguard the confidentiality of the direct purchaser’s profit margin data throughout the proceedings.⁷⁷ Potential direct purchaser claimants also have to have certainty that such mechanisms do in fact apply to this data.

Allowing the passing-on defence appears to be a consequence of the WP’s focus on compensation. Direct purchasers, closest to the violation, are generally better placed to prove both the infringement and the amount of an overcharge than purchasers further down the distribution chain. This potential – which could indirectly also be of use for subsequent indirect purchaser actions – could be preserved while at the same time

avoiding the most extreme cases of windfall profits by disallowing the passing-on defence save for “cost-plus situations”. Such a situation arises if a direct purchaser has entered into a (fixed-quantity) cost-plus contract with his purchaser. Such a contract ensures that the direct purchaser’s economic situation remains unaffected by any increase in input cost. Any damages awarded to him would therefore constitute windfall profits.

bb) *Consequences for Member States*

If the WP solution of the passing-on problem is codified, be it in a Directive or a Regulation, the question may arise whether Member States which currently do not allow the passing-on defence will have to change the law and allow it. The answer primarily depends on the precise wording of such a codification and its objectives. If a codification primarily aims at making private claims more effective, this may result in a different form of legislation (i.e. minimum standards) than if the creation of a level playing field is (also) intended (full harmonisation). Divergences between national laws in this respect may promote instances of multiple liability.

b) *Arms: The presumption of passing-on*

aa) *Empirical evidence*

The limited empirical evidence available seems to indicate that in most price-fixing cartels a large fraction of the overcharge is passed on to the final consumer, at least in the long term.⁷⁸ The current US system, which allows for both direct purchaser actions for the entire overcharge (at the federal level) as well as for indirect purchaser actions (at the state level), does not appear to have produced reported cases of multiple liability.⁷⁹

bb) *Effect*

The WP suggests that passing-on (of the entire overcharge) ought to be presumed. The claimant will therefore still have to prove the infringement, the occurrence of an overcharge and the amount of the latter at the direct purchaser level. If

⁷¹ SWP, par. 219.

⁷² WP, 8; SWP, par. 225.

⁷³ There is a risk of abuse emanating from a mandatory concentration of all purchaser claims. Concentration can be abused e.g. through “torpedoing” proceedings by bringing a negative declaratory judgment action in a “suitable” (e.g. notoriously slow) jurisdiction in order to prevent main proceedings in an adequate forum, cf. in detail *Bulst* (n. 9), 338-340 (also on reasons why such a concentration is hardly practical). Current developments show that the torpedo risk is a very real one indeed.

⁷⁴ Cf., e.g., the following US cases: *Truett Payne Co. v. Chrysler Motors*, 451 U.S. 557 566 et seq. (1981); *Bigelow v. RKO Radio Pictures*, 327 U.S. 251, 264 et seq. (1946), reh’g denied, 327 U.S. 817 (1946); *In re South Dakota Microsoft Antitrust Litigation*, 657 N.W.2d 668, 674 (South Dakota Supreme Court 2003); as well as the German Supreme Court decision *Bundesgerichtshof* 17.6.1992, NJW 1992, 2753 at p. 2757 with further references to German case law.

⁷⁵ Cf. n. 33 and 21 above.

⁷⁶ As acknowledged in SWP, par. 122.

⁷⁷ Cf. SWP, par. 117.

⁷⁸ *Harris/Sullivan*, 128 U. Pa. L. Rev. 269 (1979); *Sarris*, *The Efficiency of Private Antitrust Enforcement, The “Illinois Brick” Decision*, 1984. Cf. also *Hovenkamp*, 103 Harv. L. Rev. 1717, 1726 et seq. (1990).

⁷⁹ Cf. the evidence gathered by the AMC as reported in go-vinfo.library.unt.edu/amc/pdf/meetings/CivRem-IndP_DiscMemo060504-fin.pdf, 18; *Bulst* (n. 9), 329-331 with further references.

the presumption of passing-on is not rebutted⁸⁰ and the amount of the initial overcharge established, the claimant presumably still has to show causation, in particular that the chain of causation between the infringement and damage he suffered is unbroken.⁸¹ The defendant may, of course, raise the passing-on defence against the indirect purchaser and attempt to prove passing-on by the claimant without attacking the presumption.

The devil will be in the details of what is required to prove a passing-on defence raised and to rebut a presumption of passing-on.

Economic research suggests that whether or not an overcharge is passed on through the market down to the final consumer primarily depends on the elasticity of demand, the price elasticity of supply, the duration of the infringement and the intensity of competition between direct purchasers and between other intermediate purchasers.⁸²

It is submitted that, if a defendant can show that these factors militate against passing-on in the case at hand, this might be considered sufficient by a court to rebut the presumption of passing-on and to shift the burden of proof onto the claimant. Rebutting the presumption may therefore be difficult but not practically impossible.

cc) Potential criticism

The WP solution might attract the following criticism. As the presumption is not limited to one level of the distribution chain, several indirect purchasers at different levels of the distribution chain could rely on the same presumption for the entire amount of the overcharge despite the ensuing contradiction. The presumption may turn out to be difficult to rebut in practice. Even if indirect purchasers at different levels of the distributions chain relying on the mutually contradictory presumptions bring a joint action, the court seized may have to hand down a judgment that awards the same overcharge several times as none of the presumptions could be rebutted according to the applicable standard of proof.

If this risk is already present in a joint action, it is even greater in separate actions. Despite the WP's encouragement to use whatever mechanism available to avoid under- or over-compensation of harm caused, any judge will have to assess each case on its merits, i.e. whether the infringer was able to prove the passing-on defence and/or whether the infringer successfully rebutted the presumption of passing-on.⁸³ The fact that the infringer has not met the required standard of proof does not necessarily mean that the event he attempted to prove did not occur. If an infringer cannot prove the facts underlying his passing-on defence against a direct purchaser claim, this does not mean that the presumption of passing-on in favour of that direct purchaser's purchaser is easy to rebut.⁸⁴

This criticism could be addressed, as the author has explained elsewhere,⁸⁵ firstly through relying on *prima facie* evidence rather than on a presumption (cf. section dd) below) and, secondly, by putting the fear of multiple liability or duplicative recovery, which lies at the heart of this criticism, into perspective (cf. section ee) below).

dd) Prima facie evidence

It has been argued that the claimant could be accorded the right to bring a *prima facie* proof of the occurrence of some

passing-on.⁸⁶ He would have to establish that some of the factors facilitating passing-on⁸⁷ are present. In view of the empirical evidence that the occurrence of at least some passing-on in the long term is indeed the likely course of events,⁸⁸ the requirements for such a *prima facie* proof (*Anscheinsbeweis*⁸⁹) should not be strict. This solution would allow for a more flexible approach avoiding mutually contradictory assumptions with respect to indirect purchasers at different levels of the distribution chain.

However, the *prima facie* proof alone would not render the enforcement of a harmed indirect purchaser's right to compensation significantly more effective. It would have to be complemented by a rule on estimating damages. Such a rule, as has also been argued elsewhere,⁹⁰ might provide that the amount of the overcharge passed on to the indirect purchaser claimant corresponds to the initial overcharge at the direct purchaser level – subject to adjustment factors the adequacy of which would have to be proven by the infringer or the indirect purchaser.⁹¹

What is the difference between this⁹² and the approach suggested in the WP? Do they not both yield the same result? Both approaches provide for an alleviation of the indirect purchaser's burden of establishing the facts supporting his claim. The approach described in the present section, however, limits the main thrust of this alleviation, namely the estimation rule, to situations where there is some evidence *in casu* that the indirect purchaser claimant was harmed. This is more in line with the rationale behind facilitating the claimant's task of showing his damage. This rationale draws on the fairness consideration that the tortfeasor, who caused the damage that is so difficult to measure, should bear the consequences of this complexity rather than his victims.⁹³ For this rationale to apply there should be indications that the claimant is in fact a victim, i.e. that he has suffered damage. If there are such indications, it is justified to facilitate the quantification of damages for him. Therefore, the approach described here requires the claimant to show that he has fallen victim to an infringement before according him the benefit of estimating his damage at the level of the initial overcharge (subject to adjustments).

⁸⁰ Or only partly rebutted, in which case not the entire amount of the overcharge could be successfully claimed as damage.

⁸¹ Cf. SWP, par. 220.

⁸² Cf. the overview of the relevant literature in *Bulst* (n. 9), 281-285.

⁸³ *Prof. Dr. Joachim Bornkamm* has brought this point to the author's attention.

⁸⁴ Cf. text accompanying fn. 71 on the relevance of previous judgments for this exercise.

⁸⁵ Cf. *Bulst* (n. 9), 134-141, 304-305, 325-329, 347-348.

⁸⁶ Cf. *Bulst* (n. 9), 347-348, 134-141.

⁸⁷ Cf. section D.III.2.b)bb) above.

⁸⁸ Cf. section D.III.2.b)aa) above.

⁸⁹ For the equivalents in other legal systems cf. *Stürner*, Duties of Disclosure and Burden of Proof in the Private Enforcement of European Competition Law, in: *Basedow* (ed.) (n. 18), 163, 185 (n. 86).

⁹⁰ For an extensive discussion of the adequacy of such a rule, *Bulst* (n. 9), 304-305, 325-329.

⁹¹ The indirect purchaser may have a reason to claim a higher overcharge damage if he believes there was a "multiplier effect": if passing-on occurs, the damage of the indirect purchaser may also be higher than the initial overcharge, namely if upstream purchasers use constant percentage mark-ups. This phenomenon is frequently referred to as "multiplier effect".

⁹² For a draft codification of this solution cf. *Bulst* (n. 30), 744-745.

⁹³ Cf. section D.III.2. above.

ee) Multiple versus excessive liability

It is important to note that some multiple liability is not *per se* a source of concern. What must be avoided is excessive liability, i.e. liability that is incommensurate with the damage caused and therefore disproportionate in constitutional law terms.⁹⁴ Excessive liability can only arise if there is multiple liability for the same infringement. Multiple liability for the same infringement is only triggered if several purchasers of the identical unit of the relevant good bring a successful action for damages, if the infringer is held liable for the entire overcharge several times and if this happens for several units. The defendant will have no trouble assessing the sum of damages already awarded at any given moment. Once his exposure exceeds the limits of proportionality due to many “inconsistent” court decisions,⁹⁵ the defendant must show this in pending proceedings and the court asked to award those damages that may tip the balance and make the overall liability imposed on the infringer excessive must ensure that this boundary is not crossed. Plaintiffs who come rather late in the day will be at a disadvantage in this – extreme – scenario. Such a consequence could, however, only be avoided by a comprehensive mechanism guaranteeing a concentration of all potential purchaser actions, which is, however, (at least to date) impractical and also risky, as mentioned above.⁹⁶

IV. Armour: Limited civil liability of the successful immunity applicant

1. The problem

Leniency applications contribute to the uncovering of anti-trust violations and thereby render the compensation of the victims of these infringements in follow-on actions possible. At the same time, an infringement decision adopted in the wake of a leniency application usually becomes final first with respect to the successful applicant for immunity, as he – given that he is not fined – will generally not appeal the decision. The other infringers frequently appeal a decision to have it annulled by the review court or at least to achieve a reduction of the fine. Given that infringement decisions by a competition authority are meant to be binding on a court hearing a case on antitrust damages,⁹⁷ and given that an undertaking colluding with others is generally liable for all the consequences of that collusion,⁹⁸ there is a significant risk that the successful applicant for immunity will be sued successfully by all victims of the collusion, namely not only by his purchasers but also by those of the other cartelists. While the applicant could then typically take recourse to his fellow cartelists, the success of such recourse may be uncertain, given the insolvency and other risks, time consuming and expensive.

Filing a successful application for immunity therefore exposes the applicant, at least temporarily, to the risk of being held liable under civil law for the entire cartel. Cartelists who refuse to cooperate with the authorities or who only submit enough evidence to achieve a reduction of the fine rather than full immunity may therefore be better off, in terms of civil liability, than the successful applicant for immunity. This may reduce incentives of infringers to file leniency applications and to be the first applicant.

2. The Commission’s suggestion

The WP attempts to strike a balance between, on the one hand, the desire not to place a leniency applicant in a less favourable position than the other infringers due to the fact that he applied for leniency and, on the other hand, the aim of not unduly protecting an undertaking from the civil law consequences of an antitrust infringement.⁹⁹ The Commission takes the view that it is presently not evident that leniency programmes would in the future be unduly affected by more effective means of compensation and therefore suggests that any further incentives for leniency applicants, if any, should be limited to the successful immunity applicant (“immunity recipient”) only.¹⁰⁰ The Commission puts forward for further reflection the possibility of limiting the immunity recipient’s civil liability to his direct and indirect contractual partners, while the burden of proof regarding the limits of his liability would have to be borne by the immunity recipient.¹⁰¹

3. Analysis

If measures to preserve the incentives of leniency applicants are necessary in a more effective private litigation context, the fact that the immunity recipient may bear the most adverse civil law consequences of a leniency application, even though his application may have contributed most to the uncovering of the infringement, appears to be a good reason to limit such measures to immunity recipients. The Commission’s suggestion may have to be complemented by safeguards that account for certain extreme situations. If, for example, the immunity recipient was the ringleader in an attempt of the cartel to foreclose the market to a certain competitor, a cartel outsider, it may be appropriate to allow that competitor to bring a claim against the immunity recipient.

As an alternative to limiting the number of potential claimants, it may be worth considering not to extend certain measures intended to facilitate damages claims, such as the presumption of passing-on, to actions brought against immunity recipients.¹⁰² Note that any protection accorded to an immunity recipient should ideally not only extend to applicants¹⁰³ under the Commission’s leniency programme, but also to applicants under national programmes as far as the application of Article 81 EC is concerned.

E. Further requirements for recovery

What are the other preconditions for a successful antitrust damages claim, besides an infringement of Articles 81, 82 EC

⁹⁴ Cf. *Bartelt*, Beschränkung des Schadensersatzumfangs durch das Übermaßverbot? Eine Untersuchung der Vereinbarkeit des Grundsatzes der Totalreparation (§ 249 I BGB) mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzip, 2004.

⁹⁵ Settlements would have to be treated with some care in such an assessment in order to avoid abuses.

⁹⁶ Cf. section D.III.2. above.

⁹⁷ Cf. section F.IV. below.

⁹⁸ Cf. SWP, par. 304.

⁹⁹ SWP, par. 287; cf. WP, 10.

¹⁰⁰ SWP, par. 303.

¹⁰¹ WP, 10; SWP, par. 306.

¹⁰² *Komninos* (n. 19), par. 30 suggests to go further than the WP and to protect the immunity recipient from all claims, save in cases where one or more of the jointly and severally liable other cartel members are insolvent.

¹⁰³ SWP, par. 293 expressly stipulates equal protection with respect to the (non-)disclosures of leniency applications, cf. section F.III.1. below.

and damage suffered? There is an uncontroversial one, causation, and potentially also a fault requirement, although this is subject to debate.

I. Causation

The WP contains no suggestions on causation and there does indeed not seem to be a need for any. Standard national law rules on causation should produce adequate results. They must comply with the exigencies of the principles of equivalence and effectiveness. Considerable guidance as to which limits to the attribution of adverse consequences to an act are acceptable under Community law can be drawn from the ECJ's case law.¹⁰⁴

II. The fault requirement

The discussion whether or not any form of fault element is and/or should be required as a further condition has been a matter of controversy since Advocate General *van Gerven's* opinion in *Banks*.¹⁰⁵

1. The Commission's suggestion

The WP clarifies that EC law does not oblige Member States to require that an element of fault be proven once an infringement has been established.¹⁰⁶ For legal systems that do contain a fault requirement, the general notion of fault should remain unaffected. However, with respect to infringements of Articles 81, 82 EC, a maximum standard is suggested so that, once such an infringement has been clearly established, the infringer should be liable for damages unless he shows that the infringement was due to a genuinely excusable error. An error should, according to the WP, be excusable only where the infringer, despite applying a high standard of care, could not reasonably have been aware that his conduct restricted competition.¹⁰⁷ An error is not excusable where restrictions of competition by object are concerned.¹⁰⁸ The Commission does at present not consider it necessary to introduce a harmonised notion of fault or a strict liability rule.¹⁰⁹

2. Analysis

The controversy surrounding the fault requirement may well have a practical significance, e.g. in the context of vertical restraints and Article 82 EC. Neither *Courage* nor *Manfredi* stand in the way of a fault requirement stipulated by national law.¹¹⁰ While it seems appropriate that it should be on the defendant to prove that he was not at fault, there seems at present to be no compelling reason to require Member States to disregard *genuinely* excusable errors, be they legal¹¹¹ or factual.

F. How? Arms and armour in the law of collective redress and evidence

I. Collective redress

Collective redress as a means of the procedural pooling of interests of a number of individuals can, depending on its design, help overcome some of the obstacles to effective compensation. Firstly, collective redress mechanisms can allow plaintiffs to reduce the costs of litigation by sharing it. In the same vein, the burden on the judicial system may be reduced. Secondly, collective redress mechanisms can contribute to the compensation of scattered low-value damages by helping

to overcome the inertia of victims who have suffered such damages.¹¹² Thirdly, certain collective redress mechanisms can increase the incentives of defendants to enter into out-of-court settlements which reduce litigation costs for both plaintiffs and defendants and also benefit the judicial system.¹¹³

1. The Commission's suggestions

The WP suggests a combination of two complementary mechanisms of collective redress, namely:

- representative actions brought by qualified entities, such as consumer associations, state bodies or trade associations, on behalf of identified or, in rather restricted cases,¹¹⁴ identifiable victims. These entities should be either (i) officially designated in advance or (ii) certified on an *ad hoc* basis by a Member State for a particular antitrust infringement to bring an action on behalf of some or all of their members. Such entities should give sufficient assurance that abusive litigation is avoided. Entities having standing in one Member State should automatically be granted standing in all other Member States.¹¹⁵
- opt-in collective actions brought by victims who expressly decide to combine their claims into one single action.¹¹⁶

The Commission has opted for this combination in order to exploit the specific advantages of both mechanisms. Qualified entities¹¹⁷ are expected to be, in certain cases, in a better position with respect to competence, financial ability, independence vis-à-vis infringers and incentives in general, to bring an action than individual consumers or small businesses.¹¹⁸ However, it appears unlikely that qualified entities will be able or willing to pursue every claim.¹¹⁹ Furthermore, individual victims are not meant to be deprived of their right to bring an individual action,¹²⁰ the effectiveness of which is to be improved by allowing for an opt-in collective action.

¹⁰⁴ Cf. e.g. ECJ 4.10.1979, 64/76, 113/76, 167/78, 239/78, 271/79, 28/79, 45/79 – *Durmotier Frères*, ECR 1979, 3091; ECJ 15.1.1987, 253/84 – *GAEC*, ECR 1987, 123; ECJ 15.6.1999, C-140/97 – *Rechberger*, ECR 1999, I-3499. Cf. the review of the relevant case law in *Bulst* (n. 9), 252-261.

¹⁰⁵ *AG van Gerven* 27.10.1993, C-128/92 – *Banks*, ECR 1994, I-1209, par. 53. Cf. *Bulst* (n. 9), 265-269 for a detailed summary of the discussion.

¹⁰⁶ WP, 6; SWP, par. 173.

¹⁰⁷ Cf. SWP, par. 175-179 for details.

¹⁰⁸ WP, 6-7; SWP, par. 178-179.

¹⁰⁹ SWP, par. 174.

¹¹⁰ On *Courage* (n. 9) cf. *Bulst* (n. 9), 266-267; on *Manfredi* (n. 10) cf. *Bulst* (n. 10), 192-193 both with parallels on elements of fault under *Franovich* state liability and Article 288(2) EC: par. 35 of the *Courage* judgement shows that subjective elements can play a role for the civil law consequences of an infringement even though they are not a precondition for finding an infringement in the first place. *Manfredi* concerned a hard core violation, so fault was not an issue. The relevant par. 61 of the judgement is devoted to standing ("It follows...") and not to the requirements of a successful damages claim in general.

¹¹¹ Cf. CFI 19.5.1999, T-175/95 – *BASF Coatings*, ECR 1999, II-1581, par. 152 (cited in SWP, par. 179).

¹¹² SWP, par. 39-41.

¹¹³ SWP, par. 247. Note, however, that it may not be desirable for all actions to be settled as this would deprive the courts of the opportunity to provide guidance through precedents and to further develop the law.

¹¹⁴ Cf. SWP, n. 30 for details.

¹¹⁵ Cf. SWP, par. 49-55 for details.

¹¹⁶ WP, 4; SWP, par. 57-59.

¹¹⁷ Cf. SWP, par. 51, 53, on the need to exercise public control over such entities.

¹¹⁸ Cf. SWP, par. 50.

¹¹⁹ For the various reasons cf. SWP, par. 60.

¹²⁰ WP, 4.

The coexistence of these two mechanisms of collective redress (and the right to separate individual claims) may lead to certain tensions. The Commission therefore highlights, firstly, that qualified entities must inform the victims they represent (so that these are not deprived of their right to bring an action themselves or not to bring one at all) and, secondly, the importance of safeguards avoiding that the same harm is compensated more than once.¹²¹

It must be noted that action regarding consumer collective redress at EU level might also be taken at the initiative of DG Health and Consumers (SANCO).¹²² Both processes will have to be coordinated.

2. Analysis

The Commission was probably right to focus its reflections on collective redress on representative and group (collective) actions. Test cases and joint actions, the other two classical means of collective redress,¹²³ are unlikely to contribute much to the goals of collective redress identified above.¹²⁴

As far as representative actions are concerned, the suggestions appear a little vague, which may be due to the necessity of coordinating the present initiative with that of DG SANCO. This relates for instance to the notion of “identifiable”. The reason behind the “identifiable victims option” seems to be the desire to facilitate actions in situations where economically disproportionate efforts are required to identify victims at the beginning of an action, i.e. *before* it is certain that an action will be successful and result in an award.

The desirability of representative actions much depends on how the qualifying entities fulfil the role attributed to them, which may in turn be to some extent contingent on institutional traditions in a given Member State, and on how (continuous) state control of these entities is carried out. A failure to comply with the criteria set for designation/certification (which are not defined in the WP) should trigger a withdrawal of the right to bring representative antitrust actions.

