

Inhalt

recht & gesellschaft

Elisabeth Holzeithner	Geschlecht als Anerkennungsverhältnis	107
Wolfgang Schmale	Wiedervereinigung Europas?	111
debatte	Peter Hammer	
	Die Kunst, Kunst zu klagen	112
	Roland Gerlach	
	Caught In the Trap	116
	Peter Hammer	
	Brett vorm Kopf	119
rezensionen	Alexander Somek	
	De Delegationibus	120
	Christian Stadler	
	Auctoritas, non civitas?	123

thema: triumph des privatrechts

Alexander Somek	Triumph des Privatrechts	128
Martin Pospischill	Europa, quo vadis?	129
Peter Pollak	Wie man andere eine Grube graben lässt	133
Peer Zumbansen	The Privatization of Corporate Law?	136
Peter C. Kostant	Corporations as Citizens	146

rubriken

vor.satz	Alexander Somek	
	Führung, Training, Entertainment	105
merk.würdig	Kurzmeldungen	107
nach.satz	Iris Kugler	
	Versprochen ist versprochen	148
impressum	110



Führung, Training, Entertainment

Alexander Somek

Einer banalen Notwendigkeit folgend hat ein Prozess die Universitäten erreicht, den die Manager von Staat und Wirtschaft als „Modernisierung“ bezeichnen. In diesem ist das Unumkehrbare immer schon mitgedacht. Es gibt weder ein Entkommen noch ein Zurück. Modernisierung ist Fortschritt ohne Austrittsoption. Sie ist daher der Fortschritt, der Opfer fordern darf. Bequemlichkeiten werden abgeschafft und Privilegien ausstrahlt. Aus dem Weg geräumt wird, was einer effizienten Befehlsausgabe und Implementierung hinderlich sein könnte.

Modernisierung funktioniert. Sie funktioniert, weil sie der Selbstpromotion der Führungskräfte dient. Deswegen wird sie mit viel Energie und Liebe betrieben. Sie funktioniert aber auch, weil und insofern die Geführten ihr blindlings zuarbeiten; etwa weil sie nicht durchschauen, dass sie nicht die Gewinner, sondern die Verlierer der Modernisierung sind.

Manchmal bedarf es systemischen Denkens, um dies einzusehen.

Studenten verstehen sich heutzutage als Konsumenten. Sie erwarten sich eine Ausbildung, mit der man einen Job finden kann. Also soll die Ausbildung an den Forderungen der Praxis orientiert sein.

Studenten verhalten sich auch wie Konsumenten. Sie wollen beim Studium unterhalten werden. Studieren muss Spaß machen. Vor allem im Hörsaal. Es muss bunt zugehen. Und es muss gelacht werden können.

Studenten denken wie Konsumenten. Wie überall auf dem Markt sind auch während des Studiums die angebotenen Dienstleistungen mit lifestyle choices überdeterminiert. Kluge Anbieter im Warenkorb der Fächer signalisieren, dass von der Wahl des Faches auch der Zugang zum erfolgreichen Leben abhängt. Die Entscheidung für oder gegen das Training in internationaler Schiedsgerichtsbarkeit wird zur lifestyle option. Darüber informieren nicht zuletzt die Hochglanz-Publikationen des Praxiszentrums der rechtswissenschaftlichen Fakultät. Deren Seiten

sind voll mit Berichten über (brave) „Wirtschaftsjuristen“, deren schablonenhaftes Erscheinungsbild im Spiegel der oligarchischen Ästhetik der Führungskräfte als „schick“ codiert ist.

Wenn die Studenten einmal Konsumenten sind, dann geraten universitäre Lehrer unter Druck, auch ihre diesbezüglichen Erwartungen zu erfüllen.

Universitätslehrer müssen Praxisrelevantes vortragen. Sie müssen dies auch dann tun, wenn die Materie grässlich langweilig ist und die Beschäftigung mit ihr nur dann lohnte, wenn die monetäre Kompensation erheblich wäre. Aber die Konsumenten wollen es so. Zumindest glauben sie, dass sie es unter der Bedingung der Modernisierung wollen sollen.

Universitätslehrer müssen sich als Trainer und Entertainer verstehen. Es geht um die Vermittlung von skills. Von der Gliederung der Schriftsätze über den Englischkurs bis zur Nachholung der versäumten Erziehung unter dem Titel „communication“ muss von den Trainern das geleistet werden, von dem die Konsumenten glauben, dass es die Praxis fordern wird.

Universitätslehrer sehen sich dazu angehalten, zur potenziellen Ikone eines Lifestyle zu werden. Manchen fällt dies leicht, weil sie aufgrund ihrer zahlreichen Dienstleistungen an private und öffentliche Klienten ohnedies die Aura des Unternehmertums („entrepreneurship“) ausstrahlen. Dies ist mit ihrer universitären Funktion zunehmend kohärent. Im Zeitalter der Drittmittelfinanzierung haben die Trainer und Entertainer auch Manager zu sein.

Das ist der Lauf der Welt. Das ist die Modernisierung. Sie ist unumkehrbar. Sie ist Fortschritt. Sie ist unbequem. Sie ist der erste Weg. Einen zweiten gibt es nicht mehr.

Die Politik unterstützt diese Entwicklung, indem sie Rahmenbedingungen dafür schafft.

Die Universitäten wurden von der scheidenden Bundesregierung auf ihren Eintritt in die „Weltklasse“ vorbereitet. In einem offenen Brief zur Uni-

versitätsreform 2002 konnte es Abgeordnete Dr. Brinek nicht unterlassen, Angehörigen der Universität in einer Massenemail die Philosophie des Reformwerks näher zu bringen. Hier ist ein Auszug: „Das Rektorat – ähnlich einem Vorstand –, der Unirat – ähnlich einem Aufsichtsrat – und der Senat – ähnlich einem akademischen Parlament – führen die Universität auf eine neue effiziente Weise und regeln – auf Basis der österreichischen Bundesverfassung – die universitäre Selbstverwaltung. Diese Reform wurde notwendig, weil sich die Universitäten in den letzten Jahren und Jahrzehnten zu unübersichtlichen, staatlich-zentralistischen Großbetrieben entwickelt haben, in dem [sic!] die Gremien immer mehr zunahmten, die Entscheidungen aber immer undurchschaubarer und unnachvollziehbarer wurden. Die Illusion der ‚68er-Bewegung‘ entsprach einer Gremien- und ständisch organisierten Gruppenuniversität, die sich vielfach selbst gelähmt hatte – und es war bequem, das Bundesministerium für Wissenschaft dafür verantwortlich zu machen.“

Die Universität lässt sich nicht als volkseigener Großbetrieb führen. Die linken Sozialutopisten, von denen die Universität bislang geleitet worden ist, müssen zur Kenntnis nehmen, dass unter Bedingungen der Modernisierung die Zügel zu straffen sind. In der Konsumenten- und Traineruniversität gibt es Geschäftsführer und Aufsichtsräte. Die Geschäftsführer ordnen an. Die Trainer und Entertainer gliedern sich bereitwillig ein.

Die Welt war nicht immer modern. Vor der großen Modernisierung waren die Universitätslehrer nicht Trainer. Sie waren Gelehrte. Von Unternehmen oder Bürokratien ließen sie sich die Relevanz ihres Wissens nicht anschaffen. Manche Namen jener Menschen, die damals an Österreichs Universitäten wirkten, ohne den Segnungen moderner Führung teilhaftig zu werden, sind auch heute noch bekannt. Wir sind stolz auf sie. Denn sie repräsentieren unsere große Vergangenheit.

Österreich hatte immer eine große Vergangenheit.

Österreich ist immer auf dem Weg, sich eine große Vergangenheit zu schaffen.

Die Gelehrten waren keine Entertainer. Sie verstanden sich nicht einmal so sehr als Lehrer. Vielmehr erachteten sie die Lehre als den (gerechten) Preis, den sie für den Vorzug zu entrichten hatten, ein Gelehrtenleben führen zu dürfen. Ihre Vorträge waren überwiegend langweilig. Und sie hatten ihren eigenen kontemplativen Lebensstil. Über ihn gab es notorisch wenig zu berichten.

Mit dem Schritt zur Weltklasseuni endet die Nachkriegszeit in Österreich. Genauer gesagt, es enden beide Nachkriegszeiten. Die erste Nachkriegszeit war die Zeit der Hochblüte der Universität Wien (und nicht nur dieser). Von ihr zehren wir Nachgeborene noch heute. Die Universität Wien (und nicht nur diese) war eine Gelehrtenuniversität. An ihr gestatteten es sich, um ein nahe liegendes Beispiel zu wählen, Hans Kelsen und seine Schüler Probleme zu wälzen, die von den Managern der Modernisierung als „scholastisch“ bezeichnet würden, wenn sie nur wüssten, was das bedeutet. Das ändert nichts an der Tatsache, dass die Präweltklasseuni wissenschaftliche Weltklasse war.

Mit dem Triumph der Modernisierung wird die Erinnerung daran erlöschen. Die Praxis braucht weder einen Kelsen noch, um ein anderes Beispiel zu nennen, einen Alois Schumpeter. Bestenfalls wird zur ideologischen Erbauung da und dort auf das eine oder andere Zitat von Friedrich von Hayek zurückgegriffen. Aber dazu braucht man sein Werk nicht zu kennen. Die erste Nachkriegszeit ist zu Ende.

Die zweite Nachkriegszeit war die Zeit großer Experimente und wissenschaftlicher Neugier. Vor allem war sie geprägt vom Versuch, die Gelehrtenuniversität zu demokratisieren. Dieser Versuch wird nunmehr denunziert als Projekt des VEB Gruppenuniversität. Die Demokratisierung resultierte in mehr Menschlichkeit und Toleranz. In der Welt der Führungskräfte werden diese als Untugenden verbucht.

Die Präweltklasseuni war zur wissenschaftlichen Weltklasse fähig. Sie war dies, weil sie erstaunlich indifferent gegenüber den Bedürfnissen der Praxis war. So hört man zumindest allenthalben. Wäre es schlimm, wenn es sich in der Tat so verhalten hätte?

Ich übertreibe um des Punktes willen. Von der Freiheit der Gelehrten profitieren auch die Studenten. Die Gelehrten machen, was sie wollen. Kein Angestellter eines Produzenten von Autoteilen pfuscht ihnen drein. Für die Studenten ist das nicht von Nachteil. Sie sind von dem Druck entlastet, ihr Studium als permanente Qualifikation für einen beliebigen „job“ zu verstehen. Alle Absolventen sind im Prinzip gleichermaßen „unbrauchbar“. Künftige Arbeitgeber wissen bloß, dass sie dazu in der Lage sind, eine Fragestellung methodisch zu analysieren.

Ein solches System lässt ein hohes Maß an Freiheit zu und begünstigt damit indirekt den wissenschaftlichen Fortschritt. Während des Studiums können Studierende sich mit Dingen beschäftigen, die sie gerne wissen möchten, ohne fürchten zu müssen, dass sie sich deswegen potenziell für den Arbeitsmarkt disqualifizieren. Sie können sich für ein paar Jahre auf die Sache selbst einlassen. Ihre intellektuelle Entwicklung ist ein wünschenswerter Nebeneffekt, der von der Praxis „draußen“ honoriert wird. Die Freiheit, die an einer Präweltklasseuni herrscht, entlastet sowohl die Gelehrten als auch die Studierenden davon, permanent von dem Gespenst „der Praxis“ heimgesucht zu werden, von dem ohnedies niemand weiß, was „es“ wirklich fordert.

Gewiss, die gelehrte Präweltklasseuni erstreckt diese Freiheit auf die Studierenden nur unter der Bedingung ihrer Demokratisierung. Diese war eine große Errungenschaft der zweiten Nachkriegszeit. Sie wird nunmehr zurückgenommen. Unter dem Vorzeichen der Modernisierung ist die Uni nicht autoritätshörig genug. Sie ist es nicht im Verhältnis zu den Forderungen künftiger Arbeitgeber und nicht im Verhältnis zu den entscheidenden Stellen.

Im Zeitalter der Modernisierung haben „Autorität“ und „Führung“ wieder einen guten Namen.

Der Liberalismus, so Michael Walzer, ist eine Welt von Mauern. Jede Mauer schafft eine Freiheit. An der Präweltklasseuni ging es um Theorie. Sie war der intern fassbare Inhalt der akademischen Freiheit. Theorie widmet sich der Frage, ob etwas wahr oder falsch ist. Sie tut dies unabhängig davon, ob ein Dritter damit ein Geschäft machen kann.

An der Weltklasseuni hat sie keinen Platz mehr. An ihr geht es ums Trainierbare. Die Mauer wird niedrigergerissen. Karl Polanyi (ein Altösterreicher der Präweltklasse) und John Gray haben verschiedentlich versucht, es uns einzuschärfen. Der Markt ist ein intolerantes Medium. Er zerstört bestehende Freiheiten.