Effective means of notifying identified or identifiable victims on behalf of whom a claim is brought, effective co-ordination of activities undertaken by different qualified entities with respect to the same infringement as well as adequate mechanisms to distribute damages to the victims of the infringement will be among the main challenges to be met by both lawmakers and qualified entities.

With respect to group actions at least one observation deserves mentioning. Commentators advocating group actions for antitrust claims for damages often overlook an important difference between victims of antitrust infringements and those of other mass torts. Unlike e.g. product liability cases, antitrust matters give rise to the specific difficulty that the interests of the various victims are not necessarily aligned. Depending on the resolution of the passing-on problem, the interests of direct and indirect purchasers may be disparate: If the passing-on defence is admissible, direct purchasers will attempt to show that there has been no passing-on, while indirect purchasers will try to establish the contrary for their respective level of the distribution chain.¹²⁵

However, even when the claimants’ interests conflict with respect to the allocation of an overcharge, they will typically be aligned with respect to other issues, such as the establishment of the antitrust violation and the amount of an overcharge at the direct purchaser level. The specific advantages of group

actions do hence come to the fore also in an antitrust context, but provisions must be made to preserve them in view of conflicts of interests. It would appear that the most intuitive way of achieving this would be to subdivide the group, e.g. along the various levels of the distribution chain, and to provide for separate representation of each of the subgroups where their interests clash.

II. Access to evidence: *inter partes* disclosure

Antitrust damages actions tend to be fact-intensive and often require the assessment of complex factual elements. Some of the typical difficulties of antitrust plaintiffs trying to prove their claim result from information asymmetries – often only the defendant possesses many of the relevant facts. This is generally the case for information regarding the infringement as well as the amount of an overcharge. Other information may be in the possession of a third party – such as information regarding the fraction of an overcharge that was passed on.

1. *Acquis communautaire* and the Commission’s suggestions

The Commission summarizes the *acquis communautaire* with respect to access to evidence mainly in terms of the principles of equivalence and of effectiveness.¹²⁶ It then explains why lowering the standard of proof or shifting the overall burden of proof would not constitute appropriate measures¹²⁷ and instead makes a number of suggestions regarding the introduction of a minimum level of disclosure subject to judicial control.¹²⁸

The Commission suggests that, as a minimum standard in actions for antitrust damages, national courts should under specific conditions have the power to order disclosure *inter partes* of precise categories of information or evidence relevant to a claim. Conditions for such an order should include that “(a) the claimant has asserted all the facts and offered all those means of evidence that are reasonably known and available to him, provided that they show plausible grounds to suspect that he suffered harm through the infringement of competition rules by the defendant; (b) he has shown to the satisfaction of the court that he is unable, applying all efforts

¹²¹SWP, par. 61.

¹²²SWP, par. 62-64.

¹²³For yet another alternative cf. the business model of Cartel Damage Claims S.A. as described in Oberlandesgericht Düsseldorf 14.5.2008, CDC, 4-7 (nyr).

¹²⁴Cf. *Stadler*, Collective Action as an Efficient Means for the Enforcement of European Competition Law, in: *Basedow (ed.)* (n. 18), 195, 201-204 with further references.

¹²⁵Under US federal law a class whose members have been affected by an (antitrust) infringement in too dissimilar ways will not be certified due to a lack of “commonality”, one of the preconditions for class certification pursuant to rule 23(a) of the Federal Rules of Civil Procedure (Fed. R. Civ. P.), or on other grounds under these Rules. Cf. the overview by *Page*, Class Certification in the Microsoft Indirect Purchaser Litigation, 28 et seq. (available at <http://ssrn.com/abstract=671048>) and *Bulst* (n. 9), 51. Cf. also the recent decision of the Supreme Court of British Columbia of 6.5.2008, *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Infineon Technologies AG et al.*, 2008 BCSC 575, denying class certification in a combined direct and indirect purchaser price-fixing conspiracy case.

¹²⁶SWP, par. 83. Cf. also the references to ECJ 7.9.2006, C-526/04 – *Laboratoires Boiron*, ECR 2006, I-7529, par. 55 in SWP, par. 82 and to Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the enforcement of intellectual property rights, OJ of 2.6.2004, L 195/16 (“IP Directive”) in SWP, par. 84-86.

¹²⁷SWP, par. 91-92.

¹²⁸SWP, par. 93-133.

that can reasonably be expected, to assert the specific facts or to produce the evidence for which disclosure is envisaged; (c) he has specified sufficiently precise categories of information or evidence to be disclosed, and (d) the court is satisfied that the envisaged disclosure measure is relevant to the case as well as necessary and proportional in scope.¹²⁹ When conducting this proportionality test, account should be taken of how likely it is that the addressee of the disclosure order infringed competition law.¹³⁰ The mere fact that a disclosure may entail unfavourable consequences for the addressee of the order does not justify an objection thereto.¹³¹

Disclosure orders in antitrust damages actions are intended to cover all types of evidence under the control of the opponent or third persons. Proportionate protection ought to be given to confidential information.¹³² Protection should also be accorded to corporate statements of leniency applicants¹³³ and the investigations of competition authorities.¹³⁴ Member States may e.g. consider limiting direct disclosure to the parties' lawyers or to experts who then produce a non-confidential summary of the information.¹³⁵ The addressee of a disclosure order would have the right to be heard save for cases of particular urgency.¹³⁶

If a party does not comply with an order or destroys evidence, the court should have the power to impose effective sanctions. Courts should have a range of such sanctions at their disposal, including the possibility to draw adverse inferences from the refusal or destruction.¹³⁷ Member States may furthermore wish to allow courts to order prompt provisional measures to actively preserve relevant evidence prior to the introduction of a damages claim.¹³⁸ Any party should face effective sanctions for destroying evidence starting from the moment when they should reasonably have known that the evidence is of relevance for a reasonably foreseeable antitrust damages claim.¹³⁹

2. Analysis

The decision against wide-ranging modifications to the traditional allocation of the burden of proof seems to be a wise one. Shifting the burden of proof onto the defendant generally amounts to a change of substantive law in favour of the claimant where doubts remain. Evidentiary rules should not be used to (covertly) disturb the intentions underlying substantive law. Effective disclosure rules are more appropriate to redress information asymmetries. They reduce the significance of the burden of proof.¹⁴⁰

The Commission's suggestions, even though they may not always be easy to integrate into some Member State's rules of procedure, do not seem to depart fundamentally from the continental tradition of fact pleading, i.e. the requirement that detailed facts are asserted and clearly specified means of evidence are proffered during the pleading phase of the proceedings and evidence taking by and before the judge.¹⁴¹ The US tradition of notice pleading requires much less in this respect and instead allows for pre-trial discovery, sometimes leading to what is often described as "fishing expeditions".¹⁴² The WP may have been influenced by the Principles of Transnational Civil Procedure, adopted by both Unidroit and the American Law Institute (ALI) in 2004.¹⁴³ It appears to provide for sufficient safeguards to avoid the large (social) costs caused by extensive discovery exercises in US antitrust suits, provided it can be ensured that the courts do not inter-

pret the preconditions for an order too loosely and that they limit the scope of their orders to manageable dimensions by applying a strict relevance, necessity and proportionality test.

As documents qualifying for legal advice privilege will presumably not be subject to disclosure, some reflections regarding which documents should be granted advice privilege may be called for. Guidance could be derived from the ECJ's case law in competition¹⁴⁴ and other matters¹⁴⁵ on the protection of legal privilege as a corollary to the effective exercise of the rights of the defence.¹⁴⁶

The proposal regarding sanctions for destruction of evidence prior to civil proceedings¹⁴⁷ seems to be intended as a *lex specialis* to general rules on record keeping and appears very broad indeed in its current form.

III. Access to evidence: No access to leniency statements

1. The Commission's suggestions

As the attractiveness of both the Commission's and national leniency programmes is critical to the uncovering of cartels and consequently also essential for the development of follow-on civil actions, it must be preserved in the face of making private damages actions more effective. Third party access to leniency statements is a topic of particular concern in this respect. As with regard to limits of the immunity recipient's civil liability¹⁴⁸, the Commission attempts to strike a balance between the desire not to disadvantage leniency applicants vis-à-vis other infringers and the aim of not unduly protecting the applicant from the civil law consequences of the infringement.¹⁴⁹

According to the WP, any measures suggested to maintain the effectiveness of leniency programmes should apply to le

¹²⁹ WP, 5; SWP, par. 109.

¹³⁰ SWP, par. 109, 116, 123.

¹³¹ SWP, par. 120.

¹³² SWP, par. 112-117.

¹³³ Cf. section F.III. below.

¹³⁴ WP, 5; SWP, par. 119.

¹³⁵ SWP, par. 117.

¹³⁶ SWP, par. 127.

¹³⁷ WP, 5; SWP, par. 132.

¹³⁸ SWP, par. 133.

¹³⁹ SWP, par. 132.

¹⁴⁰ Cf. (for the entire paragraph) *Stürner* (n. 89), 163, 184 with further references. There is no tension between this approach and clarifying that the defendant bears the burden of proof regarding the passing-on defence, especially if one accepts that passing-on is a question of the mitigation of a damage that has already arisen (at the amount of the overcharge) rather than of the initial occurrence of damage. Cf. section D.I.3.b) above.

¹⁴¹ On fact vs. notice pleading cf. *Stürner* (n. 89), 170-171. *Komninos* (n. 19), par. 24 takes the view that the Commission's suggestions do in effect amount to the introduction of some elements of "notice pleading" under the control of the courts.

¹⁴² Cf. the concise overview by *Stürner* (n. 89), 170-171 with further references. Cf. also the recent case *Bell Atlantic v. Twombly*, 127 S.Ct. 1955 (2007).

¹⁴³ Available at <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/main.htm> – cf. e.g. Principles 11.3, 16.1, 16.2, 17.3.

¹⁴⁴ Cf. CFI 17.9.2007, Joined Cases T-125/03, T-253/03 – *Akzo*, nyr, par. 120.

¹⁴⁵ Cf. ECJ 26.6.2007, C-305/05 – *Ordre des barreaux*, nyr, par. 17-37.

¹⁴⁶ Cf. the summary by AG Maduro 14.12.2006, C-305/05 – *Ordre des barreaux*, nyr, par. 36-49 with reference to, *inter alia*, Articles 6, 8 ECHR.

¹⁴⁷ Cf. text accompanying n. 139 above.

¹⁴⁸ Cf. section D.IV. above.

¹⁴⁹ SWP, par. 287.

niency applications submitted under the Commission's and under national leniency programmes when the enforcement of Article 81 EC is at stake, including cases of parallel application of national competition law.¹⁵⁰ The Commission's suggestions extend to all voluntary presentations of the leniency applicant which are drawn up especially for the application (hereinafter "corporate statements").¹⁵¹ They should hence not cover pre-existing documents (contemporary evidence).

The Commission reiterates that it is its consistent policy not to disclose corporate statements to national courts neither before nor after it has taken a decision.¹⁵² Neither will it disclose corporate statements to parties in private damages actions. The Commission justifies this policy under the terms of Regulation 1049/2001.¹⁵³ Given that the Commission's statements of objections, which precede formal infringement decisions, as well as the infringement decisions themselves may rely on corporate statements, all undertakings subject to the investigation have access to these statements so they are able to exercise their right of defence. They will, however, not be provided with a copy, but must consult them on the Commission's premises. According to Article 15(4) of Regulation 773/2004,¹⁵⁴ information obtained through access to file may only be used for the purposes of judicial or administrative proceedings for the application of Articles 81 and 82 EC.

This leaves two potential areas of concern – the discoverability¹⁵⁵ of corporate statements in the context of civil proceedings and the voluntary disclosure by leniency applicants, e.g. in the context of settlement negotiations. The Commission addresses these concerns, firstly, by recalling that voluntary disclosure or reproduction of corporate statements by leniency applicants should be precluded at least until a statement of objections is issued.¹⁵⁶ Secondly, leniency applicants should be protected against court orders requesting disclosure or reproduction of corporate statements prior to and after the adoption of a decision by a competition authority.¹⁵⁷ The first measure is intended to protect the Commission's investigation. The second measure safeguards the interest of the Community in maintaining an effective leniency programme, as without such protection potential applicants may refrain from revealing extensive details on the infringement.¹⁵⁸ Protection should be granted even if the application is rejected or does not lead to an infringement decision in order to avoid any uncertainty for potential leniency candidates who could otherwise be deterred from filing an application.¹⁵⁹

2. Analysis

The potential discoverability of corporate statements submitted to the Commission in civil damages actions brought before the US courts is a well known problem.¹⁶⁰ It is the background to the Commission's practice of offering applicants to make corporate statements orally and not providing them with a copy of the statements.¹⁶¹ It would indeed be unfortunate if the WP's suggestions with respect to access to evidence had negative repercussions on the effectiveness of the Commission's or national leniency programmes. The suggested measures can be expected to largely avoid such unwanted consequences. They may, however, have to be complemented by rules prohibiting national courts from basing their findings on corporate statements obtained or used illicitly.

Protection from discoverability should be extended to documents produced in preparation of corporate statements. Note that a certain risk is, nonetheless, likely to remain – such as the possibility that a claimant may use his knowledge of a corporate statement (especially of supporting annexes consisting of contemporary documents), no matter how it was obtained, to make targeted disclosure requests.

Finally, coordination may not only be required between leniency programmes and private actions, but also between direct settlements and private actions.¹⁶²

IV. Evidence: Binding effect of administrative decisions

1. *Acquis communautaire*

The Commission recalls the *acquis communautaire* regarding the binding nature of Commission decisions pursuant to Article 16(1) of Regulation 1/2003 and that article's consequence that Commission decisions finding an infringement constitute sufficient legal proof of this infringement by the addressee(s) of the decision in subsequent actions for damages before national courts (without prejudice to the rights and obligations under Articles 230 and 234 EC).¹⁶³

2. The Commission's suggestions

In order to ensure a more consistent application of Articles 81, 82 EC by different national bodies and to increase legal certainty as well as the effectiveness and procedural efficiency of actions for antitrust damages, the Commission suggests the following: When national courts in actions for damages rule on market behaviour under Articles 81, 82 EC which is already the subject of a final decision by a national competition authority (NCA) within the European Competition Network finding an infringement of Articles 81, 82 EC, or when such behaviour is the subject of a final ruling by a review court upholding the NCA decision or itself finding an infringement, they cannot take decisions that run counter to such a decision or ruling. This obligation is subject to the important qualifier that it is without prejudice to the right, and possibly obligation, of national courts to seek clarification on the interpretation of Articles 81, 82 EC under Article 234 EC.¹⁶⁴ The Commission adds that consideration could be given to an exception to the binding effect of administrative decisions from other Member States analogous to the public order exception of Article 34 no. 1 of Regulation 44/2001¹⁶⁵ in order to safeguard the defendant's right to defence, as recognised by the ECHR and the EU Charter on Fundamental Rights.¹⁶⁶

The Commission's suggestions are accompanied by a detailed reasoning as to why they would not unduly interfere with the principles of an independent judiciary and the separation of powers. They are also subject to several clarifications, e.g. that any binding effect would be limited to final decisions addressing the same practices and the same infringers as the civil action in question.¹⁶⁷

3. Analysis

The assumptions underlying the WP's suggestion – equality regarding the qualification of decision-makers, traditions of independence and quality of decision making across the Union – appear optimistic to some.¹⁶⁸ It may be worth considering an extension of the suggested exception from binding ef-

fect beyond an analogous application of Article 34 no. 1 of Regulation 44/2001 to Article 34 of Regulation 44/2001 in its entirety.¹⁶⁹

Another point that may deserve further exploration relates to the repercussions on civil actions of rules facilitating the establishment of antitrust infringements for competition authorities (e.g. on conclusions that may be drawn from participation in certain meetings).¹⁷⁰ It is, however, submitted that eventually, as long as the establishment of an infringement is separated from the issue of causation of a certain damage, no tension should arise between such rules and the applicable standards of proof in damages actions.

Finally, when applying a norm along the lines of the Commission's suggestion, the question may arise whether the administrative law liability of the successor of an infringing company should – by virtue of the binding effect of the administrative decision – also extend to civil liability. Note that, according to the ECJ, “when an entity that has committed an infringement of the competition rules is subject to a legal or organisational change, this change does not necessarily create a new undertaking free of liability for the conduct of its predecessor that infringed the competition rules, when, from an economic point of view, the two are identical”.¹⁷¹ A similar question arises with respect to the allocation of liability within a group of companies.¹⁷² In *ETI* the ECJ has clarified, if only implicitly, that its case law on succession is not only applicable to fining decisions by the Commission, but also to those of an NCA.¹⁷³ It is submitted that this ruling is likely to also apply to civil liability as is the case law on responsibility within groups of companies¹⁷⁴. Both issues relate to the interpretation of “undertaking” within the meaning of Articles 81, 82 EC and are therefore to be resolved under Community rather than national law.

G. When may an action be brought? Limitation periods

With respect to limitation periods, the Commission suggests that they should not begin to run before the victim of an infringement can reasonably be expected to have knowledge of the infringement and of the harm it caused him. According to the WP, limitation periods for continuous or repeated infringements should not begin to run before the day on which the infringement ends. A new limitation period of a minimum of two years ought to commence once an infringement decision on which the claimant relies in his antitrust damages action has become final.¹⁷⁵

H. How much should litigation cost?

The Commission discusses the costs of bringing damages actions regarding a violation of Articles 81, 82 EC in some detail as it has identified both the level of such costs and cost recovery rules (“loser pays” principle) as potential disincentives to bringing a claim.¹⁷⁶ Given that antitrust damages actions tend to be more complex and time-consuming than other kinds of civil action, the Commission attributes special relevance to the issue of costs of such proceedings.

While Member States are encouraged to reflect on their cost rules in order to facilitate meritorious litigation (taking into account existing practices) particularly by claimants whose financial situation is significantly weaker than that of the defendant, and/or in situations where costs prevent meritorious claims from being brought due to the uncertainty of the out-

come, the WP does not suggest any specific changes to national cost regimes.¹⁷⁷ Member States are encouraged to design procedural rules fostering settlements, as a way to mitigate costs, and to set their court fees appropriately so as to avoid creating a disincentive. Member States are also encouraged to provide national courts with the possibility to issue cost orders derogating from the normal cost rules, preferably upfront in the proceedings. The latter suggestion is intended to avoid that the claimant, even if unsuccessful, has to bear all costs incurred by the other party. It is accompanied by a

¹⁶⁹ SWP, par. 293.

¹⁷⁰ SWP, n. 154. Cf. also Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, OJ of 8.12.2006, C 298/77 (“Leniency Notice”), par. 6, 31.

¹⁷¹ SWP, par. 300. Note that policies in Member States vary widely in this respect, often for constitutional law reasons. Cf. also the European Competition Network Model Leniency Programme, par. 39, 40, 49, available at http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/model_leniency_en.pdf.

¹⁷² Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 31 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, OJ of 31.5.2001, L 154/43. This practice is the subject of the pending case T-399/07 (*Basell Polyolefine v Commission*). Cf. also CFI 13.4.2005, T-2/03 – *Verein für Konsumenteninformation*, ECR 2005, II-1121.

¹⁷³ Commission Regulation (EC) No 773/2004 of 7 April 2004 relating to the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Articles 81 and 82 of the EC Treaty, OJ of 27.4.2004, L 123/18.

¹⁷⁴ Discovery and disclosure are used interchangeably in the WP and in this article.

¹⁷⁵ Cf. Leniency Notice (n. 151), par. 12 lit. a, 5th indent.

¹⁷⁶ SWP, par. 302; cf. WP, 11.

¹⁷⁷ SWP, par. 301-302; cf. Leniency Notice (n. 151), par. 6.

¹⁷⁸ SWP, par. 297.

¹⁷⁹ Cf., however, e.g. *In re: Rubber Chemicals Antitrust Litigation*, 486 F.Supp.2d 1078 (N.D. Cal. 2007), a case in which the court refused to extend discovery to corporate statements submitted to the Commission.

¹⁸⁰ Cf. Leniency Notice (n. 151), par. 32.

¹⁸¹ Cf. the Proposal for a Commission Regulation (EC) No .../2008 amending Regulation (EC) No 773/2004, as regards the conduct of settlement procedures in cartel cases, available at http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/leniency_legislation.html.

¹⁸² SWP, par. 141.

¹⁸³ WP, 6; SWP, par. 151.

¹⁸⁴ Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ of 16.1.2001, L 12/1.

¹⁸⁵ SWP, par. 162.

¹⁸⁶ SWP, par. 142-162.

¹⁸⁷ *Stürmer* (n. 89), 188 with further references.

¹⁸⁸ Cf. *Monopolkommission*, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle, Sondergutachten 41, 2004, par. 48-55 with reference to ECJ 28.3.2000, C-7/98 – *Krombach*, ECR 2000, I-1935 and European Court of Human Rights 20.7.2001, *Pellegrini*, No. 30882/96, Reports of Judgments and Decisions 2001-VIII.

¹⁸⁹ Cf. e.g. ECJ 7.1.2004, Joined Cases C-204/00 P, 205/00 P, 211/00 P, 213/00 P, 217/00 P, 219/00 P – *Aalborg Portland*, ECR 2004, I-123, par. 81, 328; CFI 8.7.2004, T-44/00 – *Mannesmannröhren-Werke*, ECR 2004, II-2223, par. 181; CFI 8.7.2004, T-50/00 – *Dalmine*, ECR 2000, II-2395, par. 214.

¹⁹⁰ Cf. e.g. ECJ 11.12.2007, C-280/06 – *ETI*, nyr, par. 42.

¹⁹¹ Cf. e.g. ECJ 2.10.2003, C-196/99 P – *Aristrain*, ECR 2003, I-11005.

¹⁹² *ETI* (n. 171), par. 52.

¹⁹³ On the applicable legal regime with respect to responsibility within groups of companies: *Pohlmann*, Der Unternehmensverbund im Europäischen Kartellrecht, 1999, 354-355; *Bulst* (n. 9), 229-233 (both arguing for Community law).

¹⁹⁴ Cf. WP, 8-9; SWP, par. 226-240 for further details and the underlying reasoning.

¹⁹⁵ WP, 9-10; SWP, par. 241-267.