Na und?

Die Beschäftigung mit Theorie dient einem wichtigen Ziel: dem der Unsinnvermeidung. Theorie ist daran interessiert, ob das, was sich als wahr verkauft, auch wahr ist.

Die Führer von Wirtschaft und Staat sehen das nicht gern. Denn sie könnten zur Zielscheibe von theoretisch fundierter Kritik werden. Dagegen hilft die Modernisierung und das ihr korrespondierende soziale Bewusstsein: der kollektive Wille zur Abrichtung.

Erratum

Im Beitrag von Bodensberger in Heft 2/2002 sind zwei kurze Fußnoten einem redaktionellen Missgeschick zum Opfer gefallen. Wir bedauern dies und entschuldigen uns bei dem Autor für das Versehen.

Gründung der Vereinigung österreichischer StrafverteidigerInnen

Am 28. Juni 2002 ist in Wien die Vereinigung österreichischer StrafverteidigerInnen gegründet worden. Sie versteht sich als eine speziell an den rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Zielen der Strafverteidigung orientierte Vereinigung, die StrafverteidigerInnen als Rückhalt dienen und ihnen den Rücken stärken soll.
Kontaktadresse: RA Dr. Richard Soyer, 1010 Wien, Kärntner Ring 6, Email: office@anwaltsbuero.at

Beiträge

Die Herausgeber des **juridikum** freuen sich über unverlangt zugesandte Beiträge für die Rubrik „Recht und Gesellschaft“. Die Beiträge sollten einen Umfang von 20.000 Zeichen nicht überschreiten. Zusendungen in elektronischer Form in „hardcopy“ werden erbeten an: Univ.-Ass. Dr. Birgit Forgó-Feldner, Institut für Römisches Recht und Antike Rechtsgeschichte, Schottenbastei 10–16, A-1010 Wien.

Das **juridikum** ist ein „peer reviewed journal“. Beiträge werden anonym an externe Gutachter ausgesandt, bevor über die Veröffentlichung entschieden wird.

Geschlecht als Anerkennungsverhältnis

Elisabeth Holzleithner

„Wenn man uns schließlich ‚Frauenbeauftragte‘ aufzwingen und wenn es zulässig sein sollte, Quotenregelungen einzuführen oder Frauen bei gleicher Eignung und Leistung in Einstellung und Beförderung sogar zu bevorzugen, so muss dafür doch unverrückbar feststehen, wer Mann bzw. Frau im biologischen und/oder juristischen Sinne ist.“¹

Was Andreas Wacke hier fordert, entspricht dem Common Sense und bestimmt unseren Alltag. Wir sind daran gewöhnt, Geschlecht als stabile biologische Kategorie anzunehmen, die bestimmte soziale Konsequenzen (Stichwort „Gender“) zeitigt – oder auch nicht.² Als autonom Handelnde, die wir (auch) sind, können wir im Rahmen natürlicher Gegebenheiten vorgegebene soziale Rollen überschreiten oder das Leben darin zumindest so einrichten, dass es im Großen und Ganzen bejaht werden kann (Midlife Crisis notwithstanding). Wir bleiben aber immer Mann oder Frau. Recht nimmt in diesem Paradigma das Geschlecht als natürlichen Ausgangspunkt und ist beschränkt auf die Rolle eines Verwalters der kulturellen Konsequenzen, nicht aber der körperlichen Grundlagen der Geschlechtszugehörigkeit.

So einfach wird es dem Recht allerdings schon länger nicht mehr gemacht. Es gibt zwei Phänomene, die dieses Alltagsverständnis aufbrechen und geeignet sind, das Recht auf die Probe zu stellen: die Geburt von Kindern mit uneindeutigen Genitalien und

damit fragwürdiger Geschlechtszugehörigkeit (Intersexualismus) einerseits und der Wille zum medizinischen Geschlechtswechsel bzw. zur Anpassung des Körpergeschlechts an das Gefühls-geschlecht (Transsexualismus) andererseits. Für das Recht stellt sich in beiden Fällen die Frage, *welches* Geschlecht *inwieweit* anerkannt wird. Einige neuere Entscheidungen verschiedener Instanzen buchstabieren den rechtlichen Standard aus.

Der Fall Birgit/Michel Reiter

Für gewöhnlich lässt sich das Recht bei der Beantwortung der Frage nach dem Geschlecht eines intersexuellen Säuglings von der Medizin entlasten. Im Rahmen des „Intersex Case Management“ wird ein Geschlecht zugewiesen und gegebenenfalls operativ hergestellt.³ Das Recht führt „intersexuell“ nicht als eigene Genderkategorie – es kennt als Personenstand nur männlich und weiblich.

Michel Reiter, selbst intersexuell, hat vor kurzem versucht, dieses System auszuhebeln: Er/Sie hat beim Amtsgericht München den Antrag eingebracht, seinen/ihren Geschlechtseintrag „weiblich“ (mit Namen Birgit) auf „intersexuell“ zu berichtigen.

Das Recht selbst definiert den Begriff „Geschlecht“ nicht, sondern setzt ihn offenbar als selbstverständlich voraus. Daher findet sich im deutschen Personenstandsgesetz keine Vorschrift, die den Eintrag „Zwitter“ oder

¹ Andreas Wacke, Vom Hermaphrodit zum Transsexuellen. Zur Stellung von Zwittern in der Rechtsgeschichte, in: Heinz Eyrich/Walter Odersky/Franz Jürgen Säcker (Hg.), Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, München 1989, 861–903.
² Diskriminierung auf Grund des Geschlechts könnte eine dieser Konsequenzen sein.
³ Siehe zur Problematik geschlechtszuweisender Operatio-

nen in aller Kürze Elisabeth Holzleithner, Recht Macht Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung, Wien 2002, 129–132; die nachfolgenden Ausführungen sind in Teilen deckungsgleich mit dem – längeren – Text im Buch. Ich danke dem Verlag für die Erlaubnis zum Abdruck. Siehe des Weiteren ausführlich zur rechtlich/medizinischen Frage Hazel Glenn Beh/Milton Diamond, An Emerging

Ethical and Medical Dilemma: Should Physicians Perform Sex Assignment Surgery on Infants with Ambiguous Genitalia?, 7 Michigan Journal of Gender & Law 2000, 1–63; Konstanze Plett, Intersexualität aus rechtlicher Perspektive, http://www.zerp.uni-bremen.de/deutsch/pdf/plett_intersexualitaet.pdf.

„intersexuell“ verbieten würde; es findet sich aber auch keine, die einen solchen Eintrag für zulässig erklärt.

Vor diesem Problem stehend greift der Richter zunächst auf die „de lege lata“ zuständige medizinische Wissenschaft zurück und wendet sich dem „Psyhyrembel“, dem medizinischen Wörterbuch, zu. Darin findet er die Beobachtung, dass das Geschlecht uneindeutig sein kann, insofern als die einzelnen Komponenten *nicht* miteinander *übereinstimmen*; der Psyhyrembel nennt chromosomales, gonadales⁴, genitales, psychisches und soziales Geschlecht.

An dieser Stelle muss also wieder das Recht eingreifen und die offenbar notwendige Entscheidung treffen – die Frage ist nur, wie. Eine Möglichkeit wäre, zumal im Rahmen der deutschen Rechtsordnung, der Rückgriff auf das Selbstbestimmungsrecht (Artikel 2 Abs. 1 GG) sowie auf das Grundrecht auf Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Daraus könnte, so vermutet der Richter zunächst, ein Anspruch abgeleitet werden, „als Zwitter, Hermaphrodit, Intersexueller oder Intrasexueller personenstandsrechtlich behandelt und eingetragen zu werden.“⁵ Bei der Prüfung dieser Frage rekurriert der Richter auf ein Präjudiz aus den siebziger Jahren:⁶ Im Fall eines Transsexuellen führt das BVerfG aus, dass „Menschenwürde und das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit es gebieten, den Personenstand eines Menschen dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution angehört“.

In einem obiter dictum, so fährt das Münchner Amtsgericht fort, hält das BVerfG jedoch darüber hinaus fest, dass die deutsche Rechtsordnung und das soziale Leben in Deutschland von dem *Prinzip* ausgehen, „dass jeder Mensch entweder ‚männlichen‘ oder ‚weiblichen‘ Geschlechts ist und zwar unabhängig von möglichen Anomalien im Genitalbereich“. (Eine ähnliche Formulierung findet auch der österreichi-

sche VwGH im Jahr 1997 in einer Entscheidung im Fall einer transsexuellen Person: „Die österr. Rechtsordnung [. . .] und das soziale Leben gehen von dem Prinzip aus, dass jeder Mensch entweder weiblichen oder männlichen Geschlechts ist.“)

Diesem „Grundgedanken“, der seitens des Bundes-Verfassungsgerichts anlässlich eines ganz anderen Falls nebenbei geäußert wurde, folgt das Amtsgericht München. Die Struktur des Arguments stellt sich wie folgt dar: Von einer angenommenen „biologischen Tatsache“ wird zunächst auf ein Rechtsprinzip geschlossen. Wenn die Biologie dann uneindeutig ist, kann das Rechtsprinzip, das aus der zunächst als eindeutig angenommenen Biologie extrahiert worden ist, in Anschlag gebracht werden. Das Argument ist zirkulär: „The law enforces nature while it is justified in the light of nature.“⁷ Begründet wird das Beharren auf der Eindeutigkeit des Geschlechts mit der Notwendigkeit der Aufrechterhaltung und Integrität von *rechtlichen* Konstrukten: „Wehrpflicht und Ehe sind [. . .] nur zwei der wesentlichen Institute, die eine Zuordnung des Menschen zu einem der beiden Geschlechter voraussetzen.“⁸

Die rechtliche Analyse endet an dieser Stelle. Tatsächlich hat die rechtliche Anerkennung als „intersexuell“ Konsequenzen für das grundlegende Gefüge der Rechtsordnung, die auf dem Prinzip der Zweigeschlechtlichkeit beruht. Das macht eine solche Anerkennung aber nicht undenkbar, wengleich abhängig von einem Umdenken in Recht und Politik. Davon sind wir freilich noch ein Stück weit entfernt. Mittlerweile geht das Verfahren in die zweite Instanz.⁹

Geschlechtliche Identität vor dem EGMR

Transsexualität ist ebenso wie Intersexualität vom Krankheitsdiskurs geprägt.¹⁰ Wenn das Krankheitsbild

„Transsexualität“ diagnostiziert wird, hat der oder die davon Betroffene das Recht auf eine entsprechende Behandlung, die eine hormonelle und chirurgische Geschlechtsanpassung umfasst.

Ohne Krankheitswert gibt es keine Geschlechtsanpassung. Ein derart gravierender Eingriff wäre im derzeitigen Nexus aus Recht und Medizin jenseits der Heilbehandlung nicht vertretbar. Des Weiteren spielt der Topos Krankheit eine Rolle, wenn es darum geht, ob und welche Eingriffe die Krankenkassen zahlen. Angelegenheiten aus dem „höchstpersönlichen Gestaltungsbereich und Risikobereich“¹¹ sind solche, für die jede und jeder selbst aufzukommen hat.¹²

Die Anerkennung jener Eingriffe, die das Geschlecht modifizieren, ist je nach Rechtskreis verschieden. Einer rechtlichen Antwort bedürfen die Fragen nach dem Zugang zu Geschlechtsanpassungsoperationen und nach der Anerkennung des angenommenen Geschlechts – in einer Übergangsphase ebenso wie nach Abschluss des Geschlechtsanpassungsprogramms: Ob und in welche Dokumente das neue Geschlecht und der neue Name eingetragen werden, ob und wann eine bestehende Ehe aufgelöst werden muss, in welchem Verhältnis die/der Transsexuelle zu ihren/seinen Kindern steht, etc. Fraglich ist auch, ob das angenommene Geschlecht als tragfähige Grundlage für eine *neue* Eheschließung angesehen wird.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte ist mit derartigen Fragen seit Mitte der achtziger Jahre befasst. Er hat lange Zeit sehr zurückhaltend judiziert. Im ersten Fall, *Rees gegen Vereinigtes Königreich* (17.10.1986, Serie A 106), wurde weder die Unmöglichkeit einer Korrektur des Geschlechts im Geburtenbuch beanstandet, noch die Unmöglichkeit, eine/n Angehörige/n des Gegengeschlechts des angenommenen Geschlechts zu heiraten. Nach Ansicht des Gerichts bezog sich das in Art. 12

4 Das ist das Geschlecht der Keimdrüsen: Hoden oder Eierstöcke.

5 13.09.2001, Geschäftsnr. 722 UR III 302/00.