¹⁹⁶ SWP, par. 245.

number of detailed proposals of how the claimant's exposure could be limited.¹⁷⁸

I. What next?

I. The White Paper

The suggestions listed in the WP are what the Commission considers to be the minimum necessary to ensure the effective exercise of the right to compensation for antitrust damages. According to the Commission, a Community legal instrument, rather than Member State action only, appears to be required to implement some of these suggestions in order to guarantee basic equality of treatment of antitrust victims across the EU. The more levelled the playing field for antitrust actions, the lower the need for a claimant to shop around for an appropriate forum. The WP identifies a number of further advantages of a European legal framework, such as legal certainty, increased awareness and deterrence¹⁷⁹. Codifying the *acquis* would also increase the chances for individuals to obtain compensation for breaches of the *acquis* by national bodies, namely through state liability. Depending on the degree to which a level playing field in the EU is required, a choice would have to be made between an EC regulation and an EC directive. According to the Commission, in addition to a codification of the key aspects of the *acquis*, EC legislative action appears to be required for some aspects of the availability of collective and representative actions; *inter partes* disclosure; the binding effect of NCA decisions; the fault requirement; the passing-on defence; the limitation period; the protection of leniency applications from disclosure and the civil liability of the immunity recipient. Soft-law approaches appear sufficient regarding the calculation of damages and the costs of damages actions.¹⁸⁰

The Commission acknowledges that some of the obstacles standing in the way of effective compensation for antitrust damages are not specific to antitrust infringements. Some of its suggestions might therefore also be appropriate beyond the present context. The Commission recommends the adoption of measures with a more horizontal scope where there is a need, a technical feasibility and a clear political will to do so. If there is not, this should, however, not be a reason to abstain from measures ensuring the effectiveness of the right to compensation for *antitrust* damages which derives directly from Community law. The Commission furthermore emphasizes the factors that make actions for antitrust damages particularly difficult to bring, as well as, with reference to *Courage* and *Manfredi*, the public policy dimension of making such actions effective.¹⁸¹

II. Analysis

1. Measures at Community level

Harmonisation of specialty areas within the law without harmonising the foundations of that legal area generally gives rise to some difficulties.¹⁸² Neither general tort law¹⁸³ nor the law of civil procedure, to name the main two subject matters that are at stake here, are harmonised in the EU, with the exception of a few selected issues.¹⁸⁴ However, the harmonisation of specialty areas can also provide an important impulse for a more comprehensive harmonisation. Antitrust tort law may well turn out to provide such an impulse. To the extent that such a development appears desirable, guidance can be

sought from the results of the research undertaken in particular by the *European Group on Tort Law*, the *Study Group on a European Civil Code* and *The Common Core of European Private Law* project (*Trento Group*).¹⁸⁵

Some of the difficulties of harmonising specialty areas in isolation can be avoided by resorting to minimum rather than full harmonisation. It is submitted that those objectives of the WP suggestions that are most closely related with either general tort law or the general law of civil procedure can be achieved through minimum harmonisation, namely minimum standards for the type of damages recoverable, the fault requirement, *inter partes* disclosure and the availability of collective and representative actions.¹⁸⁶ Other suggestions may require more uniform rules for their goals to be attained, namely the mutual recognition of NCA decisions and the (non-)discoverability of corporate statements in civil proceedings. These are, however, easier to regulate in relative isolation.

2. Means

Several legal instruments and competences are at the Commission's disposal. A package consisting of several instruments is also a possibility. Article 83 EC is the most intuitive port of call.¹⁸⁷ While Article 83 EC allows for both regulations and directives, the Commission has so far only adopted regulations under that provision. Regulations have the specific advantage of not requiring transposition into national law, which ensures – at least as far as the law on the books is concerned – legal uniformity across the Union. The fact that directives require transposition may, however, also have advantages. The duty to transpose can induce national legislators to identify those parts of a measure that may deserve a more general application and to extend their scope beyond the subject matter covered by the directive. Article 95 EC also allows for directives and regulations. Article 95 EC would, of course, trigger the legislative procedure laid down in Article 251 EC. A further, possibly more limited, option may be Article 65 EC. Article 308 EC should be mentioned for the sake of completeness.

3. National law

Harmonised minimum standards regarding the right to compensation for antitrust damages are desirable for the reasons given in the WP.¹⁸⁸ No matter by which legal instrument(s) they are achieved, if indeed they will be achieved, the legal framework established will not be a comprehensive one. The questions that may arise in private antitrust litigation are simply too manifold. Ever so many of them will therefore con-

¹⁷⁸ WP, 9-10; SWP, par. 245, 251, 255-261, 263 (with references to existing Community instrument and national laws that could serve as examples).

¹⁷⁹ Cf. text accompanying n. 7 above.

¹⁸⁰ SWP, par. 316-322.

¹⁸¹ SWP, par. 312-315.

¹⁸² von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, vol. I, 1996, 383-394.

¹⁸³ Note, however, the many initiatives to identify common principles of tort law, cf. e.g. *Zimmermann*, *Digest of European Tort Law*, vol. I, 2007.

¹⁸⁴ Cf. also the IP Directive (n. 126)

¹⁸⁵ Cf. the overview in *Bulst* (n. 9), 354-356

¹⁸⁶ Cf. section D.III.2.a)bb) above for passing-on.

¹⁸⁷ On the scope of this article cf. *Bulst* (n. 9), 351-352.

¹⁸⁸ Cf. also *Heinemann*, *Remedies in Antitrust Law*, in: *idem/Möllers (ed.)* (n. 5), 656-657.

tinue to be resolved on the basis of national law.¹⁸⁹ National law will also continue to govern damages claims for violations of *national* competition law, even though spill-over effects appear likely.¹⁹⁰ National law governing damages actions for breaches of Articles 81, 82 EC will have to comply with the principles of equivalence and effectiveness. Guidance regarding the application of the latter, to the extent that a future Community legal instrument does not provide it, could possibly be drawn from the ECJ's case law on Article 288(2) EC and on state liability.¹⁹¹ Given that the significance of the national legal regimes will remain and that these will operate against the background of a common minimum standard establishing a more level playing field, the national

legal systems may develop into productive comparative law laboratories with respect to antitrust damages actions.¹⁹² Ideally, these laboratories will yield appropriate solutions to all the new questions likely to arise regarding the design and distribution of arms and armour.

¹⁸⁹ Basedow (n. 60), 357-358.

¹⁹⁰ Heinemann (n. 188).

¹⁹¹ Cf. in more detail Bulst (n. 10), 189-193. For an exhaustive analysis of the convergence between the various liability regimes of EC law, cf. *Wurmnest*, Grundzüge eines europäischen Haftungsrechts, 2003.

¹⁹² Cf. Basedow (n. 60), 357-358.

■ Streitgespräch

Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard), Prof. Dr. Hubertus Gersdorf,
Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley)

Die Privatisierung der Deutschen Bahn

Das Bucerius Law Journal veranstaltete am 26. Mai 2008 eine Podiumsdiskussion zur Bahnprivatisierung. Gegenstand der Diskussion war das kürzlich beschlossene „Holding-Modell“. Es diskutierten drei namhafte Wissenschaftler: Professor Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard), Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg sowie Vorsitzender der Monopolkommission, Professor Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley), Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung an der Bucerius Law School, sowie Professor Dr. Hubertus Gersdorf, Inhaber des Gerd Bucerius-Stiftungslehrstuhls für Kommunikationsrecht an der Universität Rostock. Die Veranstaltung wurde von der Kanzlei Morgan Lewis, unserem ständigen Förderer, gesponsert.

Zur Einstimmung auf die Diskussion hielt **Professor Dr. Jörn Axel Kämmerer**, Inhaber eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht an der Bucerius Law School, einen Einführungsvortrag zur Privatisierung der Bahn.

Dieser Vortrag ist im Folgenden abgedruckt und kann auch als mp3-File von der Webseite des Bucerius Law Journals, www.law-journal.de, heruntergeladen werden.

„Nie [...] wird die Regierung die Leitung und Benützung der Eisenbahnen, einer Anstalt, deren Inhaber bis zu einem gewissen Punkte den gesamten kommerziellen und öffentlichen Verkehr beherrscht, nie wird die Regierung diese Bahnen in ihren Haupttrichtungen in Privathände geben, nie und unter keiner Bedingung.“ Seit dieser Anti-Privatisierungs-Philippika des bayerischen Ministers Karl von Abel sind 163 Jahre vergangen, die Grundsatzdiskussion, ob die Bahn staatlich oder privat geführt werden sollte, dauert an, und sie wird uns auch in Zukunft begleiten. Je nachdem, welche Strömung an welchem Ort die Oberhand gewonnen hatte, wechselte in der Geschichte die Zuordnung: Preußen etwa setzte viel stär-

ker als Bayern auf private Eisenbahnunternehmer, musste jedoch bald erkennen, dass deren Leistungsfähigkeit nicht immer ausreichte. Noch 1876 hatten die Privaten in Preußen rund zwei Drittel des Schienennetzes inne, doch verstaatlichte der preußische Staat binnen der folgenden 40 Jahre davon den größten Teil. Unter der Weimarer Verfassung gelang die lange ersehnte Reichseinheit der Eisenbahn in Gestalt der seit 1924 bestehenden Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft, eines hybriden Gebildes: Eigentlich war es öffentlich-rechtlich organisiert, trotzdem war das Kapital in Aktien aufgeteilt, von denen ein Teil von (vorwiegend ausländischen) Privaten gehalten wurde. Diese Vorzugsaktien, zum großen Teil kassierte Reparationsleistungen, waren auch übertragbar. Die größte Staatsnähe wurde wohl erst unter dem Grundgesetz erreicht: Nach Art. 87 Abs. 1 GG a.F. war die Bahn Teil der Bundesverwaltung und wurde als Sondervermögen organisiert. Erst mit der Bahnreform von 1993 ist die Deutsche Bahn zumindest in organisatorischer Hinsicht – als Aktiengesellschaft in 100%iger Trägerschaft des Bundes – wieder etwas staatsferner. Wir stehen heute nicht vor der Frage, ob wir zum Rechtszustand des Jahres 1876 zurückkehren sollen oder nicht; denn konkurrierende oder komplementäre Netze der Privaten einerseits und des Staates andererseits stehen aus einer Reihe von Gründen nicht zur Debatte. Es geht darum, ob, wo und in welchem Umfang Private Anteile des weitaus größten Netzbetreiber- und Verkehrsdienstleisters erwerben dürfen, auch vor dem Hintergrund, dass sich der zwischenstaatliche Wettbewerb im Bahnbereich intensiviert und Kapital für Innovation benötigt wird.

Nicht nur bei der Verteilung der Jahreszeiten scheinen Nord- und die Südhalbkugel dieses Planeten Antipoden zu sein: Just zu dem Zeitpunkt, als Neuseeland zur Wiederverstaatlichung seiner Bahn schritt, wurden die Weichen für die Kapitalprivatisierung bei der Deutschen Bahn gestellt. Vorausgegangen war hierzulande eine lange Kontroverse um die verfassungsrechtliche und rechtspolitische Statthaftigkeit von Privatisierungsmaßnahmen. Drei ganz unterschiedliche Aspekte be-

stimmten diese Debatte: die Sicherung der sog. Daseinsvorsorge, das Bedürfnis nach Öffnung und Regulierung eines monopolistisch geprägten Marktes und, last but not least, die intrikaten verfassungsrechtlichen Privatisierungsschranken.

Zwar hatte die aus der Fusion der Sondervermögen Deutsche Bundesbahn und Deutsche Reichsbahn hervorgegangene Deutsche Bahn AG anders als die Bundespost niemals ein Monopol im rechtlichen Sinne inne. Angesichts ihres Skalenvorteils als Inhaberin eines deutschlandweiten Schienennetzes war die rechtliche Sicherung der Vormachtstellung auch entbehrlich. Mitbenutzungsrechte, wie das Allgemeine Eisenbahngesetz sie zugunsten konkurrierender Schienentransportdienstleister statuiert, haben daran (außerhalb des besonders geregelten Nahverkehrssektors) wenig geändert: Die Deutsche Bahn sitzt in ihrem Netz wie eine Spinne. Um den Wettbewerb zu beflügeln, müsse man der Deutschen Bahn das Netz entziehen, sagen die einen; sie verweisen auf das staatseigene, von Transportunternehmen unabhängige Straßennetz und auf das Vereinigte Königreich, wo es nach einer langen Zeit der Irrungen und Wirrungen zur Trennung von Transport und Netzinfrasturstruktur gekommen ist. Für andere, darunter die Bahn selbst, kann die Spinne nicht ohne Netz existieren und das Netz ohne Spinne nicht erhalten werden.

Was hat die Zugehörigkeit des Schienennetzes zur Deutschen Bahn AG oder zum Bund (und damit zur Allgemeinheit) mit der Privatisierung zu tun? Erstaunlich viel, denn die Frage liegt im Schnittpunkt zweier verfassungsrechtlicher Bestimmungen: der Privatisierungsschranke des Art. 87e Abs. 3 S. 2 Hs. 2 GG und der Gewährleistungspflicht des Bundes gemäß Art. 87e Abs. 4 GG. Art. 87e Abs. 4 GG verpflichtet den Bund zu gewährleisten, dass dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz [...] Rechnung getragen wird. Was Eisenbahnen des Bundes sind, beantwortet Art. 73 Abs. 1 Nr. 6a GG: Es sind solche, die ganz oder mehrheitlich im Eigentum des Bundes stehen. Art. 87e Abs. 3 S. 3 Hs. 2 GG errichtet mit Blick auf diese Eisenbahnen des Bundes auch eine Privatisierungsschranke: Die Mehrheit der Anteile an den im Eigentum des Bundes stehenden Unternehmen, deren Tätigkeit den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen umfasst, kurz: der Eisenbahninfrastrukturunternehmen, muss beim Bund verbleibt. Nur wenn Transportdienste und Infrastruktur unternehmerisch getrennte Wege gehen, steht einer Veräußerung der Aktienmehrheit am Verkehrsunternehmen verfassungsrechtlich nichts Grundsätzliches im Wege. Bleiben beide Bereiche unternehmerisch verwoben, ist die verfassungsrechtlich zulässige Privatisierung auf 49,9 % der Anteile begrenzt. Die Daseinsvorsorge, das Wohl der Allgemeinheit und vor allem die Verkehrsbedürfnisse, scheint unter einer solchermaßen kanalisiert Privatisierung also nicht zu leiden. Doch sicher ist dies nicht. Dies liegt zum einen an konzeptionellen Defiziten des Art. 87e Abs. 4 GG: Die darin verankerte Gewährleistungspflicht ist auf „Eisenbahnen des Bundes“ beschränkt. Das Verkehrsunternehmen, das für sich genommen keinen Privatisierungsgrenzen unterliegt, ist mit dem Verlust der Anteilsmehrheit des Bundes aber keine Eisenbahn des Bundes. Sie verfügt, wenn sie vom Infrastrukturunternehmen gelöst wird, auch über kein Schienennetz mehr. Die Gewährleistungspflicht nach Art. 87e Abs. 4 GG

läuft also teilweise ins Leere. Das Infrastrukturunternehmen bleibt zwar, weil es ja nicht mehrheitlich privatisiert werden darf, auf alle Fälle „Eisenbahn des Bundes“. Auf dieses scheint der Wortlaut des Art. 87e Abs. 4, wo von „Schienennetzen der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten“ die Rede ist, aber wiederum nicht gemünzt zu sein. Ließe man die Gewährleistungspflicht unter enger Anlehnung an den Wortlaut des Art. 87e Abs. 4 GG nur für Verkehrsunternehmen gelten, könnte der Bund sie durch Privatisierung nach alledem nicht nur aushebeln; man müsste sich auch fragen, was eigentlich mit der Privatisierungsschranke für Infrastrukturunternehmen erreicht werden soll. Es bedarf also der Einbeziehung der Infrastrukturunternehmen in den Geltungsbereich des Art. 87e Abs. 4 GG im Wege extensiver Auslegung.

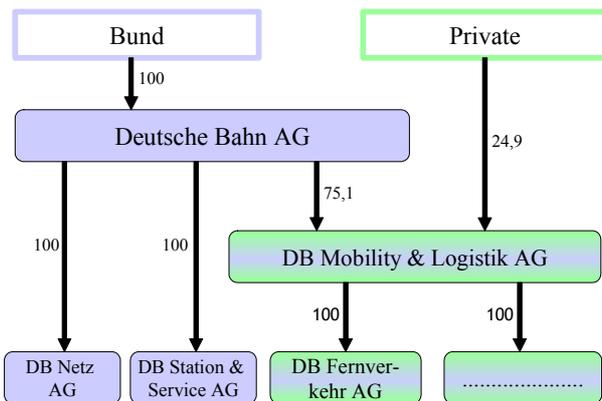
Vollends unübersichtlich würde die Verfassungslage für den Fall, dass die Schienenwege gleich den Autobahnen dem Unternehmen entzogen und direkt dem Bund unterstellt würden. Ob ein solches (2007 angedachtes) Konstrukt verfassungsrechtlich zulässig ist, muss bezweifelt werden, denn Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG verlangt, dass Eisenbahnen des Bundes „als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt“ werden. Eine Kapitalgesellschaft muss also zwischengeschaltet sein. Allenfalls eine Art Treuhandkonstrukt wäre vor diesem Hintergrund vorstellbar.

Art. 87e Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 GG stehen, wie ich gezeigt habe, in einem engen funktionalen Zusammenhang. Wer heute für die Einheit von Bahn und Netz plädiert, kann jedenfalls geltend machen, dass die verfassungsrechtlichen Vorgaben auf dieses Modell besser passen wollen als auf eine vollständige unternehmerische Trennung von Infrastruktur- und Verkehrsunternehmen. Der Preis der (Konzern-)Einheit ist, dass die Veräußerung der Anteilsmehrheit nicht nur beim Infrastrukturunternehmen, sondern auch beim Verkehrsunternehmen nicht durchgeführt werden könnte – oder doch nur im Rahmen komplexer Holding- oder Trägermodelle.

Die jetzt beschlossene Teilprivatisierung scheint nicht nur von der Dimension her an die umrissenen rechtlichen Probleme nicht heranzureichen; sie bleibt auch hinter älteren Plänen wie denen des Ministers Tiefensee zurück. Die Halbherzigkeit ist auch Frucht verfassungsrechtlicher und wirtschaftspolitischer Vorbehalte gegen den Gesetzentwurf für die Privatisierung der Bahn von 2007. Vorgesehen war, dass bis zur knappen Hälfte der Anteile als sog. Volksaktien zur Veräußerung gestellt werden durften. Der Deutschen Bahn AG sollte das Schienennetz, das juristisch gesehen, im Eigentum des Bundes bleiben sollte, zur wirtschaftlichen Nutzung für zunächst 15 Jahre zugewiesen werden. (Nach einem etwas älteren Konzept sollte das Schienennetz überhaupt der Deutschen Bahn AG übertragen werden und nach Ablauf einiger Jahrzehnte an den Bund zurückfallen.) Das Infrastrukturmodell von 2007 wurde nicht nur als wettbewerbs- und länderfeindlich gegeißelt; es belasse, wurde eingewandt, dem Bund auch keine ausreichende Einwirkungsmöglichkeit auf das Schienennetz. Ich will auf die Tragfähigkeit dieser Einwände hier nicht eingehen und mich mit dem Hinweis begnügen, dass im Schrifttum umstritten ist, ob der Bund seiner Gewährleistungspflicht überhaupt mit Mitteln des Gesellschaftsrechts nachkommen darf oder nicht vielmehr auf eine verwaltungsrechtliche Regulierungskompetenz beschränkt ist.

Im Vergleich zu den Tiefensee-Plänen von 2007 scheint das, was der kreiende Berg nach langen Geburtswehen nun hervorgebracht hat, ein Refrmchen zu sein. Doch Achtung: Niemand kann gewiss sein, dass dies der letzte Privatisierungsschritt gewesen ist, weitere Schritte könnten – nach gleichem Muster – folgen. Das neue Modell verzichtet zwar nicht auf Parlamentsbeteiligung, kommt aber ohne ein Gesetz aus; denn das Grundgesetz ordnet ein solches nur für die Kapitalprivatisierung beim Infrastrukturunternehmen an. Beim Tiefensee-Modell von 2007 wanderte die Infrastruktur auf sachenrechtlicher Grundlage sozusagen huckepack mit dem Verkehrsunternehmen mit. Beim neuen Modell geschieht, wenn auch auf gesellschaftsrechtlicher Ebene, annähernd das Gegenteil, denn das Verkehrsunternehmen wird einer neu zu gründenden Holding mit dem neudeutschen Namen „Mobility und Logistik AG“ zugeordnet. Dies ist gewiss keine Revolution, denn auch bisher schon operiert die Deutsche Bahn AG mit Tochterunternehmen: DB Netz AG für die Schieneninfrastruktur, DB Fernverkehr AG, DB Station&Service AG und manche andere 100%-ige Tochtergesellschaften. Nach dem jetzt mit dem Segen der Gewerkschaften verabschiedeten Konzept soll innerhalb des Konzerns den Verkehrsgesellschaften eine Holding vorgeschaltet werden, deren Anteile im Umfang von maximal 24,9% privaten Kapitalgebern veräußert werden. Netz-, Station- und Energieunternehmen bleiben wiederum in mittelbarer alleiniger Trägerschaft des Bundes.

Privatisierungsmodell 2008



Die Bewertung der neuen Privatisierungskampagne ist nicht meine Aufgabe an dieser Stelle; sie soll den Teilnehmern an der Podiumsdiskussion vorbehalten bleiben. Einige Fragen aber sollen, weil sie auf der Hand liegen, hier doch aufgeworfen werden. Gewährleistet muss jedenfalls sein, dass die Privatisierung in verfahrensrechtlicher Hinsicht ebenso wie im materiellen Ergebnis den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht. Auch die verfahrensrechtliche Vorgehensweise muss also „wasserdicht“ sein. Mag auch das Grundgesetz für diese Konstellation nicht explizit ein Gesetz vorschreiben, so wirkt doch die Privatisierung, insbesondere wenn weitere Veruerungsschbe folgen, auf die Gewährleistungspflicht des Bundes gemäß Art. 87e Absatz 4 GG zurück. Sodann gibt es eine ökonomische Frage zu beantworten: Was eigentlich erwartet man sich von einer Privatisierung, welche die Kapitalgeber vom Einfluss auf die Unternehmensstrategie im Wesentlichen fernhält? Was erwarten umgekehrt die Kapitalgeber von dem Unternehmen, in das sie investieren? Aus dem Erfolg anderer Privatisierungen wie der HHLA, die in Ham-

burg zu ebenfalls 25% an die Börse gebracht wurden, Prognosen für die Bahn abzuleiten, halte ich für schwierig. Diese ökonomischen Fragen sind mit einer genuin juristischen unauflöslich verbunden: Wie muss das Privatisierungsfolgenrecht ausgestaltet sein, um die gegenläufigen Interessen an „shareholder value“ und Daseinsvorsorge auszugleichen? Immer schwingt hier auch die Frage mit, ob die gesellschaftsrechtliche Einflussnahme des Bundes ein Aliud zur verfassungsrechtlichen Gewährleistungspflicht oder ganz im Gegenteil ihr notwendiger Bestandteil ist.