6 BVerfGE 49, 286 vom 11.10.1978, NJW 1976/595.

7 Zillah Eisenstein, *The Female Body and the Law*, Berkeley and Los Angeles, California/London, England 1988, 50.

8 Amtsgericht München, 722 UR III 302/00.

9 Siehe zu den Entwicklungen des Falls unter <http://www.postgender.de>.

10 Siehe Stefan Hirschauer, *Die soziale Konstruktion der Transsexualität. Über die Medizin und den Geschlechtswechsel*, Frankfurt am Main 1993.

11 OGH, 21.12.1995, 3 Ob 570/95.

12 Das OLG Wien hat judiziert, dass die Tatsache, welches Geschlecht ein Mensch hat, eben *nicht* zu seinem höchstpersönlichen Lebensbereich gehört, „da sich daran eine Unzahl von rechtlichen Folgen, wie z. B. das Pensionsalter, die Heiratsmöglichkeiten, die Verpflichtung, den Wehrdienst zu absolvieren und andere

knüpfen.“ Aus diesem Grund, so schließt das Gericht, könne auch die Tatsache eines Geschlechtswechsels nicht zum höchstpersönlichen Lebensbereich gehören (OLG Wien, 09.09.1991, 21 Bs 142/91, MR 1991, 190).

EMRK garantierte Recht zu heiraten auf die traditionelle Ehe zwischen Menschen unterschiedlichen Geschlechts (Rees, Rn. 49).

Diese Linie hat der EGMR bis zum Juli 2002 nicht verlassen: Eine Geschlechtsumwandlung führt, so der EGMR im Fall *Cossey gegen Vereinigtes Königreich* (27.09.1990, ÖJZ 1991/3), „nicht zum Erwerb aller biologischen Charakteristika des anderen Geschlechts“ (Rn. 40). Daran scheiterte sowohl die Feststellung einer Verletzung des Rechts auf Privatheit durch Verweigerung der Korrektur des Eintrags in das Geburtenbuch (mit der knappen Mehrheit von 10 zu 8),¹³ als auch die Feststellung einer Verletzung von Art. 12 wegen fehlender Möglichkeit einer Heirat (mit der Mehrheit von 14 zu 4 Stimmen). Damit wurde in Kauf genommen, dass es einer transsexuellen Person weder (faktisch) möglich war, als Angehörige/r des Geburtsgeschlechts,¹⁴ noch (rechtlich), als Angehörige/r des angenommenen Geschlechts zu heiraten (Rn. 45).

Erstmals wurde im Fall *B gegen Frankreich* (25.03.1992, ÖJZ 1992/30) die Verletzung von Art. 8 MRK wegen Weigerung der Anerkennung des angenommenen Geschlechts festgestellt. Der Fall wurde von Rees und Cossey insofern differenziert, als das französische Recht keine Möglichkeit für postoperative Transsexuelle eröffnete, einen ihrem angenommenen Geschlecht entsprechenden Namen zu wählen. In einem solchen Fall war es einer transsexuellen Person nicht möglich zu verbergen, dass sie eine Geschlechtsumwandlung vornehmen lassen hatte; das verstößt nach Ansicht des EGMR gegen das Recht auf Privatleben.

Im Juli 2002 kam es endlich zu der lang erhofften Judikaturwende. Der EGMR nahm zwei weitere Fälle aus dem Vereinigten Königreich¹⁵ zum Anlass, das Potential des Grundrechtsschutzes der EMRK auszuschöpfen. Bewusst setzt sich der EGMR mit der Problematik eines Abgehens von der bisherigen Judikatur und möglichen Grün-

den dafür auseinander. Interessen der Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit der Judikatur sowie der Gleichheitsgedanke sprechen für eine konstante Judikatur. Im Gegenzug betont der EGMR besonders, dass die EMRK in erster Linie ein System des Schutzes von fundamentalen Rechten darstellt. Er erachtet es als notwendig, dass Entwicklungen innerhalb von Staaten wie auch das Entstehen eines Konsenses in der Staatengemeinschaft angemessen rezipiert werden. In einer zentralen Passage wird zum Selbstverständnis des Gerichtshofs festgehalten:

It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement (. . .). (*I v. United Kingdom*, Rn. 54)

Im Licht verschiedener medizinischer und rechtlicher Entwicklungen wird nun die Frage des Personenstands neu bewertet: Angesichts einhelliger medizinischer Anerkennung von Krankheitsbild und Behandlung, auch der Tatsache, dass das englische Gesundheitssystem die Kosten für geschlechtsanpassende Maßnahmen übernimmt, wird das von der britischen Regierung ins Treffen gebrachte rechtlich-gesellschaftliche Bedürfnis, ein System der Eintragung von Geburten aufrechtzuerhalten, das nur historische Daten aufnimmt und keine Korrekturen kennt, als verhältnismäßig marginal angesehen. Die Abwägung des EGMR im Original:

No concrete or substantial hardship or detriment to the public interest has indeed been demonstrated as likely to flow from any change to the status of transsexuals and, as regards other possible consequences, the Court considers that society may reasonably be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost. (Rn. 71)

Auch die Frage nach der Ehefähigkeit von Transsexuellen wird nun anders

bewertet. Entgegen der früheren Ansicht, dass ein Staat das relevante Geschlecht ausschließlich nach den bei der Geburt vorliegenden „biologischen“ Kriterien bestimmen darf, wird nun der reduktionistische Charakter einer solchen Regelung festgehalten. Er entspreche heutigen Vorstellungen hinsichtlich der Komplexität der Kategorie des Geschlechts nicht (mehr).¹⁶ Aus diesem Grund sieht der EGMR die Essenz des Rechts auf Eheschließung verletzt, wenn Menschen nur in ihrem Geburtsgeschlecht heiraten können. Mit überaus deutlichen Worten wird eine frühere Begründung ausgehebelt:

The Court [. . .] finds that it is artificial to assert that post-operative transsexuals have not been deprived of the right to marry as, according to law, they remain able to marry a person of their former opposite sex. The applicant in this case lives as a woman, is in a relationship with a man and would only wish to marry a man. She has no possibility of doing so. In the Court's view, she may therefore claim that the very essence of her right to marry has been infringed. (Rn. 81)

Das Gericht schließt mit der Bemerkung, dass das Fehlen rechtlicher Anerkennung des Geschlechts eines oder einer postoperativen Transsexuellen nicht nur eine Verletzung des Rechts auf Privatheit darstellt, sondern auch den Gleichheitssatz (Art. 14 EMRK) verletzt (Rn. 88).