Hinter allen diesen Fragen steht letztlich der auch in Art. 87e GG angelegte Widerstreit zwischen Wirtschaftlichkeit und Gemeinwohlorientierung. Wie er bei der Deutschen Bahn AG gelöst werden soll, wissen wir noch nicht im Detail, aber auch wenn Näheres bekannt ist, dürfte das Echo ein geteiltes werden. Zwischen den Positionen, welche die drei hier anwesenden Kollegen an prominenter Stelle in der juristischen und politischen Öffentlichkeit zum Thema Bahnreform vertreten haben, besteht jedenfalls so viel kreative Spannung, dass man auf ein ebenso anregendes wie informatives und sicher auch kurzweiliges Streitgespräch hoffen darf.

Rechtspolitische Aspekte der Bahnprivatisierung

BLJ: Herr Professor Basedow, wie bewerten Sie das Holding-Modell, insbesondere auch vor dem Hintergrund der erklärten Ziele der Bahnreform von 1994, nämlich zum Einen der Stärkung des Wettbewerbs und zum Anderen der Entlastung des Staatshaushalts?

Basedow: Vielleicht erlauben Sie mir, dass ich zuerst noch ein paar Worte zu der wettbewerblichen Situation sage, in der sich die Bahn befunden und die ja bestimmte Auswirkungen auf ihr Verhalten auf den Märkten gehabt hat. Herr Kollege Kämmerer hat ja auf die monopolistische Struktur hingewiesen – es hätte zwar nie ein rechtliches Monopol gegeben, aber ein faktisches Monopol. Die Eisenbahn hatte praktisch bis etwa zur Zeit nach dem 2. Weltkrieg das faktische Monopol für den Landverkehr. Es gab keine Kraftfahrzeuge, es gab nur wenige schiffbare Flüsse und das Kanalnetz war nicht ausgebaut. Die Konsequenzen für das Verhalten dieses Monopolisten waren wie bei anderen Monopolisten auch: Kasse machen! Es wurden einfach überhöhte Frachten und überhöhte Fahrpreise genommen. Das war übrigens auch der Grund, warum es zu der Übertragung der Bahn auf das Reich kam. Das Reich musste nach dem 1. Weltkrieg Reparationen an die Siegermächte zahlen. Dafür konnte es die Steuern nicht erhöhen, denn die Wirtschaft lag darnieder. Deswegen hat man die Milchkuh genommen, die es gab, nämlich die Eisenbahn, und überführte sie auf das Reich. Es hat Versuche der Quersubventionierung gegeben zugunsten der Agrar- und Montanwirtschaft, es hat aber auch die Teilhabe von Zulieferern und Arbeitnehmern an den Monopolgewinnen gegeben. Es ist kein Zufall, dass die Gewerkschaften sich über viele Jahre besonders stark dafür engagiert haben, dass diese Bahn in Staatshand bleibt und es keinen Wettbewerb im Eisenbahnnetz und möglichst wenig im Verkehrsbereich insgesamt gibt. Insgesamt ist eine Mammut-Bürokratie entstanden. Erst nach dem 2. Weltkrieg setzte allmählich von der Straße her der Wettbewerb ein: Es begann die Motorisierungswelle der 50er und 60er Jahre; aber auch die Binnenschifffahrt nahm zu: es wurden zahlreiche Flüsse schiffbar gemacht (Mosel, Saar, Main, Neckar), es wurden Kanäle (Rhein-Main-Donau-Kanal

oder Elbe-Seiten-Kanal) und Rohrleitungen gebaut. An verschiedenen Stellen wurde so das Verkehrsaufkommen und die Verkehrsanteile, die traditionell zu den guten Betriebsergebnissen der Reichsbahn beitrugen, durch konkurrierende Verkehrsträger „abgesogen“. Die Konsequenz war: Dieses Unternehmen saß auf seinen überhöhten Kosten und hat andererseits Einnahmen eingebüßt. So ist es zu einer permanenten Überschuldung gekommen. Anfang der 80er Jahre bezeichnete der damalige Verkehrsminister die Deutsche Bahn als ein „Haushaltsrisiko“ für den Bund. Zum Zeitpunkt der Verfassungsänderung im Jahr 1994 und der Formprivatisierung hatte die Bahn nach meiner Erinnerung über 50 oder 55 Milliarden DM Schulden. Es kamen dann die Vereinigungslasten aus der deutschen Wiedervereinigung hinzu. Sie können sich vorstellen, dass hier ein gewaltiger politischer Handlungsdruck bestand. Es sollten nicht weiter Staatsgelder in ein ineffizientes Unternehmen fließen. Zum gleichen Zeitpunkt gab es obendrein eine Deregulierung anderer Verkehrszweige, insbesondere des Güterfernverkehrs und der Binnenschifffahrt, sodass die Bahn auch insofern stärkerem Wettbewerbsdruck ausgesetzt wurde und man dann nur noch die Chance sah, durch eine Überführung in private Trägerschaft mit einer stärkeren privatwirtschaftlichen Initiative dieses finanzpolitische Risiko zu bewältigen.

Nun zu Ihrer Frage nach dem Holding-Modell: Ich sehe eigentlich als primär nicht die Frage nach dem Unternehmen. Unternehmen sind dazu da, Bedürfnisse zu befriedigen. Insofern muss man nach den Märkten fragen. Auf die kommt es an. In welcher Form dann diese Bedürfnisse befriedigt werden können, das hängt immer ab von einer Marktstruktur, von der Existenz von Wettbewerbern und so weiter. Unter diesem Gesichtspunkt hat die Deregulierungskommission vor rund 20 Jahren das Thema aufgegriffen und hat damals mit einer schönen Klarheit formuliert: „Nach verbreiteter Ansicht steht Art. 87 GG [der damaligen Fassung] einer Umwandlung der Deutschen Bundesbahn in eine Aktiengesellschaft im Wege. Nach Auffassung der Deregulierungskommission ist diese Auslegung weder zwingend noch sinnvoll. Doch muss eine Steigerung von Wettbewerb und Effizienz im Bahnsektor daran nicht scheitern. Sie lässt sich vielmehr durch eine Aufspaltung der Bahn in Netz und Betrieb sowie durch die Zulassung anderer Beförderer auf dem Netz erreichen. Das Netz wird dann, ähnlich wie das Straßennetz und das Wasserstraßennetz vom Staat vorgehalten und steht mit jenen in Konkurrenz. Der Netzbetreiber, eine verselbständigte Wirtschaftseinheit, vereinbart nichtdiskriminierende Entgelte mit den Benutzern. Der Betriebsbereich der Bundesbahn ist dem Wettbewerb ausgesetzt. Er ist mit der Netzunterhaltung nicht belastet, sondern trägt dazu nur durch seine Benutzergebühren bei. Die Koordinierung der Betriebsabläufe auf dem Netz muss so ausgestaltet sein, dass die Gleichbehandlung der Beförderer sichergestellt ist; nur so kann gewährleistet sein, dass die Wettbewerbssituation der privaten Betreiber vergleichbar ist mit derjenigen des Betriebsbereichs der Bundesbahn. Die Trennung von Netz und Betrieb gestattet auch die Zulassung von Betreibern ausländischer Eisenbahngesellschaften und damit die Verwirklichung der vom Europäischen Gerichtshof angemahnten Dienstleistungsfreiheit im Schienenverkehr.“ Soweit die Deregulierungskommission damals. Meines Erachtens geht das jetzt avisierte Holding-Modell in diese Richtung. Es schlägt keine Tür zu, es führt eine Trennung von Netz und Betrieb über die rein rechtliche Struktur hinaus in-

sofern ein, als der Betriebsbereich eben in einem gewissem Umfang privatem Kapital zugänglich gemacht wird, während das Netz im staatlichen Eigentum bleibt. Das Netz wird damit auch weiterhin die Möglichkeit haben, gewissermaßen neutral den verschiedenen Eisenbahnunternehmen gegenüber zu treten. Es ist ja nun auch so, dass wir heute schon private Wettbewerber haben: Wenn Sie nach Westerland fahren oder nach Bremen oder nach Hannover, dann gibt es da durchaus die Möglichkeit, mit dem Metronom oder der Nord-Ostsee-Bahn zu fahren, die sich in privater Hand befinden.

Der Fehler des derzeit avisierten Modells liegt meines Erachtens in der gemeinsamen Holding, hier liegt schon mal strukturell die Gefahr begründet, dass es letztlich zu Abstimmungen zwischen dem Netzunternehmen und den Betriebsunternehmen kommt und dies zu Lasten von privaten Wettbewerbern. Es darf aber meines Erachtens nicht noch obendrauf eine Personalunion kommen, dass also Herr Mehdorn dann in allen drei Gesellschaften das Sagen hat. Da nützen alle Chinese Walls nichts, denn so perfekt ist Herr Mehdorn dann auch nicht, dass er mit der Veränderung seines Hutes auch gleich alles vergisst, was er mit dem anderen Hut gelernt hat. Ob es dann nachher zu einer Auflösung der Holding kommt? Das wäre meines Erachtens wünschenswert, aber ist natürlich abhängig von den politischen Kräfteverhältnissen, wie sie sich in dieser Situation ergeben.

BLJ: Vielen Dank! Herr Prof. Gersdorf, wie ist Ihre Einschätzung?

Gersdorf: Vielleicht erlauben Sie mir auch einige einleitende Sätze. Ich glaube, man muss in der Tat erst einmal zum Thema führen. Meine sehr verehrten Damen und Herren, Liberalisierung, Privatisierung, diese Begriffe werden häufig in einem Atemzug genannt mit Deregulierung. Das Gegenteil trifft zu. Wenn sich der Staat entscheidet, vormals vom Staat beherrschte Gebiete des Wirtschaftslebens zu privatisieren, dann besteht nach der Privatisierung höherer Regulierungsbedarf als vor der Privatisierung. Das ist sehr wichtig festzuhalten. Wollen wir erst einmal den ersten Schritt gehen: Warum entscheidet sich der Staat überhaupt für Privatisierung und auch für die Überführung eines vormals monopolistisch strukturierten Bereichs in eine Wettbewerbsordnung? Herr Kämmerer hatte die Geschichte der Eisenbahn in Deutschland schon im Einzelnen nachgezeichnet, Herr Basedow hatte eben schon die Erwägungen, die zur Verfassungsreform 1994 geführt haben, in Erinnerung gerufen. Damals sah man es allgemein als ein nicht kalkulierbares Haushaltsrisiko an, wenn der Bund weiterhin den Bereich der Eisenbahn betreiben würde. Der Steuerzahler würde irgendwann überfordert werden. Deswegen hat man diesen Bereich, das Betreiben von Infrastruktur, und auch die Verkehrsdienstleistungen, die auf dieser Infrastruktur, diesem Netz, erbracht werden, in eine privatwirtschaftliche Organisationsform übertragen, deswegen gibt es die Deutsche Bahn AG, eine Aktiengesellschaft. Und diese Aktiengesellschaft handelt nach ökonomischer Rationalität, nach betriebswirtschaftlichen, nach kaufmännischen Gesichtspunkten. Das ist die Rationalität des Unternehmens Deutsche Bahn AG nach unserer Verfassung. Zusätzlich wird dieser Bereich dem Wettbewerb überführt. Das sind die zwei Aspekte. Jetzt muss aber noch die Regulierung hinzukommen. Warum, meine Damen und Herren? Vormals monopolistisch strukturierte Märkte kann man nicht liberalisieren, ohne dass es zu Verwerfungen kommt. Wenn es struk-

turelle Marktzutrittsschranken gibt, dann ist es Aufgabe der Regulierung, für Augenhöhe der Konkurrenten zu sorgen. Und das geht nur durch Regulierung. Wenn der Eine das Netz hat und alle angewiesen sind auf den Zugang zum Netz, dann muss durch Regulierung dafür Sorge getragen werden, dass die Konkurrenten die gleichen Chancen haben, auf genau dieses natürliche Monopol, auf dieses Netz zu kommen. Regulierung ist unverzichtbar – sonst wird man die Wohlfahrts-effekte, die man mit einer Liberalisierung verbindet, nicht erreichen können. Das war der Kardinalfehler der Liberalisierung im Energiewirtschaftssector, dort hat man einfach liberalisiert ohne zu regulieren, oder wenigstens hinreichend zu regulieren, mit der Folge, dass beim Verbraucher nahezu nichts herausgekommen ist. Das Gegenstück ist die Liberalisierung und die Privatisierung der Telekommunikationsmärkte. Wir alle sehen ständig den Preisverfall im Telekommunikationsbereich. Ich möchte ein Beispiel bringen: Ich habe schon lange einen breitbandigen Internetzugang von 16 Mbit – vor zweieinhalb Jahren habe ich noch 50 Euro gezahlt, jetzt zahle ich 30 Euro für das gleiche Leistungspaket. Effizienter kann im Grunde genommen eine Wettbewerbsordnung nicht entwickelt werden. Aber, bitteschön, durch Regulierung. Das fällt nicht vom Himmel. Es ist Aufgabe des Staates, diese Aufgaben tatsächlich wahrzunehmen. Es wäre ein grundlegender Fehler, dem Staat nach der Privatisierung die Aufgabe des Nachwächterstaates zu übertragen, also subsidiär nur noch mit den Mitteln des allgemeinen Kartellrechts einzugreifen, nein, er hat auch für funktionsfähigen Wettbewerb auf den Märkten Sorge zu tragen.

Jetzt zur Bewertung des Modells. Erster Punkt: Zunächst einmal ist anzumerken, und das ist keine Selbstverständlichkeit mehr, dieses Modell verdient schon deswegen Zustimmung, weil es verständlich ist. Das Modell, über das im letzten Jahr gesprochen wurde, das im Hause Tiefensee entwickelt wurde, hat nahezu niemand verstanden. Ich habe selbst hierzu im Auftrag des Bundestages ein verfassungsrechtliches Rechtsgutachten erstellt. Ich behaupte, das Modell verstanden zu haben. Aber ich behaupte ebenfalls, dass einige, die an der Anhörung im deutschen Bundestag teilgenommen haben, dieses Modell überhaupt nicht verstanden hatten. Wenn aber nicht einmal Professoren das Modell verstehen können, können es Abgeordnete nicht verstehen und vor allem das gemeine Volk kann es nicht verstehen. Es ist ganz wichtig, dass, wenn man sich an komplexe Materien begibt, man ein Modell entwickelt, das man auch verstehen kann. Der besondere Wert des jetzigen Modells besteht darin, dass es entwicklungs offen konzipiert ist. Alle können mit diesem Modell zufrieden sein. Diejenigen, die dauerhaft den vertikal integrierten DB-Konzern auflösen wollen, also eine strikte Trennung von Netz und Nutzung herbeiführen wollen, können auf diesem Weg weiter arbeiten. Diejenigen, die für die vertikal integrierte Lösung sind, können weiterhin versuchen, dieses Modell zu verteidigen. Das Modell, das jetzt in Rede steht, tut niemandem weh – jeder kann seine Ziele weiter verfolgen. Was die Privatisierung der Eisenbahnverkehrsunternehmen anbelangt, die ja in einer Holding zusammengefasst werden, in dieser Mobility & Logistics AG: Auch hier fühlen sich alle politischen Kräfte gut aufgehoben. Für die einen ist dies der erste Schritt, für die anderen ist der erste zugleich der letzte Schritt. Für die anderen gibt es keine weitere Privatisierung über die 24,9% hinaus, für die einen kann man sich sogar vorstellen, dass man die Bahn sogar zur Gänze privatisiert.

Weiterhin ist auch die Privatisierung des Infrastrukturbereichs möglich. Auch die Infrastrukturunternehmen, also die DB Netz AG, die DB Energie AG und die DB Bahnhöfe AG, auch diese Unternehmen können, wenn es die politischen Mehrheiten gibt, sehr wohl privatisiert werden. Allerdings gibt es hier, auch hierauf hat Herr Kämmerer hingewiesen, eine verfassungsrechtliche Sperrung; mehr als 50% dieser Unternehmen dürfen nicht an die Börse kommen. Deswegen ist diese gesamte Konzeption entwicklungs offen aufgebaut und deswegen auch mehrheitsfähig und wird auch realisiert werden. Ein weiterer politischer Vorteil besteht darin, dass es keines Gesetzes bedarf, nach meinem Dafürhalten definitiv keines Gesetzes, so sehen das auch alle politischen Akteure, die Bahn natürlich auch, und damit bedarf es auch keiner Zustimmung des Bundesrates. Man kann also relativ rasch, spätestens im Frühjahr nächsten Jahres, an die Börse. Letzter Punkt: Ich habe den Eindruck, dass sich diejenigen, die sich vehement gegen eine Privatisierung ausgesprochen haben in der Vergangenheit und auch in der Gegenwart, und die leidenschaftlich für eine integrierte Konzernlösung streiten, im Interesse eines einheitlichen Arbeitsmarktes (das ist nämlich die eigentliche Motivation), ein Eigentor geschossen haben. Wenn man das Tiefensee-Modell vom letzten Jahr realisiert hätte, wäre der Konzern als integriertes Unternehmen an die Börse gegangen. Dann wäre später eine Entflechtung, eine Trennung zwischen dem Verkehrs-Dienstleistungs-Bereich und dem Infrastruktur-Bereich nicht mehr oder nur unter sehr erschwerten Bedingungen möglich gewesen. Jetzt, nach diesem Modell, wenn man die Infrastrukturunternehmen überhaupt nicht an die Börse bringt, ist genau eine solche Zerschlagung des integrierten Eisenbahnkonzerns sehr wohl möglich. Das wollten und wollen bestimmte politische Kräfte nicht, sie haben sich einen Bärendienst erwiesen, dass sie nicht auf den Tiefensee-Zug im letzten Jahr aufgesprungen sind und auch die Infrastrukturunternehmen mit an die Börse gebracht haben. Soviel zunächst für den Einstieg.

BLJ: Herr Professor Fehling, schließlich zu Ihrer Einschätzung.

Fehling: Vielen Dank. Da ja schon so viele kluge Vorreden gehalten wurden, kann ich mich auf eine Kommentierung der Pläne im Lichte der Reformziele beschränken. Dabei würde ich Ihrer Aufzählung noch ein Drittes hinzufügen: Wettbewerb, Haushaltsentlastung, aber eben auch Sicherung einer leistungsfähigen Bahninfrastruktur nebst ausreichendem – und, ich würde sogar sagen, im Rahmen des Klimaschutzes mittelfristig drastisch zu verbesserndem – Bahnverkehrsangebot.

Beim Wettbewerbsziel bin ich mir mit meinen Vorrednern noch weitgehend einig. Das jetzige Modell eröffnet sicherlich die Möglichkeit zu einer weiterreichenden Trennung von Netz und Betrieb, einfach deswegen, weil im Verkehrsbereich künftig Private mit an Bord sind, im Infrastrukturbereich dagegen nicht. Und wenn man intermodalen Wettbewerb, also Wettbewerb auf der Schiene, haben will, dann scheint mit in der Tat eine stärkere eigentumsrechtliche Entflechtung von Netz und Betrieb unverzichtbar zu sein. Das Konzept der Chinese Walls, selbst mit stärkerer personeller Trennung, funktioniert allenfalls halb gut, wenn überhaupt. Man muss allerdings überlegen: Brauchen wir den Wettbewerb auf der Schiene in diesem Umfang? Wir haben bereits die Möglichkeit eines Ausschreibungswettbewerbs um den

Betrieb einzelner Strecken. Und wir haben – Herr Basedow hat es ja ausführlich angesprochen – den intramodalen Wettbewerb, also den Wettbewerb der Schiene mit der Straße und auch mit den Billigfliegern. Ist das ein hinreichender Wettbewerbsdruck für ein effizientes Bahnsystem oder ist es das nicht? Darüber kann man sicherlich streiten. Schaut man ins Ausland, so sieht man, dass eine Trennung von Netz und Betrieb kein Allheilmittel ist für einen Erfolg – das wird man wahrscheinlich aus den britisch-englischen Erfahrungen herleiten können. Umgekehrt zeigt sich an der Schweiz, dass auch ein integriertes, Infrastruktur und Verkehrsbetrieb als Einheit belassendes System gut funktionieren kann. Die Schweiz scheint ja ein Erfolgsmodell für eine gelungene Staatsbahn zu sein. Ob die Trennung von Netz und Betrieb und zusätzlicher Wettbewerb auf der Schiene dringend gebraucht werden, bleibt somit eine offene Frage. Aber wenn man es will, dann ist mit dem aktuellen Teilprivatisierungsmodell ein erster Schritt getan. Allerdings in der Tat ein kleiner Schritt, weil wir die Holding-Struktur behalten. Aber man könnte eben mittelfristig diese Holding stärker entflechten bzw. auflösen.

Zur Haushaltsentlastung: Da bin ich schon skeptisch. Natürlich erhält jetzt der Bund einen ordentlichen Schluck aus der Pulle, sprich: einen beachtlichen Privatisierungserlös, der wohl mehr oder minder drittelparitätisch geteilt werden soll: Ein für die Schuldendeckung, die Infrastrukturanierung und zur Eigenkapitalerhöhung der Deutschen Bahn AG. Die Frage ist jedoch: Wie viel sind Aktienanteile von diesem Umfang ohne großen unternehmerischen Einfluss am Aktienmarkt wirklich wert? Ich habe den Verdacht, dass man die möglichen Privatisierungserlöse tendenziell zu optimistisch schätzt. Es ist wahrscheinlich ein Geschäft für jemanden, der sich sagt: Na ja, jetzt sind es nur 24,9%, aber ich setze auf eine andere Bundesregierung und darauf, dass die Privatisierung weitergeht und ich dann als Aktionär mehr Einfluss gewinne. Im Übrigen wollen private Aktionäre natürlich Gewinne erwirtschaften. Und Aktionäre, die unternehmerisch weniger zu sagen haben, werden das wohl kompensiert wissen wollen durch tendenziell besonders sichere und höhere Rendite. Damit stellt sich wieder die Frage: Woher soll das Geld kommen? Soll es der Bahnkunde bezahlen, bezahlt es letztendlich der Bund? Oder ist es wirklich durch eine Effizienzsteigerung des Systems zu schaffen, dass diese zusätzlichen Erträge generiert werden? Es scheint mir ein wesentliches und deutlich unterschätztes Risiko dieser Reform zu sein, dass letztendlich doch das Angebot im Fernverkehr ausgedünnt wird, weil die Bahn von privaten Aktionären auf Gewinnmaximierung getrimmt wird. Dann müsste womöglich die öffentliche Hand, d.h. hier vor allem die Bundesländer als sogenannte Aufgabenträger in Schienenpersonennahverkehr, zur Lückenfüllung Nahverkehrsleistungen direkt oder im Ausschreibungswettbewerb - § 15 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) – bestellen, also das, was die Bahn aus eigenem unternehmerischen Interesse nicht mehr erbringt, teuer zukaufen. Bezieht man dies in die finanzielle Reformbilanz mit ein, droht der einmalige Schluck aus der Privatisierungspulle hinterher mit einem schlimmen Nachdurst zu enden, nämlich mit dauernden finanziellen Belastungen beim Einkauf defizitärer Verkehrsleistungen. In Mecklenburg-Vorpommern gibt es da schon viele Beispiele. Bei der Strecke Berlin-Rostock hat die Deutsche Bahn schon im jetzigen System unternehmerisch entschieden, dass ihr die

Verbindung nicht mehr lukrativ genug ist. Kompensatorisch mussten dann auf dieser Strecke durch das Land Nahverkehrsleistungen zugekauft werden, um ein Abkoppeln der Region zu verhindern.

Zum dritten Ziel der Bahnreform von 1994: Wie steht es künftig mit der Gewährleistung eines hinreichenden oder gar verbesserten Bahn-Verkehrsangebots? Das hängt eng mit dem zusammen, was ich eben gesagt habe. Wenn der Bund nicht bereit ist, zusätzlich massiv Geld in das System hineinzupumpen, sei es direkt oder vor allem – das ist der jetzige Mechanismus – über Regionalisierungsmittel an die Länder für die Bestellung von aus eigenwirtschaftlichem Interesse von der Bahn nicht mehr erbrachter Verkehrsleistungen, dann droht tatsächlich ein weiterer Rückzug der Bahn aus der Fläche. Dann droht die Konzentration auf relativ wenige Verkehrshauptschlagadern. Und dann erreichen wir nicht, was wir eigentlich dringend bräuchten, nämlich nicht nur eine Stabilisierung des öffentlichen Verkehrsangebots, sondern ein drastisches Umsteuern vom Individualverkehr zum öffentlichen Verkehr, ganz besonders auch aus Klimaschutzgründen (wir haben Verkehrsprognosen gerade im Zusammenhang mit der Osterweiterung der EG, dass das Verkehrsaufkommen im Güterverkehr auf der Straße weiter drastisch wachsen soll; wir kriegen auf der Straße sowohl einen Verkehrsinfarkt als auch einen Klimainfarkt, wenn wir es nicht schaffen, die Bahn hinreichend fit zu machen für eine Ausdehnung des Verkehrsangebotes statt für eine Einschränkung). Hier birgt die Teilprivatisierung aus meiner Sicht massive Risiken.

Ein letztes Wort zu Herrn Gersdorf zum Vorbild der Telekommunikation: Ja, diese ist ein – auch aus meiner Sicht – positives Vorbild. Es ist vor allem aber auch ein Vorbild dafür, dass wir stärkere Regulierung brauchen, wenn Privatisierung funktionieren soll. Insoweit scheint mir ein Grundübel der derzeitigen Pläne darin zu liegen, dass man teilprivatisiert, aber an der Regulierung nichts nachbessert. Dies betrifft zum einen Vorschriften, die Streckenstilllegungen gestatten bzw. hinausschieben können – § 11 AEG. Zum anderen bedürfte es ergänzend Bestimmungen darüber, in welchem Umfang eine teilprivatisierte Deutsche Bahn im Rahmen einer Mischkalkulation auch weniger rentable Strecken bedienen muss. Selbstverständlich gibt es eine europarechtliche Grenze, ab der Verluste kompensiert, also Ausgleichszahlungen geleistet werden müssen. Man müsste aber aus meiner Sicht darüber nachdenken, inwieweit eine gewisse Quersubventionierung im Bahnverkehrsbereich – natürlich gewinnmindernd – zumutbar ist, inwieweit also auch Strecken, die vielleicht minimale Verluste generieren, weiterhin von der Deutschen Bahn ohne finanziellen Ausgleich durch die öffentliche Hand mitbedient werden müssen. Insoweit müsste die Regulierung dringend nachgebessert werden.

Schlagwortartig zusammengefasst: Die Teilprivatisierung ist ein durchaus gangbares Modell, allerdings mit deutlich unterschätzten Risiken. Und sie ist vor allem verkehrspolitisch verträglich nur mit einer verschärften Regulierung, die dann allerdings – und dort tut sich ein neuer Zielkonflikt auf – die Bahnaktien für private Anteilseigner weniger attraktiv machen würde, den Privatisierungserlös also verringern dürfte.

BLJ: Vielen Dank, Professor Fehling. Professor Basedow, ich würde gerne bei Ihnen noch einmal nachhaken. Professor Fehling hat jetzt ein eher pessimistisches Bild der Entwick-

lung des Verkehrsangebotes gezeichnet. Wie sehen Sie das? Wird es also eher dazu kommen, dass unrentable Strecken mehr und mehr stillgelegt werden, oder führt der Effizienzdruck dazu, dass wir jetzt auch kostengünstigere und umfassendere Angebote auf der Schiene angeboten bekommen werden?

Basedow: Ich würde gerne etwas polemisch vorweg sagen: die Risiken der Privatisierung haben Sie als groß hingestellt – das, was wir ohne Privatisierung haben, kennen wir. Das brauchen wir nicht vorherzusagen: nämlich gewaltige Summen, die die Steuerzahler – und das ist künftig die junge Generation – in Form von Entschuldungsaktionen dann bezahlen muss. Ich hatte vorhin die 50 Milliarden im Jahre 1994 erwähnt. Die Deutsche Bahn AG ist mit einer Eröffnungsbilanz null gestartet. Es gibt kein Unternehmen, das dies von sich sagen kann. Die 50 Milliarden Schulden sind alle beim Steuerzahler geblieben. Und dafür müssen wir alle aufkommen.

Aber jetzt konkret: Streckenstilllegungen. Das ist natürlich immer ein Horror, wenn man in die Zukunft schaut. Aber es ist ganz hilfreich, sich vielleicht mal anzugucken, was eigentlich unter staatlicher Regie in der Vergangenheit gewesen ist. Ich habe mir mal ein paar Zahlen rausgeschrieben: Die Deutsche Bundesbahn (West) hatte im Jahre 1950 30.500 km Strecken, im Jahre 1990 – alles unter staatlicher Regie – waren es nur noch 26.900 km. Das heißt, es gab eine Abnahme von über 10%. 1991 war dann die Zusammenlegung mit der Deutschen Reichsbahn. Da hatten wir zunächst ein gesamtes Streckennetz von 40.300 km. Heute, sind es nur noch 33.900 km, über 15 % Minus! Das ist alles unter staatlicher Regie geschehen. Wo war denn der Gewährleistungsauftrag des Grundgesetzes? Wer hat ihn denn ernst genommen? Niemand! Weil auch der Staat letztlich mit Geld bezahlen muss. Es reicht nicht, dass in den Büchern steht, dass man etwas unternehmen muss, wenn kein Geld da ist. Und man kommt ohne diese ökonomische Komponente nun mal leider nicht aus. Übrigens: in der gleichen Zeit, wo sich das Streckennetz so verkleinert hat, hat wenigstens während der letzten Jahre der Verkehrsanteil der Bahn sowohl im Personenverkehr wie im Güterverkehr zugenommen. Ich habe hier ein paar Zahlen aus dem Gutachten der Monopolkommission: 2002 hatte die Schiene einen Anteil von 8,2% am Personenverkehr, 2006 waren es 9,4%. Das ist eine ziemlich beachtliche Zunahme. Im Güterverkehr, der ja in den allgemeinen Diskussionen häufig viel zu kurz kommt, aber für das wirtschaftliche Ergebnis des Bahnunternehmens ganz essentiell ist, ist während der gleichen Zeit der Verkehrsanteil von 15,0% auf 16,9% gewachsen. Ergebnis also: auf weniger Strecken mehr Verkehrsleistungen. Das bedeutet: dieses Unternehmen sucht durch eine Konzentration auf seine Stärken sein eigenes wirtschaftliches Ergebnis zu verbessern. Das Verkehrsangebot in der Fläche, was Sie propagieren, kann man über öffentliche Aufträge gewiss sicherstellen. Da muss der Steuerzahler wissen, muss die Politik wissen, wie viel ihr das wert ist. Aber zunächst einmal muss das Unternehmen versuchen, nach unternehmerischen Grundsätzen ein positives Betriebsergebnis hinzulegen. Und das bedeutet, ist meines Erachtens unausweichlich, dass letztlich eine Konzentration auf die Bereiche des Verkehrsmarktes stattfindet, wo die Eisenbahn verkehrsmittelspezifische Vorteile hat. Die Verkehrsökonomien können Ihnen heute ziemlich genau sagen, wo die eigentlichen Wettbewerbsverhältnisse sind. Wenn Sie heute von Hamburg

nach Mailand reisen, fahren nur noch ganz Wenige mit der Bahn. Die Leute fliegen. Wenn Sie nach Stuttgart reisen, ist das so auf der Kippe. Da ist der Billigflieger vielleicht eine sehr attraktive Alternative zum Zug. Wenn Sie dagegen nach Kassel fahren, denkt kein Mensch ans Flugzeug. Und so muss man die einzelnen Märkte, die Verkehrsmärkte unterteilen. Das gilt übrigens auch für den Güterverkehr. Dieses Wachstum, von dem ich hier berichtet habe, ist in ganz erheblichem Maße im Bereich der Chemikalientransporte erzielt worden. Hier, also auf den Eisenbahnverkehren nach Hamburg, hat es erhebliche Bahnzuwächse gegeben, übrigens vielfach von privaten Wettbewerbern der Deutschen Bahn erwirtschaftet im Chemikaliensektor. Das sind Unternehmen, die sich relativ gut den individuellen Verkehrsbedürfnissen anpassen können, was der Bahn nun mal nicht so liegt, weil die Bahn nach wie vor eine Riesenbürokratie ist. Sie hat sehr stark standardisierte Abläufe und tut sich einfach schwer damit. Eine stärkere Differenzierung der Märkte, das wäre, glaube ich, ein Petitum für die Zukunft. Das wird von den Ökonomen klar gesehen, aber die Juristen müssen es noch stärker zur Kenntnis nehmen. Nur dann gewinnt das Wort Gewährleistungspflicht auch eine Signifikanz. Wenn Sie Gewährleistung dahin verstehen, dass auch Strecken, wo die Bahn sowieso schon gute Angebote macht, die auch wahrgenommen werden, bedient werden sollen, dann kassiert dieses Unternehmen nur staatliche Gelder ab. Wenn Sie dagegen in Bereichen wie Mecklenburg-Vorpommern daran festhalten, dass bestimmte Strecken bedient werden sollen, weil Sie sagen: das brauchen wir für die Integration des Landes, dann macht es Sinn. Da muss man vielleicht auch wieder zwischen Gütertransport, Personentransport usw. unterscheiden. Also eine stärkere Differenzierung und dann kann man das Grundgesetz auch mit mehr Substanz auslegen.

Gersdorf: Ich möchte noch einige Zahlen nennen. Dies sind allerdings Zahlen, die ich direkt von der Deutschen Bahn AG bekommen habe. Ob die zutreffen, weiß ich nicht, aber ich möchte sie einmal weitergeben. Als die Deutsche Bahn AG 1994 gegründet worden ist, hatte das Unternehmen in der Anfangsphase noch etwa 500.000 Mitarbeiter, mittlerweile sind es noch etwa 250.000. Die Deutsche Bahn AG hat früher Verluste geschrieben, seit einigen Jahren schreibt sie endlich Gewinne. Das ist in Deutschland ja häufig der Anlass, sich zu beklagen. Dabei sollten wir eigentlich glücklich sein, dass dieser Verkehrsträger jetzt endlich einmal Gewinne erwirtschaftet.

Ein weiterer ganz wichtiger Punkt ist folgender: Wenn man an die Bahn denkt, denkt man in erster Linie an sich, das heißt konkret an den Personenverkehr, den Personennahverkehr. Das ist zweifellos legitim, aber ein ganz wichtiger Faktor ist auch der Schienengüterverkehr. Ob nun aber im Personenverkehr oder im Schienengüterverkehr, dem Verkehrsweg Schiene gehört die Zukunft. Das steht jetzt schon fest. Wir wissen, dass ein Barrel Öl im Jahre 2010 bei etwa 200 US-\$ liegen wird, jedes Jahr wird der Mineralölpreis für ein Barrel zu 30%, 50% teurer werden. Also wird sich im intermodalen Wettbewerb, also im Wettbewerb der einzelnen Verkehrsträger, mittelfristig, auf jeden Fall langfristig der Verkehrsträger durchsetzen, der am wirtschaftlichsten ist. Die Grünen haben vor x Jahren von 5 DM pro Liter Benzin geträumt – und wurden ausgelacht. Das aber wird in den nächsten Monaten oder Jahren passieren, darauf kann man sich jetzt schon einstellen.

Und dann lohnt es sich, auf den Verkehrsträger Schiene umzuschwenken. Im Güterbereich sieht es noch dramatischer aus. Ich möchte Ihnen auch hier wieder Unternehmenszahlen der Deutschen Bahn AG vorlegen, wie sich das Aufkommen im Schienengüterverkehr nach den einzelnen Achsen entwickeln wird. Nord-und-Süd-Achse: Relativ geringer Anwachs von 36% bis zum Jahr 2020/2025. Westachse: 62%, Ostachse: 69%, Südost-Europa-Achse, Türkei und noch weitergehend: 68%. Das sind enorme Wachstumspotenziale. Interessieren Sie sich für das Eisenbahnrecht, das lohnt sich auch ökonomisch für Sie.

Fehling: Eine kurze Replik noch: In der Tat, das letzte Szenarium, das Herr Gersdorf geschildert hat, stimmt auch mich ein bisschen optimistisch. Aber auch dort gibt es noch ein großes Problem: Die Wachstumschancen der Bahn hängen von gleichen Wettbewerbsbedingungen ab – und da haben wir einen massiven Nachholbedarf. Erstens existiert bei der Mineralölsteuer eine skandalöse Ungleichbehandlung: die Steuerbefreiung des Flugbenzins gegenüber der Steuerpflicht insbesondere auch für die Bahn. Deren Energiebilanz ist zwar günstiger als beim motorisierten Individualverkehr, aber die Energie sowie die daran anknüpfenden Steuern bleiben ein beachtlicher Kostenfaktor. Der zweite sehr wichtige Punkt in diesem Zusammenhang: Der Autoverkehr muss noch immer kaum für die von ihm verursachten externen Umweltkosten aufkommen. Dies stellt eine Art Verschönerungssubvention und eine massive Bevorzugung im intermodalen Wettbewerb dar. Wenn der Mineralölpreis steigt, heißt das noch lange nicht, dass damit die externen Kosten des Autoverkehrs abgebildet werden, denn das Geld kassieren die Öl fördernden Länder und die Mineralölkonzerne, es steht nicht bereit, um umweltpolitisch etwas Gutes zu tun und die Umweltschäden des Autoverkehrs in irgendeiner Form auszugleichen. Wenn wir Glück haben, führt der höhere Benzinpreis zu vermehrtem Umsteigen auf die Bahn. Aber das ist nach wie vor unsicher, denn auch die Preissteigerungen beim Bahnfahren sind leider nicht zu vernachlässigen. Ich bin nicht einmal sicher, ob in den letzten zehn Jahren die Preise im Bahnbereich nicht eher noch stärker gestiegen sind als die für das Auto. Auch die Kfz-Steuer wäre in die Bilanz mit einbeziehen, um im intermodalen Wettbewerb Chancengleichheit herzustellen.

Zu Herrn Basedow: Wir müssen natürlich Kostenwahrheit anstreben und sollten daher wettbewerblich ausschreiben, der Staat soll die Verkehrsleistungen, die nicht betriebswirtschaftlich lukrativ sind, in Anlehnung an das Vergaberecht einkaufen. Das ist sicherlich im Grundsatz richtig, nur bestehe ich weiterhin darauf, dass ein Bahnnetz in einem gewissen Umfang sinnvoll auf eine Mischkalkulation angelegt sein muss. Andernfalls bekommen wir das, was immer wieder mit dem unschönen, aber leider doch treffenden Schlagwort der Privatisierung der Gewinne und der Sozialisierung der Verluste gekennzeichnet wird. Die Bahn, inklusive zunehmender privater Anteilseigner, könnte die Gewinne der lukrativen Strecken einkassiert und der Staat hätte die Verluste der nicht betriebswirtschaftlich lukrativen Strecken alleine zu tragen. Das kann, jedenfalls volkswirtschaftlich, aus meiner Sicht kein sinnvolles Ergebnis sein. Aus gemeinschaftsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Gründen – auch aus eigentumsrechtlicher Sicht, die wir bald wegen der privaten Aktionäre bedenken müssen – kann man der Bahn selbstverständlich nicht alle Verluste ohne entsprechenden finanziellen Aus-

gleich zumuten, aber es muss eine gewisse Quersubventionierung geben, damit letztendlich, gerade auch im Sinne der Haushaltsentlastung, die zusätzlichen Kosten nicht allein bei der öffentlichen Hand bleiben.

Basedow: Es ist doch letztendlich ganz gleich, ob die Deutsche Bahn AG eine Strecke bedient oder ein privater Wettbewerber!

Fehling: Ja, das ist nicht der Punkt, sondern der Punkt ist die Mischkalkulation. Dass Gewinne, die ansonsten die Aktionäre einstreichen, ein Stück weit mitverwendet werden zur Finanzierung weniger lukrativer Strecken. Völlig einig sind wir uns darin, dass sich nicht jede Strecke ökonomisch für den Bahnbetrieb eignet. Auch da brauchen wir aber ein großes staatliches Steuerungs- und Regulierungspotenzial, um im Sinne einer integrierten Nahverkehrsplanung – es gibt diese Pläne bereits in den Nahverkehrsgesetzen der Länder, aber der Bahnverkehr ist da häufig noch nicht hinreichend mit eingebunden – sehen zu können, welche Strecken sich für die Bahn, welche für den Bus, welche vielleicht für das Anrufsammeltaxi eignen und bei welchen Strecken keine dieser Lösungen hinreichend ökonomisch machbar ist. Eine sinnvolle Nahverkehrsplanung ist ohne hinreichenden Einfluss des Staates auf das Verkehrsangebot nicht möglich.

Europarechtliche und verfassungsrechtliche Probleme des Holding-Modells

BLJ: Vielen Dank, Professor Fehling, ich würde an dieser Stelle gerne einen Schritt weitergehen in der Diskussion. Meine Frage an Herrn Gersdorf: Sie hatten vorhin ja schon kurz Bezug genommen auf das im vergangenen Sommer diskutierte Tiefensee-Modell. Das war, je nachdem, welche Ansicht man vertritt, ganz erheblichen verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Bedenken ausgesetzt. Wie bewerten Sie denn das jetzige Modell aus verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Sicht?

Gersdorf: Das neue Modell ist ebenso verfassungsrechtlich wie europarechtlich nicht zu beanstanden wie das im letzten Jahr diskutierte Modell. Aber wir schauen jetzt nicht mehr auf das Modell, das in der Tat furchtbar komplex war, zurück. Das könnte man in schönen Seminaren machen, da muss man, um eine Metapher von Karsten Schmidt aufzugreifen – die habe ich mir als Student wenigstens gemerkt –, wirklich an das juristische Hochreck, sonst würde man das nicht verstehen. Das neu diskutierte Modell ist verfassungsrechtlich gänzlich unproblematisch. Ich möchte vielleicht einmal auf die entscheidenden Punkte im Verfassungsrecht hinweisen. Wir haben in Art. 87e GG leider fundamentale Webfehler. Erstens – und darin unterscheidet sich der Art. 87e GG, der das Eisenbahnverfassungsrecht betrifft, maßgeblich vom Post- und Telekommunikationsverfassungsrecht: Die Wettbewerber, die privaten Konkurrenten der Deutschen Bahn AG werden überhaupt nicht erwähnt. In Art. 87e GG steht nur etwas von „Eisenbahnen des Bundes“; dort steht nicht wenigstens: „Dienstleistungen auf dem Netz werden von der Deutschen Bahn AG und Wettbewerbern erbracht.“ Es ist nur die Rede von der Deutschen Bahn AG. Und deswegen kann man aus dieser verfassungsrechtlichen Bestimmung auch kein klares Bekenntnis zum Wettbewerb ableiten. Und schon gar nicht zu einem Trennungsmodell. Das mag

rechtspolitisch sinnvoll sein – worüber man auch anderer Auffassung sein kann –, aber verfassungsrechtlich ist das keinesfalls vorgeschrieben. Herr Kämmerer hat auf einen weiteren Webfehler hingewiesen: Der Infrastruktursicherungsauftrag des Absatzes 4 des Art. 87e GG knüpft an die Eisenbahnen des Bundes an. Wenn der Bund sich von der Mehrheit der Kapital- und Stimmrechtsanteile an einem Verkehrsunternehmen trennen sollte, entfällt zugleich auch der Infrastruktursicherungsauftrag. Das ist natürlich nicht vernünftig, um nicht zu sagen: sinnwidrig. Wenn sich der Staat aus einem Unternehmen zurückzieht, darf er sich nicht aus der Gewährleistungsverantwortung zurückziehen, vielmehr müsste dann die Gewährleistungsverantwortung erst recht greifen. So ist es in allen Regulierungsfeldern. Im Bereich der Telekommunikation und auch des Postwesens hat sich der Staat schon in großem Umfang aus den ehemals ausschließlichen Bundesunternehmen zurückgezogen, gleichwohl besteht das Universaldienstregime weiterhin fort. Art. 87e GG spricht aber, wie Absatz 4 zu entnehmen ist, vom Universaldienst nur dann, wenn es sich um Eisenbahnen des Bundes handelt. Ein weiterer wichtiger Punkt: Universaldienstleistungen, wesentliche Verkehrsdienstleistungen sollen nach unserer Verfassungsbestimmung ausschließlich von Eisenbahnen des Bundes erbracht werden. Wenn wir ein Defizit haben, beispielsweise weil ein Verkehr zwischen Rostock und Berlin, der mich in der Tat sehr interessiert, nicht angeboten würde, dann ist es doch nicht einzusehen, dass damit die Deutsche Bahn AG a priori betraut wird. Das müsste man öffentlich ausschreiben – und derjenige, der am wenigsten verlangt für die vorher definierte Dienstleistung, erhält den Zuschlag. Auch das ist in unserer Verfassung nicht angelegt. Universaldienstleistungen im Sinne der Gewährleistung der Befriedigung von Verkehrsbedürfnissen sollen ausschließlich Eisenbahnen des Bundes gewährleisten, was auch im Grunde genommen nicht nachvollziehbar ist. Sie sehen, dass wir in der Verfassung Webfehler haben. Ich würde dafür plädieren, noch einmal Hand anzulegen an den Art. 87e GG und auch hier im Wesentlichen das Ordnungsregime zu übernehmen, das wir im Telekommunikationsbereich und übrigens auch im Postbereich haben. Im Postbereich gibt es leider auch Auswüchse, aber das liegt dann nicht am Verfassungsrecht, sondern an der tatsächlichen Politik.