Appendix zur Rechtslage in Österreich, Deutschland und EG

Deutschland und Österreich haben eine solche grundrechtsfreundliche Linie schon relativ lang vertreten. Das deutsche *Transsexuellengesetz*¹⁷ sieht eine „kleine“ und eine „große“ Lösung vor. Gemäß der kleinen Lösung kann eine transsexuelle Person, d. i. eine Person, „die sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben“ (§ 1 Abs. 1), ihre/n *Vornamen ändern* lassen.

¹³ Auch im Fall *Sheffield und Horsham gegen Vereinigtes Königreich*, 20.07.1998, 31–32/1997/815–816/1018–1019, bleibt der EGMR – diesmal mit der Mehrheit 11 zu 9 – bei dieser Meinung.

¹⁴ Die Scheidung einer Ehe ist in England die Voraussetzung für die Komplettierung des Geschlechtsumwandlungsprogramms (Fallerzählung in *Sheffield und Horsham v. the United Kingdom*, 25.06.1998, Rn 15).
¹⁵ *I. v. The United Kingdom*, 11.07.2002, Application No. 25680/

94; *Christine Goodwin v. The United Kingdom*, 11.07.2002, Application No. 28957/95.

¹⁶ In diesem Zusammenhang wird auch darauf verwiesen, dass Art. 9 der Charter of Fundamental Rights der Europäischen Union beim Recht auf Eheschließung und Familien-

gründung, anders als die EMRK, auf einen Verweis auf die Verschiedenheit des Geschlechts der Menschen verzichtet.

¹⁷ BGBl. Jg. 1980, Teil I, 1654–1658.

Die „große“ Lösung sieht die Feststellung einer veränderten Geschlechtszugehörigkeit (*Änderung des Personenstandes*) vor, wenn neben den Vorgaben von § 1 Abs. 1 noch weitere Voraussetzungen erfüllt sind: Ehelosigkeit, dauernde Unfähigkeit zur Fortpflanzung und eine weit gehende operative Annäherung des äußeren Erscheinungsbildes an das angenommene Geschlecht. Das Rechtsverhältnis zu etwaigen leiblichen und angenommenen Kindern bleibt davon unberührt (§ 11).

In Österreich wird die Rechtsstellung Transsexueller durch einen Erlass des Innenministeriums¹⁸ geregelt. Dieser wird durch Empfehlungen für den Behandlungsprozess von Transsexuellen in Österreich vom Juni 1997 seitens der damaligen Bundesministerin für Arbeit, Gesundheit und Soziales ergänzt.¹⁹ Eine „kleine“ Lösung gibt es im österreichischen Recht nicht. Die Voraussetzungen für eine Änderung der Geschlechtszugehörigkeit sind jenen des deutschen Transsexuellengesetzes ähnlich. Danach werden Menschen in ihrem angenommenen Geschlecht ohne Einschränkungen anerkannt. Das hat auch der österreichische Verwaltungsgerichtshof judiziert: „Transsexuelle gehören nach erfolgreicher geschlechtsumwandelnder Behandlung dem Geschlecht ihres äußeren Erscheinungsbildes an, dies auch hinsichtlich ihrer Ehefähigkeit.“²⁰

Seit einigen Jahren interpretiert der EuGH das Recht der Europäischen Ge-

meinschaft derart, dass Diskriminierungen auf Grund einer Geschlechtsumwandlung als vom EG-Recht *verbotene* Diskriminierungen auf Grund des Geschlechts gesehen werden.²¹ Eine solch breite(re) Fassung des Begriffs „Geschlecht“ im Gleichheitsrecht ist angesichts des weiten Spektrums möglicher Diskriminierungen angemessen und sollte auch auf andere Bereiche ausstrahlen. So wäre etwa eine Ausdehnung auf das Phänomen der sexuellen Orientierung angezeigt.

Der EuGH hat sich dieser Ausdehnung allerdings im Fall *Lisa Grant*²² verschlossen. Diskriminierung auf Grund einer homosexuellen Orientierung, so wurde judiziert, ist nicht als Diskriminierung auf Grund des Geschlechts gemäß der Gleichbehandlungsrichtlinie der EG zu deuten. Damit verscheuchte der EuGH das Gespenst der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Beziehungen, zu der eine positive Entscheidung geführt hätte. Es ist (auch) die Angst vor „gleichgeschlechtlichen Ehen“, die im Hintergrund der Judikatur des EGMR zur Reichweite von Art. 12 EMRK steht. Sie ist wesentlicher Bestandteil der Vorurteilsstruktur, die einer Erweiterung des (rechtlichen) Verständnisses von Geschlecht entgegenwirkt.

Drⁱⁿ. Elisabeth Holzleithner ist Universitätsassistentin am Institut für Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Universität Wien.

Impressum

juridikum

Zeitschrift im Rechtsstaat
A-1010 Wien, Kärntner Ring 6/Mezzanin

HerausgeberInnen: Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Birgit Feldner, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, RA Univ.-Doz. Dr. Richard Soyer, RAⁱⁿ Drⁱⁿ. Maria Windhager für Context – Verein für freie Studien und brauchbare Information, 1010 Wien, Kärntner Ring 6/Mezzanin

Medieninhaber und Verleger:

Verlag Österreich GmbH, Kandlgasse 21, A-1070 Wien, Tel. 01/610 77, Abonnements: Kl. 136, 315, Fax: 01/610 77/589, e-Mail: order@verlagoesterreich.at, <http://www.verlagoesterreich.at>

Preis: Jahresabonnement Euro 29,-, StudentInnenabonnement Euro 20,-, Förderabonnement Euro 50,-, exkl. Euro 8,- Porto und Versandkosten (Inland)

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Redaktion: Univ.-Prof. Dr. Nikolaus Benke, Dr. Sepp Brugger, RAA Dr. Daniel Ennöckl, Univ.-Ass. Dr. Nikolaus Forgó, Drⁱⁿ. Elisabeth Holzleithner, Mag^a. Iris Kugler, Lukas Oberndorfer, V.-Ass. Dr. Florian Oppitz, Mag. Thomas Sperlich, Mag. Dominik A. Thompson, Ass.-Prof. Dr. Hannes Tretter, Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin

AutorInnen dieser Ausgabe:

Dr. Roland Gerlach, Peter Hammer, Univ.-Ass. Drⁱⁿ. Elisabeth Holzleithner, Prof. Peter C. Konstant, Mag^a. Iris Kugler, Dr. Peter Pollak, Mag. Martin Pospischill, Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Schmale, ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Somek, ao. Univ.-Prof. DDr. Christian Stadler, Univ.-Ass. Dr. Peer Zumbansen

Offenlegung

Der Medieninhaber und Verleger ist zu 100% Eigentümer des **juridikum**.