Um es noch einmal deutlich zu sagen: Verfassungsrechtlich gibt es meines Erachtens beim neuen Holdingmodell keinerlei Ansätze, hier irgendetwas in Frage zu stellen.

Im Hinblick auf die europarechtliche Vorgabe allerdings, dass Verkehrsunternehmen und Infrastrukturunternehmen voneinander unabhängig betrieben werden müssen, könnte nicht nur das jetzt diskutierte Modell, sondern auch das geltende Recht problematisch sein. Dieser europarechtliche Aspekt war unter anderem auch für die Monopolkommission Anlass, das von Tiefensee im letzten Jahr vorgelegte Modell zu kritisieren, aber im Grunde genommen bezieht sich dieser Vorwurf auch schon auf das geltende Recht. Meines Erachtens führt in diesem Punkt das jetzt diskutierte Modell weiter, denn – und da weiche ich von Herrn Kämmerer eher ab, weil ich andere Informationen habe – es soll zwischen der Deutschen Bahn AG und dieser Verkehrsgesellschaft, der Mobility Logistics, keinen Beherrschungsvertrag und keinen Gewinnabführungsvertrag geben. Das hat zur Folge, dass der Verkehrssektor eben nicht mehr mittelbar über die Holding gesteuert werden kann und so die beiden Bereiche Verkehrs-

dienstleistungen und Infrastruktur dann doch nicht so unabhängig voneinander sind, wie sie sein sollten. Das müsste man allerdings in der Sache noch einmal klären; ich weiß nicht definitiv, dass es keinen Gewinnabführungs- und keinen Beherrschungsvertrag zwischen der Deutschen Bahn AG und dieser neuen Verkehrsbetriebsgesellschaft geben soll, aber ich habe diese Information am 23. Mai von der Deutschen Bahn bekommen. Sollte es so kommen, wäre dies in der Tat ein Schritt in Richtung mehr Unabhängigkeit – und dann hätten wir nach meiner Einschätzung überhaupt keine Probleme im Hinblick auf europarechtliche Direktiven. Im Übrigen halte ich auch das jetzt existierende einfache Recht für europarechtskonform, denn die Unabhängigkeit in organisatorischer Hinsicht, in personeller Hinsicht und in funktioneller Hinsicht haben wir jetzt schon durch § 9a des Eisenbahngesetzes; ob auch die finanzielle Unabhängigkeit zwingend nötig ist, steht auch in der europäischen Richtlinie 12/2002 nicht so ausdrücklich. Ich würde mich nicht so weit aus dem Fenster lehnen und sagen, dass das geltende Recht gemeinschaftswidrig ist, aber ich glaube, das neue Modell wird – wenn es denn wirklich dazu kommen wird, dass es keinen Gewinnabführungs- und keinen Beherrschungsvertrag zwischen Holding und den Verkehrsbetrieben geben wird – eindeutig einen Schritt weiterführen.

Fehling: Ich, fange bei Ihrem letzten Punkt an, dem Europarecht. Da kann ich Ihre Einschätzung, Herr Gersdorf, nur teilweise teilen. Ich hätte eher den Eindruck, dass das bisherige System durch die Teilprivatisierung insoweit wenig verbessert wird und durchaus auch neue Risiken geschaffen werden. Der entscheidende Punkt scheint mir nicht der Beherrschungsvertrag zu sein, sondern vielmehr die Gewährleistung tatsächliche Unabhängigkeit der Netzgesellschaft. Problematisch sind dabei erstens die personellen Überschneidungen, die Herr Basedow am Anfang schon völlig zu Recht gerügt hatte, und zweitens die informellen Kanäle, die sich in einer solchen Holding auch mit noch so kunstvoll errichteten Chinese Walls wie wir sie jetzt im neuen Eisenbahngesetz haben einfach nicht sinnvoll verstopfen lassen. Gefordert ist im Gemeinschaftsrecht eine tatsächliche Unabhängigkeit in der Unternehmensführung, da reicht der Verzicht auf einen Beherrschungsvertrag nicht aus.

Gersdorf: Kurzer Einwurf: Aber eindeutig gibt es keine Verpflichtung im Sinne eines Ownership-Unbundling.

Fehling: Nein, es gibt eine Verpflichtung zur tatsächlichen Unabhängigkeit, nicht zur Eigentümer-Trennung.

Gersdorf: Nicht im Sinne eines Ownership-Unbundling, also einer Unternehmenstrennung.

Fehling: Das ist richtig. Hinzu kommt: Wenn private Anteilseigner dabei sind, würde ich vermuten, dass der Druck auf Gewinnmaximierung weiter steigt und damit auch der Anreiz, entsprechende Verflechtungsvorteile zulasten von Wettbewerbern auszunutzen., Sicherlich kann man darüber streiten, ob eine private Beteiligung den Diskriminierungsanreiz gegenüber anderen Bahnverkehrsunternehmen noch verstärkt. Jedenfalls sehe ich hier keine Verbesserungen gegenüber dem früheren Zustand.

Zum zweiten Punkt, dem Verfassungsrecht. Wir sind uns sicherlich einig, dass das jetzige Modell keinen durchgreifen-

den verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet. In der Tat, der Gewährleistungsauftrag des Art. 87e IV GG ist nicht auf ein ganz konkretes Streckennetz und ein konkretes Verkehrsangebotslevel zugeschnitten. Ein Stück weit, und insoweit gebe ich Ihnen, Herr Basedow, Recht. Ist es eine Gewährleistung nach Kassenlage. Das heißt sicherlich nicht, dass es keine Mindeststandards gibt, aber von deren Unterschreitung sind wir auch noch ein Stück entfernt.

Verfassungsrechtlich sehe ich allerdings zwei Probleme, die nicht das Modell als solches in Frage stellen, die aber eine besondere Wachsamkeit bei der künftigen Entwicklung erfordern. In der rechtswissenschaftlichen Diskussion über Gewährleistungsverantwortung wird zu Recht immer die Beobachtungspflicht und die Pflicht des Staates betont, bei Fehlentwicklungen rechtzeitig und wirkungsvoll einzuschreiten. Dazu muss er sich sowohl vom personellen Know-how als auch vom Informationsstand hinreichend Möglichkeiten vorbehalten, um einer solchen Nachbesserungs- und Nachsteuerungspflicht hinterher gerecht werden zu können. Aus meiner Sicht bedeutet das: Wenn man mit einer Teilprivatisierung anfängt, muss man zumindest die weitere Entwicklung genau beobachten und schauen, ob bei der Regulierung von Streckenstilllegungen doch Nachbesserungsbedarf besteht und ob eine Art Mischkalkulation im Netz vorgeschrieben werden sollte, also eine Verpflichtung, auch partiell unrentable Strecken mit zu betreiben. Solche Maßnahmen sind vielleicht verfassungsrechtlich noch nicht akut geboten, können aber im Rahmen einer späteren Nachsteuerung nötig werden.

In einem Punkt, glaube ich, haben Sie, Herr Gersdorf, nicht ganz Recht. Die staatliche Gewährleistungsverantwortung bezieht sich nicht allein auf die Eisenbahnen des Bundes. Zwar ist in Art. 87e GG der Nahverkehr komplett herausgenommen, dieser liegt in der Verantwortung der Länder. Doch existiert insoweit ein ähnlicher Gewährleistungsauftrag, vielleicht etwas besser oder auch schlechter formuliert – ich würde sagen: etwas besser – im Regionalisierungsgesetz und auch in den Nahverkehrsgesetzen der Länder. Die Gewährleistungspflicht für den Personennahverkehr trifft die Bundesländer und ist gänzlich losgelöst von den Eisenbahnen des Bundes. Seiner Gewährleistungspflicht kann ein Bundesland natürlich auch mit dem Bestellerprinzip und dem Einkauf entsprechender Dienstleistungen bei nichtbundeseigenen Eisenbahnen nachkommen. Im Übrigen würde ich, worüber man freilich streiten kann, bei Art. 87e GG davon ausgehen, dass die dortige Beschränkung auf die Eisenbahnen des Bundes ein Redaktionsversehen ist. Die Idee, dass der Bund die Deutsche Bahn soweit veräußert, dass sie keine Eisenbahn des Bundes mehr ist, war im Jahr 1993 so weit außerhalb der damaligen Vorstellungen, dass dieses Szenario bei der Formulierung der Verfassungsbestimmung nicht hinreichend berücksichtigt wurde. Jetzt kann man natürlich diskutieren, wie weit sich die Verfassungsauslegung vom Wortlaut der Norm entfernen darf. Auf jeden Fall erschiene es mir als eine genetisch wie teleologisch sinnvolle Auslegung, wenn man die Gewährleistungspflicht auch auf privatisierte Rechtsnachfolgeunternehmen der alten Bundesbahn erstreckt.

BLJ: Professor Basedow, wie bewerten Sie das neue Modell verfassungs- und europarechtlich?

Basedow: Zum Verfassungsrecht möchte ich mich hier gar nicht äußern. Ich glaube, dazu ist alles gesagt worden. Beim

Europarecht ist natürlich die tatsächliche Unabhängigkeit der Vergabe von Fahrwegkapazitäten und der Bemessung der Gleisbenutzungsentgelte problematisch. Die Unabhängigkeit dieser Aktivitäten von dem Eisenbahnverkehrsunternehmen, das ist der zentrale Punkt, der von den europäischen Richtlinien gefordert wird. Das sehe ich in diesem Modell noch nicht verwirklicht. Es ist strukturell nicht verwirklicht und zwar unabhängig davon, ob es einen Beherrschungsvertrag gibt oder nicht – es gibt ja auch faktische Konzerne – und es wird in Zukunft, wenn es zu jener Personalunion kommt eben auch von den tatsächlichen Entscheidungsträgern eher nicht verwirklicht sein. Das ist insofern doch ein erhebliches Risiko, was die Bundespolitik angeht.

Darauf möchte ich nur hinweisen, denn letztlich ist maßgeblich nicht die europäische Kommission. Bei der Regierung wird dann immer wieder gesagt: „Wir haben ja angefragt bei der Generaldirektion Verkehr in Brüssel, ob sie damit einverstanden sind. Die haben keine Einwände.“ Sie haben nie gesagt, sie sind damit einverstanden, sondern „keine Einwände.“ Die Auslegung des geltenden Europarechts ist aber nicht Sache der Kommission, sondern ist Sache des Europäischen Gerichtshofs. Und zu dem kommt man auch über Art. 234 EG, wenn man irgendeinen Prozess vor einem Landgericht in Deutschland führt. Dieses Risiko nimmt die Regierung offenbar in Kauf, dass bei einem Streit etwa über zu hohe Gleisbenutzungsentgelte oder eine diskriminierende Vergabe von sogenannten Trassenrechten ein Gericht die Sache in Luxemburg vorlegt und dann gesagt wird, „Die Entscheidungen sind nicht von einer unabhängigen Stelle getroffen.“ Das wäre für die Privatisierung des Unternehmens ein erhebliches Risiko. Und ich würde mal sagen, alle die, die jetzt mit dem Gedanken spielen, vielleicht diese 24,9% oder einen Teil davon zu erwerben, die werden sich das auch überlegen, wie hoch sie dieses Risiko einschätzen.

Einfachrechtlicher Regulierungsbedarf

BLJ: Herr Professor Fehling, Sie haben eben schon den Aspekt der Nachsteuerung angesprochen. Beim auch bereits erwähnten Telekommunikationssektor ist das ja durch ein Gesetz erfolgt. Das ist hier so nicht vorgesehen. Sehen Sie dafür auch keinen Bedarf, oder müsste da doch ein Gesetz her?

Fehling: Wenn man den Wortlaut der Verfassung nimmt, dann bedarf es für die angestrebte Teilprivatisierung in der Tat keines Gesetzes. Denn Art. 87e III 3 GG bestimmt ausdrücklich, „die Veräußerung von Anteilen des Bundes an dem Unternehmen nach Satz 2, und das sind die Infrastrukturunternehmen, erfolgt aufgrund eines Gesetzes.“ Das heißt, für eine Teilprivatisierung der Bahn-Infrastruktur haben wir einen speziellen Gesetzesvorbehalt. Für die Verkehrssparte fehlt so etwas, sodass man in der Tat im Umkehrschluss sagen müsste, das geht ohne Gesetz. Es bleiben allerdings zwei Einwände: Der erste Einwand ist der, dass wir für die Wahrnehmung der Gewährleistungsverantwortung des Bundes eine gesetzliche Regelung brauchen. Wenn man jetzt meiner Argumentation folgt, wonach Privatisierung eine gewisse Nachsteuerung bei der Regulierung erfordert, dann könnte es sein, dass zwar der Privatisierungsakt selber keiner gesetzlichen Regelung bedarf, aber im Gesamtkontext eine Anpassung des Regulierungsregimes durch Gesetz notwendig ist. Ich vermute aber, dass ein Gericht oder gar das Bundesverfassungsge-

richt sich dieser zugegebenermaßen etwas weitreichenden Auslegung nicht anschließen würde, sodass hier für die Praxis wohl kein Gesetzesvorbehalt existiert. Man wird wohl auch mit der Wesentlichkeitstheorie nicht ohne Weiteres einen Gesetzesvorbehalt konstruieren können, wenn nicht doch diese Rückwirkung auf den Regulierungsrahmen als entsprechender Grund anerkannt wird.

BLJ: Wie genau könnte eine solche Nachsteuerung denn aussehen?

Fehling: Nun ja, die erste Nachsteuerung, die man sich vorstellen könnte, bestünde in einer Ergänzung des § 11 AEG, der bisher einer Stilllegung von Infrastruktur keinerlei Hindernisse in den Weg setzt, wenn sie betriebswirtschaftlich sinnvoll ist. Der Bund hat die Möglichkeit, die Stilllegung um ein Jahr hinauszuschieben, allerdings dann schon gegen Entschädigung. Mehr geht insoweit nicht. Frage: Sollte das das letzte Wort sein? Die einfachste Lösung wäre natürlich, diese Einjahresfrist zu erweitern. Solange der Bund Ausgleichszahlungen leistet, wäre es sicherlich auch verfassungsrechtlich gänzlich unproblematisch, längerfristig ein Vorhalten von Strecken zu erzwingen. Die Frage ist eher die, inwieweit man das für einen bestimmten Zeitraum auch noch ohne Entschädigung anordnen könnte. Da stößt die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums sicherlich irgendwo an eine verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrenze, über die man streiten kann.

Zweitens wäre zu überlegen, inwieweit man nicht eine Regelung in das Eisenbahngesetz aufnehmen sollte, die dem Regulierer ein Widerspruchsrecht gegen die Einstellung bestimmter Fernverkehrsangebote gibt. Dann müsste natürlich definiert werden, unter welchen wirtschaftlichen, insbesondere betriebswirtschaftlichen Kautelen dieses Widerspruchsrecht ausgeübt werden dürfte. Nach dem Motto: Wie viel Verlust ist einem Bahnverkehrsunternehmen noch hinnehmbar in einer Gesamtkalkulation? Es müsste definiert werden, ab welcher Grenze das dann nur noch gegen finanzielle Ausgleichszahlung geht. So eine Regelung, die quasi das fortführt, was wir ansatzweise im § 15 AEG haben, aber auch eine Mischkalkulation zu erzwingen vermag, so eine Regelung würde ich mir wünschen.

Basedow: Also vielleicht direkt zu diesem Punkt. Zugespielt wollen Sie ja dem Staat die Möglichkeit geben, verlustbringende Dienste den Unternehmen weiterhin die Verpflichtung aufzuerlegen. Dann müssen Sie die Unternehmen aber auch vor Insolvenzen schützen. Das hat einen ganzen Rattenschwanz von Regulierungen, die zwangsläufig damit verbunden sind.

Man kann nicht sagen, „Da ist die tiefe private Tasche, aus der wir irgendwie diese Dienste noch bezahlen wollen.“ Sie wissen, wohin der Trend geht, die einzelnen Gesellschaften werden wieder praktisch für jede Strecke, für jede größere Verkehrsverbindung rechtlich verselbständigt. Sie müssen, wenn Sie das nicht respektieren wollen, durchgreifen, durch die juristische Person. Also, mit diesem Ansatz, auch verlustbringende Strecken den Unternehmen über längere Zeit aufzudrängen, eröffnen Sie ein Feld, das, glaube ich, doch sehr, sehr weit ist.

Darf ich noch einen anderen Punkt aufgreifen, der auch in den Bereich der Regulierung mit hineinfällt – wenn man sich

die Resolution oder den Antrag der Regierungskoalition anschaut, dann steht da auch etwas über die Verwendung des Veräußerungserlöses. Das sind diese drei Dinge, die Sie vorhin genannt haben: Innovations- und Investitionsprogramme für den Schienenverkehr, Aufstockung des Eigenkapitals der Deutschen Bahn AG und Entlastung des Bundeshaushalts. Das heißt, zwei dieser Verwendungszwecke gehen dahin, Unternehmen Geld zuzuwenden, u.a. Eigenkapital der Deutschen Bahn AG. Was wird denn Vivendi sagen, – Vivendi ist der Eigentümer von u.a. Metronom – wenn der Konkurrent Deutsche Bahn AG aus Staatsgeldern eine Aufstockung seines Eigenkapitals bekommt? Hier ist ein massives Beihilfenproblem nach europäischem Beihilfenrecht. Das wird sicherlich noch zu beachten sein. Wie es mit den Investitions- und Innovationsprogrammen im Schienenverkehr steht, weiß man nicht genau. Auch das könnte Beihilfenprobleme aufwerfen. Beihilfen im Verkehrssektor sind zwar nach Art. 73 EG erleichtert zulässig, insbesondere dann, wenn es um die Infrastruktur geht. Hier geht es aber ersichtlich zum Teil auch um Programme, die den Verkehrsunternehmen zu Gute kommen sollen. Da ist natürlich die Selektivität der Zuwendungen von Finanzmitteln zu beachten. Ich fürchte, dass das in Berlin noch nicht richtig gesehen wurde.

Gersdorf: Ich möchte anknüpfen an das, was Professor Basedow gesagt hat. In der Tat, soweit es um Vorteile geht, ist es nicht zulässig, im Wettbewerb einem Unternehmen die entsprechenden Vorteile zukommen zu lassen, anderen nicht. Umgekehrt ist es aber auch bei den Lasten so. Es geht nicht, dass ausgerechnet die Deutsche Bahn AG mit dem Betrieb einer unrentablen Strecke betraut wird. Das heißt aber nicht, dass der Betrieb dieser Strecke dann automatisch eingestellt wird. Auch hier wiederum sollte man sich des Universalregimes in anderen Netzwirtschaften bedienen. Konkret wird erst einmal diese Strecke als Universaldienst definiert - durch eine unabhängige Instanz, nicht durch den Bürgermeister, auch nicht durch die Politik, sondern durch eine unabhängige Instanz in der Gestalt der Bundesnetzagentur. Und dann wird, wenn kein Unternehmen bereit ist, freiwillig diesen Dienst zu erbringen, dieser Dienst öffentlich ausgeschrieben und derjenige, der am wenigsten verlangt, erhält den Zuschlag.

Wie wird das finanziert? Auch das ist im Post- und Telekommunikationsbereich wenigstens geregelt, wird aber leider zu wenig praktiziert. Alle Unternehmen werden nach Maßgabe ihres Marktanteils in diesem Bereich zur Finanzierung herangezogen. Nicht unbedingt zur Gänze, aber doch zu einem Teil. Mit der Folge, dass dann die Deutsche Bahn AG einen großen Teil mittragen müsste, selbst wenn sie den Dienst nicht erbrächte. Aber ein solches Ausschreibungsverfahren führte zur Verhinderung von Fehlallokationen und von Wettbewerbsverfälschungen zulasten der Deutschen Bahn AG. Umgekehrt darf es natürlich auch keine Privilegierung durch Zuweisung von Veräußerungsgewinnen an die Deutsche Bahn AG geben.

Der Staat sollte sich hier neutral verhalten. Er sollte erst einmal diesen Dienst als Universaldienst definieren, wenn er meint, dass das ein Universaldienst ist, und dann muss dieser Dienst öffentlich ausgeschrieben werden. Dieses Regulierungsverfahren wäre das sinnvollste, aber in der Tat, dann, wenn man das wünschte, dann müsste man noch einmal Hand anlegen an das Allgemeine Eisenbahngesetz und ein solches Universaldienstregime dort aufnehmen, so wie wir es im Post- und auch im Telekommunikationssektor haben.

BLJ: Herr Professor Fehling, halten Sie dieses Universalienstregime für ein wirksames Instrument zur Nachsteuerung oder reicht das nicht aus?