Grundlegende Richtung des **juridikum**: ergibt sich aus den Context-Statuten und aus dem Inhalt der veröffentlichten Texte.

Erscheinungsort: Wien

Layout und Satz: Laudenbach Satz & DTP, 1070 Wien

Druck: Berger, 3580 Horn

Context ist Mitglied der VAZ (Vereinigung alternativer Zeitungen und Zeitschriften).

¹⁸ „Transsexuellen-Erlass“, BMI, Zahl: 36.250/66-IV/4/96, abgedruckt in: Könné 1997, 196–198. Siehe dazu, ebenso wie zur Rechtslage in Deutschland, Italien, Schweden, den Niederlanden, Polen, Großbritannien und den USA Könné 1997, 39–61.

¹⁹ Der Erlass und die Richtlinien finden sich auf folgender Homepage: <http://transx.transgender.at>.

²⁰ VwGH, 30.09.1997, 95/01/0061, JBl 1998, 461.

²¹ *P gegen S und Cornwall County Council*, 30.04.1996, Rs. C-13/1994.

²² *Lisa Jacqueline Grant gegen South-West Trains Ltd.* (30.04.1996, Rs C-249/1996).

Wiedervereinigung Europas?

Wolfgang Schmale

Nach der „samtenen Revolution“ 1989/1990 tauchte schnell in den Ländern östlich des nach einem Wort Winston Churchills so benannten „Eisernen Vorhangs“ der Slogan „Zurück nach Europa!“ auf. Die EG, wie sie damals noch hieß, reagierte ebenso schnell und legte Förderprogramme wie z. B. PHARE auf. Längst hat sich daraus der EU-Erweiterungsprozess entwickelt, dessen Erfolg abzusehen ist. Praktisch bedeutet das, dass die Beitrittsländer das geltende EU-Recht komplett übernehmen müssen und daran schon seit Jahren arbeiten. Im Großen und Ganzen handelt es sich um einen Beitritt, wie auch seinerzeit die DDR dem Geltungsbereich des bundesdeutschen Grundgesetzes beigetreten ist. Im allgemeinen Sprachgebrauch nannte man das freilich emotionaler „Wiedervereinigung“.

Es ist nachvollziehbar, wenn Politiker, auch österreichische, die Erweiterung der EU als europäische Wiedervereinigung schmackhaft machen. Da stecken positive Emotionen drin, das erleichtert das politische Geschäft. Es wird die deutsche „Wiedervereinigung“ evoziert, die wenigstens von außen betrachtet als großer Erfolg gilt. Aber die Wiedervereinigung war ja keine, sondern ein Beitritt. Machen wir uns nichts vor, man merkt das jeden Tag, auch noch 12 Jahre danach. Es wird bei der „europäischen Wiedervereinigung“ nicht anders sein, wenn der „Beitritt“ als „Wiedervereinigung“ inszeniert wird.

Aber ist es denn so schlimm, einen Beitritt mittels der Bezeichnung „Wiedervereinigung“ emotional positiv zu besetzen? Das setzt doch Integrationswillen frei? Das werden wir sehen, ob das so ist. Aber wer sagt, dass keine positiven Emotionen und Integrationswillen freigesetzt werden, wenn man die Dinge bei ihrem Namen nennt? Was ist denn ein Beitritt nach Art der EU-Erweiterung? Etwas historisch weitgehend Neues! Dass mir das als (Europa-)Historiker Adrenalinschübe verpasst, versteht sich von selbst,

trotzdem muss man kein Historiker sein, um das aufregend Neue zu begreifen und auf sich wirken zu lassen.

Ein vereinigtes, d. h. integriertes Europa, hat es geschichtlich noch nie gegeben. Viele, insbesondere historisch interessierte Politiker, meinen das zwar, weil sie sich schlecht von den entsprechenden Erfindungen der Romantik des 19. Jahrhunderts oder der nach 1945 wiederbelebten Abendlandvorstellung trennen können, aber es wäre wohl politisch konstruktiver, der Tatsache ins Auge zu sehen, dass es hier um etwas geschichtlich Neues geht. Als Historiker könnte ich jetzt erklären, was wir über Europa herausgefunden haben, über sein „Nichtvereintsein“ in der Geschichte, aber vielleicht reicht ein kleiner Denkanstoß: Was besagt es denn, wenn die EU-Erweiterung als „Wiedervereinigung“ verkauft wird? Es besagt, dass der Westen der Hüter der wahren europäischen Identität gewesen sei, mit der sich die Beitrittsländer nun, seit sie frei geworden sind, wieder vereinigen. Der Beitrittsprozess wird besser ablaufen, wenn wir von diesem hohen Ross wieder heruntersteigen. Das Errichten von Denkmälern überlässt man besser einer späteren Generation. Warum fragen wir uns nicht viel öfter, was diese Länder Ostmittel-, Ost- und Südosteuropas uns zubringen? Ist diese Frage so absurd? Diese Länder haben etwas bewirkt, etwas angeschoben, was die meisten fälschlicherweise nicht mit diesen Ländern in Verbindung bringen, nämlich die Diskussion um die demokratischen und grundrechtlichen Grundlagen und Werte der Europäischen Union. Die Grundrechts- und Demokratierhetorik der EU, die wir vielleicht spontan als ein „schon immer“ der EG/EU ansehen mögen, ist erst nach 1990 ganz in den Vordergrund getreten. Es mag zwar nicht auszuschließen sein, dass die EU, die jetzige Diskussion um die künftige EU-Verfassung nicht im gewünschten Maße zum eingeforderten Mehr an Demokratie in

der Union führen, aber dass dies überhaupt zum Hauptthema wurde, dies zum Wesentlichen der europäischen Identität erklärt wurde, wäre ohne 1989/90 nicht der Fall gewesen, auch nicht ohne die osteuropäischen BürgerrechtlerInnen. Beidem hat es der Westen zu verdanken, dass es eine lebendige Demokratiediskussion in Europa gibt.

Weder bilden die bisherigen Mitglieder der EU einen „geschichtlichen Block“, noch die künftigen Mitglieder. Es mag politische Blöcke gegeben haben, aber Geschichte erschöpft sich nicht in Politik. Geht man von den historischen Erfahrungen, und sei es nur des 20. Jahrhunderts aus, gibt es mehrere Europas – nicht zwei, die sich wiedervereinigen oder zur gemeinsamen Kultur zurückfinden. Die Vorstellung, dass wir etwas Neues vor uns haben, dass europäische Kulturen (im Plural) durch die Integration miteinander vermittelt werden, dass wir von den anderen etwas empfangen können, ist doch positiv aufregend genug.