Fehling: Also die Möglichkeit der Ausschreibung als solche, der Definition unrentabler Strecken und deren wettbewerbliche Vergabe, das haben wir ja schon in § 15 II AEG, wenn auch nicht auf Verfassungsebene. Das heißt, der Charme des Universalienstregimes in weiterführender Form wäre tatsächlich der Fonds, um das zu vermeiden, was ich erst plakativ als Privatisierung der Gewinne und Sozialisierung der Verluste bezeichnet habe. Über einen solchen Fonds würden letztlich wieder die Unternehmen selber einen zumindest gewissen Anteil dessen finanzieren, was dann hinterher nach dem Bestellerprinzip über den Quasi-Vergabewettbewerb an den erfolgreichen Bieter für die Strecke ausgekehrt wird.

Doch wäre eine solche Fondslösung in der jetzigen gänzlich asymmetrischen Marktsituation mit der Deutschen Bahn AG als großen Player und ansonsten vielen nur sehr, sehr kleinen Playern wahrscheinlich relativ schwer zu verwirklichen. Wenn ich mich recht erinnere, ist es ja auch im Telekommunikations- und im Postrecht so, dass man erst ab einem gewissen Marktanteil überhaupt – das ist ja noch nicht praktisch geworden, aber in der gesetzlichen Regelung so vorgesehen – in diesen Universalienstregimes einzahlen muss. Diesen Marktanteil würde wahrscheinlich bislang kein privater Konkurrent der Deutschen Bahn AG überhaupt erreichen. Von daher scheint mir das Modell zwar grundsätzlich Charme zu haben, aber nicht bei der jetzigen Marktsituation.

Alternativ gibt es aber auch das Grundversorgermodell im Energierecht. Dies ist so strukturiert, dass die Grundversorgungspflicht, die mit gewissen Abstrichen der Universalienstregime entspricht – ich weiß, dass der Vergleich nur zu neunzig und nicht zu hundert Prozent passt –, automatisch das Unternehmen mit dem höchsten Marktanteil im jeweiligen Verbreitungsgebiet trifft. Wenn man dieses Konzept auf die Bahn übertrüge, dann wäret bei der jetzigen Marktsituation – bei einer Änderung der Marktstruktur könnte ich mich durchaus auch für das von Ihnen favorisierte Universalienstregime erwärmen – die Deutsche Bahn AG als durchweg marktbeherrschendes Bahnverkehrsunternehmen betroffen. Im übrigen gibt es im Energierecht auch noch eine gewisse Wirtschaftlichkeitsgrenze; man muss also diese Grundversorgungspflichten nur im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren übernehmen. Und da wäre ich wieder bei meiner früheren Überlegung: Wirtschaftlich zumutbar ist in gewissen Grenzen eine Mischkalkulation, wenn auch – da haben Sie natürlich Recht – nicht so weit gehend, dass das Unternehmen dadurch gar keinen Gewinn mehr erzielen könnte oder ein Insolvenzrisiko bestünde. Es geht nur um eine Verminderung des Gewinns im Rahmen einer Mischkalkulation, wie sie auch dem Grundversorger im Energierecht zugemutet wird.

Basedow: Innerhalb eines Konzerns werden Sie verschiedene Gesellschaften haben. Eine bedient zum Beispiel die Strecke von Hamburg nach Bremen, eine andere die Strecke nach Lüneburg, eine Dritte die Strecke nach Lübeck. Und jetzt stellt sich heraus, dass eine dieser Strecken nicht mehr profitabel ist. Man muss nun nicht sagen, dass Unternehmen kein Interesse daran hätten Profit zu machen – das haben sie! Wenn sie aber feststellen, dass die Leute, die da links und rechts der Strecke wohnen, lieber mit dem Auto fahren oder

einfach wegziehen – was ja in Mecklenburg-Vorpommern häufig das Problem ist, dass einfach die Bevölkerung nicht mehr da ist – dann muss man darauf reagieren können. Und dann glaube ich, ist das was Herr Gersdorf sagt schon richtig: Die Strecke muss ausgeschrieben werden. Die Kosten die dafür entstehen, das ist allerdings ein heikler Punkt! Denn letztlich muss der Prozess des Marktes ja auch zu dem Ergebnis kommen, es lohnt sich nicht mehr eine bestimmte Strecke mit der Bahn zu bedienen. Wenn ich aber politisch festlege, die Strecke muss bedient werden, und die Kosten wälze ich um auf sämtliche Anbieter im Verkehrsmarkt nach bestimmten Anteilen, dann muss sich der politische Entscheidungsträger, der darüber entscheidet, ob die Strecke aufrecht erhalten werden soll, nie die harte Frage stellen: Bin ich denn bereit, dafür die Subventionierung anderer öffentlicher Leistungen wie Schwimmbäder, Schulen oder Kindergärten einzustellen? Und da jeder Euro nur einmal im Leben ausgegeben werden kann, ist dieser Zwang eigentlich sehr heilsam. Ich könnte mir zwar vorstellen, dass das Universalienstregime vielleicht mit gewissen Anteilen von den Eisenbahnverkehrsunternehmen finanziert wird, aber ohne einen Anteil des eigentlichen politischen Entscheidungsträgers kommt man nicht aus.

Gersdorf: Das Universalienstregime wird ja gerade auch im Telekommunikationsrecht breit diskutiert – es geht um den Breitbandzugang auf dem Lande. Der Bund möchte das nicht – um es einmal ordnungspolitisch zu sagen – der Bund möchte das Universalienstregime im Telekommunikationsbereich und auch im Postbereich abschaffen. Deshalb ist das nur eine rechtstheoretische Diskussion, die wir hier führen. Dafür wird man keine Mehrheit haben, wenigstens nicht beim Bundeswirtschaftsministerium. Bei der Bundesnetzagentur sieht das vielleicht schon ein bisschen anders aus. Aber wenn der Staat – oder auch andere Teile des Bundes – anteilmäßig herangezogen würden zur Finanzierung dieses Dienstes, dann überlegt sich dieser Politiker schon, ob er diesen Euro – den er in der Tat nur einmal ausgeben kann – für eine unrentable Strecke ausgibt oder eben weiterhin für Zukunftsaufgaben wie Kindergärten.

Fazit und Ausblick

BLJ: Zum Abschluss bitte noch ein Fazit und einen Ausblick: Wo ist die Bahn in zehn Jahren?

Fehling: In der Tat schlägt das derzeitige Holding-Modell keine Türen zu, von daher kann man optimistisch sagen, es ist ein Modell, das tragbar ist. Dies auch deswegen, weil man bei der Regulierung nachsteuern kann. Von daher würde ich sagen, Chancen und Risiken halten sich ein Stück weit die Wage. Der zweite Punkt, wo sind wir in zehn Jahren: Ich glaube, dass wir uns noch gar nicht richtig vorstellen können, welche drastischen Umsteuern in der Verkehrspolitik wir brauchen, um den Klimaschutzziele gerecht zu werden, um aber auch den Verkehrsinfarkt auf den Straßen zu verhindern und um die Lärmprobleme des Individualverkehrs in den Griff zu bekommen. Das heißt, wir haben hier eine Aufgabe, die sozusagen ein extremes staatliches Umsteuern erfordert. Die beste Option wäre die, dass die externen Kosten des Straßenverkehrs abgebildet werden über Steuern oder ähnliche Abgabensysteme, um Wettbewerbsgerechtigkeit zwischen den Verkehrsträgern zu schaffen. Dann wäre ich optimistisch. Da ich daran aber nicht so recht glaube, befürchte ich, dass wir in

zehn Jahren vielleicht bei einer leichten Steigerung des Verkehrsaufkommens der Bahn sind, aber leider nicht bei einer erheblichen Steigerung des Anteils im sogenannten modal split, also des Anteils der Schiene gegenüber vor allem dem Straßenindividualverkehr. Und wenn der Verkehrsanteil der Bahn nicht drastisch wächst, dann wird weder die Privatisierung noch die Regulierung eine echte Erfolgsgeschichte. Die Telekommunikation lebt in ihrer Erfolgsgeschichte von den Innovationsgewinnen, von den hohen Gewinnspannen, die das Geschäft durch neue Produkte und Dienstleistungen bietet. Einen derartigen Innovationssprung wird es wahrscheinlich im Schienenverkehr nicht geben. Dies bedeutet, dass im Schienenverkehr höhere Gewinne tatsächlich nur von einem drastischen Umsteuern in der Verkehrspolitik kommen können. Daran hängt sehr viel, wenn auch nicht alles.

Gersdorf: Da die Schiene dauerhaft – mittelfristig bis langfristig – mindestens genauso wichtig sein wird – ökonomisch und ökologisch – wie die Telekommunikation, sollten die Prinzipien, die in diesem Bereich verwirklicht wurden, auch hier verwirklicht werden. Das bedeutet: So wenig Staat wie möglich, was das Erbringen der Dienstleistung selbst angeht. Vollständige Privatisierung der Verkehrsunternehmen. Man sollte also nicht bei 24,9% aufhören, sondern mittel- und langfristig zu 100% den Verkehrsbereich privatisieren. Und im Infrastrukturbereich ebenfalls zur Privatisierung kommen. Allerdings haben wir da natürlich die verfassungsrechtliche Sperre: Über 49,9% dürfen Infrastrukturunternehmen nach geltendem Verfassungsrecht – aber auch das ließe sich ändern – nicht privatisiert werden. Das bedeutet aber bitteschön nicht, und da knüpfe ich an das an, was ich eingangs gesagt habe, dass der Staat damit raus ist aus diesem Bereich. Sondern er hat durch externe Steuerung die verkehrspolitisch wichtigen Ziele zu erreichen. Beispielsweise durch die Entwicklung eines Universaldienstregimes, aber er sollte die Leistungen selbst nicht mehr erbringen. Ich bin deswegen so leidenschaftlich ein Anhänger der Privatisierung, weil ich mittlerweile – so glaube ich – erkannt habe, um was es der Politik im Kern geht: Ein aktuelles Beispiel: Herr Hansen wird Personalvorstand der DB AG. Nicht deswegen, weil es das Unternehmen möchte, sondern weil es der SPD-Vorsitzende Beck so wollte. Das ist der parteipolitische Einfluss. Weil Wiesheu als CSU-Mann im Unternehmen sitzt, obwohl er da keine CSU-Politik macht, wollen wir – wir Roten – dann auch unseren Roten. So wird Politik gemacht. Das sind häufig irrationale Gründe, die haben auch mit dem Gemeinwohl nichts zu tun. Das ist der Zugriff der großen Parteien auf die wesentlichen Unternehmensbereiche. Das heißt, wenn man möchte, dass ein wichtiger Wirtschaftsfaktor effektiv geführt wird, sollten sich der Staat und die Politik soweit wie möglich da raus halten – wenigstens was die Leistungserbringung angeht. Das ist der erste Punkt. Zweiter Punkt: Trennung. Soll es zu einer Trennung zwischen Netz und Verkehrsleistungen kommen? Im Greenfield-Ansatz mag eine solche Trennung sinnvoll sein. Ich bin, wenn ich ehrlich bin, auch noch nicht gänzlich festgelegt. Aber ich habe meine großen Zweifel, ob eine solche Trennung wirklich die gewünschten verkehrspolitischen und auch ökonomischen Ziele zu erreichen in der Lage ist. Auch hier sollte man mal auf den Telekommunikationssektor schauen. Es gibt so etwas wie die Trennung von Netz und Diensten im Vereinigten Königreich, im Bereich des Zugangsnetzes. Das Zugangsnetz wird – da

lege ich mich fest – nicht die Geschwindigkeiten erreichen wie in der Bundesrepublik Deutschland, obwohl wir dort das Quasimonopol der Deutschen Telekom haben. Es kommt im Kern nicht – das ist der entscheidende Punkt – auf die Trennung von Netz und Nutzung an. Sondern im Kern auf eine wirklich effiziente Regulierung durch einen unabhängigen Regulierer. Das ist ein ganz wichtiger Punkt, das steht im Vordergrund. So kann man Wettbewerb fördern und Wettbewerb fördern heißt Wohlfahrt fördern und effizienter Verbraucherschutz.

Basedow: Herr Fehling hat vom drastischen Wachstum der Bahn gesprochen, das erforderlich wäre. Ich möchte das etwas zurechtrücken. Ich habe vorhin gesagt, der Anteil der Bahn an Personenfernverkehr liegt bei 8% bis 9%. Wenn sie von einem drastischen Wachstum sprechen, dann wäre das vielleicht eine Erhöhung des Personenverkehrs um die Hälfte. 50% Steigerung! Das würde bedeuten, dass dann etwa 12 bis 13% des gesamten Personenverkehrs auf der Bahn sind. Und ich sage ihnen – dann bricht die Bahn zusammen. Die Bahnstrukturen sind überhaupt nicht dafür gemacht, den Verkehr in wirklich großem Umfang anzuziehen. Man kann natürlich erweitern, aber das wird dann auch nicht so ganz einfach. Vor allen Dingen wird es sehr teuer. Man muss die Dinge – glaube ich – im richtigen Maß sehen. Gewiss, wir haben ja Zuwächse, immerhin 1,2% während der letzten 5 Jahre, höherer Verkehrsanteil im Personenverkehr. Das bedeutet aber relativ auf das niedrige Ausgangsniveau schon 16% bis 17% Wachstum aus der Sicht der Bahn.

Was erwarten wir uns von der Privatisierung? Eine Begrenzung des Überschuldungsrisikos für den Bund. Das ist meines Erachtens kein geringes Ziel angesichts der gewaltigen Summen, die in der Vergangenheit aus der Tasche des Steuerzahlers in die Bahn geflossen sind. Zweitens erwarten wir uns auch eine Disziplinierung des Unternehmens durch den Kapitalmarkt. Davon ist noch gar nicht gesprochen worden. Wenn sie jetzt 24,9% privates Kapital mit drin haben, dann bedeutet das auch, dass Vertreter dieser 24,9% im Aufsichtsrat sitzen. Schauen Sie sich an, wer da heute drin sitzt: der Anteilseigner natürlich, d.h. mehrere Staatssekretäre aus verschiedenen Ministerien, Arbeitnehmervertreter und ein paar Leute aus der privaten Wirtschaft. Da werden Sie sagen: Ja, das sind doch alles Unternehmer! Aber welche Interessen haben die eigentlich an der DB AG? Sie sind entweder Kunden, oder sie sind Lieferanten. Das heißt, die haben überhaupt kein Shareholder-Interesse. Kein Eigentümerinteresse am Wohlergehen der DB AG. Und das muss sich ändern. Es müssen Leute da rein, die sagen, ich verstehe nicht, warum eigentlich bestimmte Verkehre so defizitär sind. Was kann man tun? Und ich sage Ihnen, ich bin einige Jahre im Beirat des Bundesverkehrsministeriums gewesen, und da haben wir Anhörungen dazu veranstaltet. Die Insider wissen da bestens Bescheid, was man machen kann. Aber es scheitert an der großen Bürokratie und daran, dass im Grunde genommen keiner ein Eigentümerinteresse, ein Renditeinteresse am Wohlergehen der Bahn hat.

Dritter Punkt: Leichter Zugang zu frischem Kapital. Wir reden natürlich jetzt, da die Infrastruktur in den Händen des Bundes bleibt, von Neuinvestitionen in das rollende Material. Waggonflotten. Vielleicht sind Ihnen von der Beobachtung der Eisenbahn noch Kesselwagen mit der Aufschrift VTG in

Erinnerung. Das sind private Unternehmer. Damals, in den 50er Jahren, als das große Bedürfnis nach ganzen Flotten von Kesselwagen entstand, da hatte die Deutsche Bundesbahn nicht genügend Geld um die zu finanzieren. Also hat man privates Kapital hereingeholt. Solche Dinge kommen auch ständig wieder. Große Investitionen, die dann davon abhängen, dass die Bahn relativ schnell zu Kapital kommt. Und wenn sie jetzt einen Deckel drauf machen bei 24,9% und sagen mehr gibt es nicht, dann gibt es nur die Möglichkeit, dass entweder der Bund das Geld gibt, oder dass ein Kredit aufgenommen wird, also Fremdkapital. Das erste ist politisch eigentlich gerade konträr zur Privatisierung, das zweite ist teuer. Man tut der Bahn keinen Gefallen, wenn man sagt bei 24,9% ist Schluss, die Dinge müssen offen bleiben. Ich sage nicht, das muss unbedingt auf eine 100% Privatisierung hinauslaufen. Aber die Bahn muss die Möglichkeit haben sich den Bedürfnissen der Märkte und der technischen Entwicklung anzupassen.

Trennung Netz und Betrieb: Ich gebe zu, dass damit immer auch Nachteile verbunden sind. Die Verkehrsnachfrage zeigt sich bei den Betriebsunternehmen, und ist manchmal nur zu befriedigen, wenn bestimmte Änderungen in der Struktur

vorgenommen werden. Insofern verlängert sich bei einer Trennung von Netz und Betrieb der Informationsweg und auch der Entscheidungsweg bis hin zum Ausbau der Infrastruktur. Das ist die eine Seite. Aber es gibt ja eben nicht nur dieses eine Unternehmen Deutsche Bahn AG. das Fernziel ist, dass daneben andere stehen, die auch erhebliche Marktteile auf sich ziehen. Und deswegen ist glaube ich für die Infrastruktur nicht die Bindung an eines der Betriebsunternehmen wichtig, sondern vielleicht – die Ökonomen sprechen gelegentlich von Club-Lösung – etwas wo die verschiedenen Anbieter drin sitzen und ihre Bedürfnisse artikulieren können, vielleicht auch selbst Geld investieren können in den Ausbau der Infrastruktur. Grundsätzlich ist aber diese Trennung von Netz und Betrieb eine wesentliche Voraussetzung dafür, dass der Bahnsektor insgesamt – und das interessiert, nicht das Schicksal dieses einen Unternehmens – sich gegenüber anderen Verkehrsträgern behaupten kann.

BLJ: Wir danken Ihnen für diese Diskussion. ■

Das Gespräch führten
Sascha Arnold und Birga Tanneberg.

■ Rezensionen

Christoph Möllers: Die drei Gewalten.

Im Schnittbereich von Rechtswissenschaft, politischer Philosophie und Politikwissenschaft bewegt sich die Studie „Die drei Gewalten“ des in Göttingen lehrenden Rechtsprofessors Christoph Möllers. Zentrales Anliegen der Untersuchung ist die Verknüpfung der Konzepte demokratischer Herrschaft und der Gewaltenteilung. Der Autor akzentuiert dabei die Frage, ob die Gewaltenteilung als Organisations- und Verfahrensarrangement politischer Herrschaft auch angesichts eines gewandelten Staatsverständnisses und angesichts einer bisher unaufgehalten voranschreitenden Europäisierung und Internationalisierung politischen Handelns einen – analytischen wie demokratisch-praktischen – Wert hat.

Möllers nähert sich seinem Untersuchungsgegenstand mit einer vergleichenden Darstellung der Verfassungstraditionen vier ausgewählter Länder – Frankreich, England, die USA und Deutschland. Deren Verständnis des Charakters der Gewaltenteilung und der mit ihr einhergehenden Probleme unterscheidet sich verblüffend tiefgreifend. Auf diese Darstellung aufbauend arbeitet Möllers das ungeklärte Verhältnis der Zwecke heraus, denen das Arrangement geteilter Gewalten zu dienen bestimmt sein kann. Lasse es sich einerseits als Instrument zur Begrenzung von Herrschaftsgewalt verstehen, so könne es andererseits als Medium der Ermöglichung demokratischer Herrschaft beschrieben und verfassungsrechtlich ausgestaltet werden: die Verfeinerung der staatlichen Organisationsstruktur solle dann nicht in erster Linie vor Machtmissbrauch schützen, sondern die Durchsetzungsfähigkeit demokratischer Selbstherrschaft erhöhen. Zusätzliche Komplexität gewinnen Möllers' einführende Betrachtungen dadurch, dass auch über die Bedeutung des Gewaltenteilungsbegriffes Unklarheit herrscht, wie der Autor herausar-

beitet. Sie könne im Sinne eines Gebots der Trennung der Staatsgewalten oder als Gebot ihrer wechselseitigen Kontrolle und Ausbalancierung verstanden werden; weiterhin – und dem gegenwärtigen Verfassungsrechtsverständnis am angemessensten – sei eine Konzeption der Gewaltenteilung als Verbot der spezifischer Gewaltausübung durch ein dadurch nicht verfassungsmäßig vorgesehenes Organ denkbar.

In dem sich anschließenden zweiten Kapitel stößt der Leser auf den Theoriekern des Werkes: Möllers leitet die Legitimation demokratischer Herrschaft aus dem Wert kollektiver Selbstbestimmung her. Andere Ziele – Frieden, Wohlstand, Sicherheit etc. – besäßen, so Möllers, nicht denselben legitimatorischen Gehalt, da ihre Setzung selbst Legitimitätskriterien zu genügen habe. Der Autor akzentuiert dabei die Auffassung, dass das Ergebnis eines demokratischen Willensbildungsprozesses nicht als bloßes Aggregat der beteiligten Einzelwillen verstanden werden könne. Individuelle Selbstbestimmung sei mithin nicht vorrangig zur im Kollektiv stattfindenden demokratischen Willensbildung; beide Modi stünden gleichermaßen legitimiert nebeneinander. Diese Annahme – der Möllers in seinem im Frühjahr erschienenen Sachbuch „Demokratie – Zumutungen und Versprechen“ (Verlag Klaus Wagenbach, Februar 2008) weiter aufgefächert hat (ebd., Nr. 30 ff.), baut der Autor hier konsequent zum Fundament seiner Betrachtungen der Gewaltenteilung aus.

Gesetzgebung, Gerichte und Verwaltung werden nun im Hinblick auf ihre Rolle bei der Sicherung individueller oder kollektiver, demokratischer Selbstbestimmung verortet. Dabei nimmt die Judikative die Rolle einer Hüterin individueller selbstbestimmter Willensbetätigungen ein. Die Legislative ist Instrument der demokratischen Selbstbestimmung. Zwischen diesen steht die Exekutive, deren Funktion die Vermittlung

zwischen der Judikative und Legislative durch die Schaffung rechtlicher Maßstäbe „einer mittleren sachlichen und zeitlichen Reichweite“ (S. 108) ist. Das weite Feld exekutiver Tätigkeit wird von den Beschreibungen Möllers' zwar gut eingefangen, bleibt aber doch blass und wenig prägnant gegenüber den legitimatorischen Begründungen der anderen zwei Staatsgewalten.

Im Anschluss legt Möllers die zuvor entwickelten Maßstäbe nunmehr an die Verfassungsordnung Deutschlands, mit Seitenblicken vor allem auf die USA, an (Kap. 3). Einen Schwerpunkt legt der Autor dabei auf die Beschreibung der unklaren Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik. Weiterhin (Kap. 4) zeigt Möllers auf, wie sein Theorieansatz für die legitimationstheoretische Untersuchung der durch Internationalisierung und Europäisierung veränderten Formen staatlicher und überstaatlicher Herrschaft fruchtbar gemacht werden kann. In beide Kapitel eingearbeitet findet der Leser Detailuntersuchungen, denen im Lichte der legitimationstheoretischen Fundierung der Gewaltenteilung neue Facetten abgewonnen werden. So beschreibt Möllers beispielsweise den Status verselbständigter Verwaltungseinheiten im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht und die Problematik der an die Exekutive delegierten Rechtssetzung; er analysiert die gegenwärtig präsenter werdenden Phänomene des *soft law* und der privaten Rechtssetzung.

Das Werk schließt mit einem kurzen Blick auf eine Reihe von Tendenzen, die geeignet sind, das Modell, das die Untersuchungen des Buches als roter Faden durchzieht, grundsätzlich in Frage zu stellen. Hierzu gehören der Rückgriff auf informelle Modi staatlicher und überstaatlicher Machtausübung oder das Begreifen legitimer Herrschaft als *governance*, in der Machtausübung vornehmlich an Gesichtspunkten der effizienten Zweckerreichung und nicht der Selbstbestimmung orientiert ist.

Möllers gelingt es, dem Leser in knapper und gut verständlicher Form eine plausible Rechtfertigung staatlicher Herrschaftsausübung unter der Bedingung der Gewaltenteilung zu präsentieren. Bisweilen mag man einwenden, dass die Eleganz und Stringenz des präsentierten Modells nur durch ein zu weit reichendes Absehen von den tatsächlichen Voraussetzungen individueller Selbstbestimmung und demokratischer Teilnahme an kollektiver Selbstbestimmung erkaufte wurde. Die sorgfältige und unpräzise Darstellung ermöglicht es dem Leser freilich, seine Einwände gegen einzelne Prämissen der Argumentation konkret zu verorten.

Das Buch ist anspruchsvoll, aber weitgehend frei von nicht eingeführter Fachterminologie und damit für jeden an den Grundlagen unserer Demokratie Interessierten, und für jeden juristisch etwas Vorgebildeten allemal, verständlich. Für den Leser, der einigen der in dem Werk präsentierten Gedanken weiter nachgehen und sie mit anderen Modellen kontrastieren möchte, hätte man sich gewünscht, dass Verweise auf andere Werke nicht in toto, sondern präziser gefasst worden wären. Dem intellektuellen Vergnügen an der Lektüre der „drei Gewalten“ tut dies aber keinen Abbruch. ■

(Johannes Gerberding)

Christoph Möllers: Die drei Gewalten. Legitimation der Gewaltengliederung in Verfassungsstaat, Europäischer Integration und Internationalisierung. Erschienen in Weilerswist im Verlag Velbrück Wissenschaft, 2008. 237 Seiten, gebunden, 29,90 Euro.

Raymond Wacks: Law. A Very Short Introduction.

Die Reihe der „Very Short Introductions“, die seit 1995 im renommierten britischen Wissenschaftsverlag Oxford University Press erscheint und mittlerweile den stattlichen Umfang von knapp 200 Werken erreicht hat, genießt den Ruf eines bewundernswerten Kuriosums. Auf regelmäßig nicht mehr als 150 Seiten unternehmen es Wissenschaftler, dem interessierten Laienpublikum Themen von „Particle Physics“ bis „International Relations“ in hochkomprimierter Form nahebringen. Mit seinen 172 Seiten gehört die Einführung mit dem schlichten Titel „Law“ damit schon zu den umfanglichsten Werken der Reihe.

Raymond Wacks, emeritierter Juraprofessor der Universität von Hong Kong, führt den Leser durch die Welt des Rechts. Sein Büchlein gliedert er in sechs Kapitel; schon die Überschriften zeigen, dass es dem Autor nicht um systematische Aufgliederung eines Gegenstandes wissenschaftlicher Betrachtung, sondern vornehmlich um einen Tour d'Horizon zu einer sozialen Praxis angestrebt wird. „[C]old-blooded“, so schreibt Wacks in der Einleitung, habe er den Text kürzen und zusammenstreichen müssen. Dass jeder juristisch schon vorinformierte Leser bestimmte Themen in dem Büchlein vermissen wird, erscheint damit unausweichlich. Dass Wacks in dem großen Haus des Rechts den Leser nicht in jedes Zimmer führt, sollte dem schmalen Band also nicht negativ angelastet werden.

Wacks beginnt seine Untersuchung mit einer schnellen Reise durch die Geschichte des Rechts („Law's roots“, Kap. 1). Deutlich wird hier die Akzentsetzung des Autors, sich in der Darstellung vorrangig dem anglo-amerikanischen *common law* und den kontinentaleuropäischen Rechtstraditionen zuzuwenden. Anders, als man es erwarten könnte, stehen Beispiele aus diesen Rechtsordnungen dann aber gleichberechtigt nebeneinander; auf das englische Recht wird kein besonderer Schwerpunkt gelegt. Die übrigen Rechtstraditionen der Welt, vor allem unmittelbar religiös fundierte Rechtsordnungen, werden lediglich am Rande erwähnt. Weiterhin enthält das Kapitel kurze Abrisse über die Quellen und Funktionen des Rechts.

Mit dem Kapitel über „Law's branches“ setzt Wacks seine Einführung fort. Hier skizziert er eine Handvoll Rechtsgebiete, wobei seine Akzentsetzung klar in den Bereichen Vertrag, Delikt und Eigentumsordnung liegt; insbesondere das Verfassungs- und Verwaltungsrechts treten hier zurück.

Dem juristisch auch nur ein wenig informierten Leser vermitteln diese ersten beiden Kapitel nur wenig Neues. Allenfalls schärfen sie das Bewusstsein für die Tatsache, wie breit die staaten- und rechtsordnungsübergreifende Grundlage ist, auf der sich die juristische Weltgemeinschaft verständigen kann.

Mehr Neues erfährt auch ein juristisch bereits vorgebildeter Leser in den Kapiteln 4 und 5 – „Courts“ und „Lawyers“. Die Darstellung der Jurybeteiligung in verschiedenen Verfahrensarten in den USA und in England ist informativ und zeigt die Vielfalt auf, in der Rechtsdurchsetzung organisiert werden kann. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt auf dem Strafprozess. Hinzu kommen kurze Skizzen über die Funktion und das Selbstverständnis der Richterschaft in verschiedenen Rechtsordnungen. Wacks geht hier insbesondere auf die Ämterbesetzung und Verwaltung innerhalb der Judikative ein und auf die unter dem Begriff des *judicial activism* diskutier-

ten – möglicherweise: vermeintlichen – Übergriffe der Justiz in den Bereich demokratischer Entscheidungsfindung. Das kurze Kapitel über die Anwaltschaften der Rechtswelt des *common law* und des *civil law* ist im Gleichlauf strukturiert und behandelt Fragen der Herkunft, Rolle, Selbstbeschreibung und Regulierung der Anwaltschaft. Auch hier kann der Leser Kontraste und Gemeinsamkeiten entdecken und gerade dies macht die Lektüre zu einer interessanten Erfahrung.

Im letzten Kapitel – „The future of the law“ – fällt es sehr schwer, einen leitenden Gedanken hinter den dort gemachten Ausführungen zu erkennen. Angesprochen werden die rechtlichen Auswirkungen einer Reihe von gegenwärtigen Entwicklungen, u.a. der internationale Terrorismus, die technischen Möglichkeiten der Überwachung und biometrischen Erfassung des Bürgers, die Entwicklung des Internets zum alltäglichen Medium und vielseitig verwendbaren Instrument. Der Akzent des Themenbündels liegt auf dem Spannungsfeld von Sicherheits- und Privatheitsbedürfnissen. Dass gerade dieser Konflikt prägend für die zukünftige Entwicklung „des Rechts“ werden wird, mag allerdings bezweifelt werden; eher erklärt ein Blick in *Wacks'* sonstige Publikationsliste diese Schwerpunktsetzung.

Eine Gesamtbewertung des Werkes fällt nicht leicht: Es ist lebendig und auch für den Nicht-Muttersprachler verständlich geschrieben. Die Leichtigkeit und Heiterkeit, die im anglo-amerikanischen Wissenschaftsstil viel eher zu Hause sind als im deutschen, finden sich auch hier – wo man sie sich freilich bisweilen etwas subtiler gewünscht hätte.

Wacks beschreibt prägnant Einrichtungen und Phänomene, die in der allgemeinen Anschauung dem diffusen Bereich des Rechtlichen zugeordnet sind. Nur vereinzelt begegnen dem Leser Vereinfachungen, die den dargestellten Gegenstand derart entstellen, dass sie grundlegende Missverständnisse hervorzurufen geeignet sind. Auch der juristisch bereits etwas informierte Leser kann aus dem Band Interessantes erfahren.

Zugleich aber ist das Buch wenig stringent und wirkt zusammenhanglos. Dazu passt, dass sich *Wacks* bisweilen in Details verliert, deren Relevanz innerhalb einer rund 170-seitigen Darstellung unter dem Titel „Law“ sich nicht leicht erschließt. Der grundsätzlich nicht unangemessen wirkende und der Ambition des Werkes durchaus angemessene Plauderton des Autors wirkt hier auf den Inhalt zurück und zieht stellenweise ein beträchtliches Mäandern des Textes nach sich. Durch eine Straffung und die beherzte Herausnahme von geschätzt 30 Seiten hätte das Buch Qualität gewinnen können. Ein akkurateres Bild dessen, was für den Bereich „Law“ von zentraler Bedeutung ist, wäre eine wünschenswerte Folge gewesen. ■

(Johannes Gerberding)

Raymond Wacks: Law. A Very Short Introduction. Erschienen in Oxford u.a. bei Oxford University Press, 2008. Broschiert, 172 Seiten, 6,99 Brit. Pfund oder 9,99 Euro.

Klassiker der juristischen Literatur

Thomas Hobbes: Leviathan (Erster und Zweiter Teil)

Der Staat sei „eine wahre Vereinigung in einer Person und beruht auf dem Verträge eines jeden mit einem jeden, wie wenn jeder zu einem jeden sagte: ‚Ich übergebe mein Recht,

mich selbst zu beherrschen, diesem Menschen oder dieser Gesellschaft unter der Bedingung, dass du ebenfalls dein Recht über dich ihm oder ihr abtrittst.‘ Auf diese Weise werden alle einzelnen eine Person und heißen Staat oder Gemeinwesen. So entsteht der große Leviathan oder, wenn man lieber will, der sterbliche Gott, dem wir unter dem ewigen Gott allein Frieden und Schutz zu verdanken haben.“ Der Staat, den *Thomas Hobbes* in dem im Jahr 1651 veröffentlichten *Leviathan* beschreibt, erscheint ausgehend von dem Eingangszitat als Antinomie und formalistisch betrachtet auch als Paradoxon. Er ist nicht nur „sterblicher Gott“, sondern auch „künstlicher Mensch“, versinnbildlicht in der der Staatstheorie den Titel verleihenden Tier- oder Fabelwesen-gestalt des biblischen Leviathans (hebräisch ‚der sich windende‘). Dieses Seeungeheuer mit Zügen einer Schlange, eines Krokodils, eines Wales und eines Drachens, die Figur des Monsters aus der Tiefe als erstrebenswerter Träger der höchsten und nach *Hobbes* auch ungeteilten, sogar „unbeschränkten Gewalt“, die Benutzung der Metapher des Drachens als Friedensstifter, lässt sich wohl nur ausgehend von dem zutiefst pessimistischen Menschenbild erklären, das *Hobbes* in Teil 1 (Vom Menschen) seines *Leviathan* skizziert.

Der Mensch führe im vorstaatlichen Naturzustand bedingt durch Streben nach Herrschaft, Verteidigung der eigenen Interessen und Güter sowie Ruhmsucht „ein einsames, kümmerliches, rohes und kurz dauerndes Leben“ in beständiger Angst vor Unterdrückung und Vernichtung durch seinesgleichen. Er lebe im elenden Zustand eines „Krieges aller gegen alle“, in dem die Kategorien Recht und Unrecht nicht existierten, da sie in einem von Gewalt und List geprägten Kriegszustand keine Legitimation besäßen. Im Naturzustand hätten die Menschen „alle ein Recht auf alles, die Menschen selbst nicht ausgenommen“. Persönliche und materielle Sicherheit seien nur solange gewährleistet, wie die eigene Kraft zur Selbstverteidigung stark genug zur Abwehr von Angriffen sei. *Homo homini lupus est*, die Erkenntnis von der menschlichen Wolfsnatur gegenüber den Artgenossen, führt *Hobbes* zu der Überzeugung, die einzige Möglichkeit, einem Leben in Leid und Chaos zu entkommen, sei die miteinander vertraglich festgelegte Entäußerung persönlicher Machtbefugnisse zugunsten einer Einzelperson oder Personengruppe. Durch die Übertragung der eigenen Wolfsnatur auf den „Oberwolf“ (*Uwe Wesel*, Geschichte des Rechts, 2. Aufl. 2001, Rn. 249) erscheint der Staat zugleich als Fluchtpunkt und Retter der Menschheit. Er ist somit weder ontologisch begründet noch theologisch legitimiert, sondern aus der Furcht vor Anarchie geboren und ein Produkt menschlicher Willensentscheidung im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages. Notwendige vertragstheoretische Annahme dieses Staatskonstrukts ist die Geltung des von *Hobbes* als drittem von insgesamt neunzehn natürlichen Gesetzen eindringlich betonten *pacta-sunt-servanda*-Prinzips. Die Machtaufgabe des Einzelnen zur Schaffung eines Frieden wahren Staates wird in den ersten beiden Naturgesetzen gefordert. Die Einhaltung des in diesen Naturgesetzen vorgesehenen Vorhaltenskodexes, dessen Zentralaussage *Hobbes* bereits in der Bibel als Forderung, „ändern das zu tun, was wir wünschen, dass es uns von andern geschehe“, vorfindet, sei allein in einem starken Staat gesichert. Dessen Wesen wird in Teil 2 (Vom Staat) des *Leviathan* behandelt.

Die Befugnisse, die *Hobbes* dem Oberherrn des Staates zuspricht, sind allumfassend. Er sei Herrscher, Gesetzgeber und

oberster Richter in Personalunion. Er entscheide eigenmächtig über Krieg und Frieden, habe die freie Wahl der Mittel, um Schutz für seine Untertanen zu gewährleisten, und sei alleiniger Ausleger der Gesetze. Von seinem Volk verlange er absoluten Gehorsam, lediglich Gott sei er selbst verantwortlich. Ein Widerstandsrecht stehe den Untertanen nur zu, wenn der Souverän das Staatsziel der Gewährung von Sicherheit nicht mehr einhalten könne. Sein Machtumfang verdeutlicht sich vor allem an drei exemplarischen Eigenschaften, seiner Nichtunterwerfung unter die bürgerlichen Gesetze, seiner Unfähigkeit, Unrecht an den Untertanen zu verüben, und der fast gänzlichen Unantastbarkeit seiner Herrschaftsposition. Den bürgerlichen Gesetzen, die rein formalistisch als im Gegensatz zu den natürlichen Gesetzen als schriftliche oder mündliche staatlich verordnete Verhaltensregelungen für den Bürger definiert werden, habe der Oberherr nicht Folge zu leisten, da er selbst Gesetzgeber sei und damit die Fähigkeit habe, sich „nach Gefallen von der lästigen Unterwerfung unter sie (zu) befreien“. Eine Bestrafung für unrechtes Handeln habe der Souverän ebenfalls nicht zu befürchten, da sich in einem auf einem Gesellschaftsvertrag beruhenden Staatswesen jeder Untertan als Urheber aller Handlungen der höchsten Gewalt ansehen müsse, so dass „der Oberherr keinem von diesen Unrecht tun kann: denn was er tut, tun sie selbst. Sich selbst aber kann niemand Unrecht zufügen“. Die höchste Gewalt dürfe ihrem Besitzer auch bei schlechter Amtsführung nicht entzogen werden, „denn einerseits stellt derselbe den gesamten Staat dar, und folglich sind seine Handlungen als Handlungen des ganzen Staates anzusehen; wer kann aber dabei den Staat als schuldig anklagen? Andererseits schließt ja der, welchem die höchste Gewalt übertragen wird, mit denen, welche sie ihm übertragen, nicht eigentlich einen Vertrag, und folglich kann er keinem Unrecht tun, weshalb ihm die höchste Gewalt genommen werden dürfte.“ Das Paradoxon des einerseits im Einzelnen wurzelnden und damit existenziell von ihm abhängenden, gleichzeitig aber unantastbar über allen stehenden Souveräns nutzt *Hobbes* in dialektischer Weise, um dessen juristische Unantastbarkeit ähnlich der aus der Staatenimmunitätslehre bekannten *Maxime des „The king can do no wrong.“* zu begründen. Die Delegation einzelner Befugnisse und Aufteilung der Macht lehnt er ab, da sie zur Zerstörung der höchsten Gewalt führten. Auch könne der Gesellschaftsvertrag nicht durch die Bürger aufgekündigt werden, da sie damit dem Oberherrn „die ihm gegebene und also rechtmäßige Gewalt widerrechtlich rauben“. In diesem Zusammenhang mag man *Hobbes' Leviathan*, der Kernelementen moderner Staatsphilosophie, insbesondere der Gewaltenteilung, der Verantwortlichkeit und Kontrolle der Regierung oder der Erkenntnis von der Existenz unveräußerlicher subjektiver Rechte gegenüber dem Staat zuwiderläuft, die Einsicht von *Goethes* Zauberlehrling zurufen: „Die ich rief, die Geister, werd' ich nun nicht los“. Es verwundert nicht, dass *Hobbes* als archetypischer Vertreter der absolutistischen Staatslehre betrachtet wird. Zwar spricht er sich nicht eindeutig für die Monarchie aus, sondern erkennt auch Demokratie und Aristokratie als Staatsformen an, in Reinform wird sein *Leviathan* aber allein durch den absolutistischen Alleinherrscher verkörpert.

Thomas Hobbes, der am 5. 4. 1588 als Kind eines Landgeistlichen in einfachen Verhältnissen in England geboren wurde, galt als Wunderkind. Bereits mit vier Jahren konnte er lesen, schreiben und rechnen, wurde ab dem Alter von acht Jahren in klassischen Sprachen unterrichtet, studierte ab vierzehn

Jahren an der Universität Oxford Logik und Physik und erhielt schon mit neunzehn Jahren eine Lehrbefugnis. Die meiste Zeit seines Lebens verbrachte er als Hauslehrer für die Söhne von Adligen, mit denen er jahrelange Studienreisen durch Europa unternahm, auf denen er Bekanntschaft unter anderem mit *Bacon*, *Descartes* und *Galilei* schloss. Sein Menschenbild und die daraus resultierende Staatsphilosophie lassen sich auf die Beobachtung des Machtkampfes zwischen dem Parlament und dem englischen König *Charles I.* zurückführen, der in einen siebenjährigen (auch konfessionellen) Bürgerkrieg mündete und mit der Hinrichtung des Königs 1649 und der Wandlung Englands zur Republik unter *Oliver Cromwell* endete. *Hobbes*, der auf Seiten der Monarchie stand und politische Verfolgung befürchtete, floh bereits 1640 vor Kriegsbeginn nach Paris. Von diesen Erlebnissen zeugt sein bereits in der Einleitung des *Leviathan* gefälltes Urteil der politischen Verhältnisse seiner Zeit, „Einigkeit ist gesunder, Aufruhr hingegen kranker Zustand und Bürgerkrieg der Tod“. In seinem über zehn Jahre dauernden Exil war *Hobbes* zeitweise Hauslehrer des Sohns des getöteten Königs, *Charles II.* Bei der Rückkehr nach England unterwarf er sich dem siegreichen *Cromwell*. Auch nach der Restauration des Königtums konnte *Hobbes* in Frieden leben, da ihm sein ehemaliger Schüler, der nunmehr als König *Charles II.* regierte, wohlgesonnen war. *Thomas Hobbes* starb am 4.12.1679 in seiner Heimat.

Ausgehend von der vorherigen Ausführungen mögen nun die eingangs angeführten Sinnbilder verständlicher erscheinen. Der Staat des *Thomas Hobbes* ist ein „sterbender Gott“, weil der Souverän zwar als Mensch sterblich, aber gottgleich allmächtig ist, er ist zugleich ein „künstlicher Mensch“, weil er nicht nur durch einen Menschen geleitet wird, sondern auch ein durch einen Vertrag geschaffenes Kunstprodukt ist, und er heißt *Leviathan*, weil dieser nach dem auch im *Leviathan* zitierten Buch *Hiob* 41, 25, 26 auf Erden nicht seinesgleichen findet: „Er ist ein Geschöpf ohne Furcht. Er sieht allem ins Auge, was hoch ist; er ist König über alle stolzen Tiere.“ Bereits zu Lebzeiten von *Thomas Hobbes* wurden seine Werke auf den Index der römischen Kirche gesetzt. Drei Jahre nach seinem Tod erließ seine Heimatuniversität ein Dekret, in dem die Lehren von der Volkssouveränität und dem Selbsterhaltungsprinzip des Menschen im Naturzustand abgelehnt wurden. Der *Leviathan* wurde verbrannt, Studenten tanzten um den Scheiterhaufen. Dennoch war die Staatstheorie des *Thomas Hobbes* zumindest im 17. Jahrhundert nicht anachronistisch. Der absolutistische französische Sonnenkönig *Ludwig der XIV.* rief 1665 den Ständen bei einer Versammlung zu: „L'état, c'est moi - Der Staat bin ich!“ ■

(*Anna Bodemann*)

Thomas Hobbes: Leviathan (Erster und Zweiter Teil). Erschienen u.a. bei Reclam in Stuttgart, broschiert, 325 Seiten, 8 Euro.