Wiedervereinigung? Finde ich langweilig! Sich kulturell, politisch, wirtschaftlich, sozial in Europa vernetzen? Die EU-Erweiterung wie einen Hypertext begreifen? Das find' ich super!

Dr. Wolfgang Schmale lehrt als Universitätsprofessor am Institut für Geschichte der Universität Wien.

Die Kunst, Kunst zu klagen

Peter Hammer



Damit nicht sein kann, was nicht sein darf, greifen selbst ernannte Hüter des Wahren, Guten und Schönen bei der Errettung des (christlichen) Abendlandes gerne auf das Arsenal der Rechtsordnung zurück. Häufiges Opfer dieser Personen ist die Kunst. Gerade die jüngere österreichische Geschichte ist voll von derartigen Vorfällen, man denke an Schnitzler, den „Pornographen“ Schiele oder insbesondere die Wiener Aktionisten. Bisher beschränkte man sich dabei auf strafrechtliche Vorhaltungen, wie zuletzt auch bei der peinlichen Debatte um Gerhard Haderers „Jesus“-Buch.

Zunehmend haben aber die Gerichte – insbesondere in den letzten Jahren – dem Grundrecht der Kunstfreiheit den ihm entsprechenden Platz in der Rechtsprechung eingeräumt¹. Darüber hinaus äußerte sich der OGH auch zu den Intentionen des Gesetzgebers: „Es war angestrebt, dem künstlerischen Schaffen und dessen Vermittlung in der Außenwelt, einen Freiraum zu schaffen, der gegen Eingriffe geschützt sein sollte. Bewusst wurde von einer Definition des Begriffes ‚Kunst‘ abgesehen, weil es einen anerkannten Kunstbegriff nicht gebe, die Garantie der Kunstfreiheit es aber auch dem Staat untersage zu bestimmen, was Kunst ist.“². Durch diese Linie der Judikatur haben sich die Erfolgchancen derartiger Klagebegehren drastisch reduziert. Im Herbst 2001 jedoch wurde ein neuer Weg im Kampf gegen die Kunst beschritten.

Erstmalig wurde gegen ein Kunstwerk – respektive die dafür verantwortliche Institution – zivilrechtlich vorgegangen. Ein Arzt forderte von den Salzburger Festspielen die Rückerstattung des Kaufpreises zweier Eintrittskarten für die „Fledermaus“ mit

der Begründung, man habe für eine Aufführung der „Fledermaus“ von Johann Strauß bezahlt, aber ein „aliud“ erhalten – also eine Verletzung von Vertragspflichten. Das Verfahren wurde am 23. September 2002 nach längerer Unterbrechung fortgesetzt.

Ein programmierter Skandal

Gerard Mortier hatte schon vor Jahren angekündigt, seine Ära bei den Salzburger Festspielen mit einem Skandal ausklingen lassen zu wollen. Er wählte dazu die „Fledermaus“, ein Werk, das in Österreich als Nationalheiligtum firmiert und zum Sinnbild wienerischer Walzerseeligkeit wurde. Man überantwortete das Werk dem als „Stückezertrümmerer“ apostrophierten Deutschen Hans Neuenfels.

Dessen Regiekonzept war primär auf Provokation gerichtet. Geänderte Zwischentexte, keine Walzerseeligkeit sondern eine degenerierte (Spieß-) Bürgergesellschaft im Kokainrausch. Der „Orlofsky“ als schmieriges, suchtkrankes Scheusal – dargestellt vom zwischen Falsett und Gegröle changierenden Jazzvokalist David Moss. Ein „Frosch“ – bisher „Erbpacht“ von Publikumsliebblingen der (Wiener) Theaterszene – der als eine Art Conferencier teils in, teils neben der Handlung agiert – besetzt mit der deutschen Starschauspielerin Elisabeth Trisenaar. Alles garniert mit Assoziationen zum Nationalsozialismus.

Nach dem Eklat trat Marcel Prawy, der sich offenbar wieder seiner einstigen juristischen Ausbildung erinnerte, auf den Plan. Er verkündete, das Publikum solle sein Eintrittsgeld zurückverlangen, da es für „Fledermaus“ bezahlt, aber ein anderes Werk gesehen hätte. Dieser Forderung schlossen sich umgehend die Krone und die FPÖ an. Resultat war die oben erwähnte Klage. Der daraus resultierende Prozess entscheidet in letzter Konsequenz über die Zulässigkeit der Interpretation von Klassikern, insbesondere, wenn diese massiv von der bisherigen etablierten Aufführungspraxis abweicht. Muss eine Inszenierung „werktreu“ im engsten Sinn – also sklavisch dem Libretto verhaftet – sein oder ist es zulässig, lediglich die Quintessenz des Werkes zu bewahren, und dabei Handlungsort, Zeit, aber auch den Charakter einzelner Rollen zu ändern? Konkret gefragt: Muss „Fidelio“ stets im Spanien des 19. Jahrhunderts angesiedelt sein? Wie soll Don Giovanni sterben – zwingend in einem Höllenschlund, der nach heutigen Maßstäben nicht Furcht einflößend, sondern eher kitschig bis bigott erscheint? Ist Shylock nur ein blindwütiger Fanatiker? Ist der strahlende Radames bezüglich seines Privatlebens nicht eine rückgratlose Flasche? Kann die Königin der Nacht mehr sein als eine machtbesessene Hysterikerin? Schließlich – um beim Anlassfall zu bleiben – ist der Eisenstein eher ein charmanter Bonvivant oder ein charakterloser Kotzbrocken?

Kunstfreiheit schlägt durch

In erster Instanz wurde das Klagebegehren vom BG Salzburg (Richter Dr. Rupert Ortner) abgewiesen. Das Gericht sah in seiner Entscheidung³ ein Durchschlagen der Kunstfreiheit gemäß Art. 17a StGG als gegeben an. Die von Neuenfels vollzogenen Änderungen wurden als zulässig im Rahmen der künstlerischen Beschäftigung mit einem Werk erachtet.

Grundlage der Klage war die Ansicht, die Bearbeitung durch Neuenfels habe die Fledermaus derart verändert, dass ein neues Werk entstanden sei (und dieses habe keiner der Besucher

¹ OGH in 1 Ob 26/88 „Art. 17a StGG verlangt die Anerkennung eines Werkes als Kunstwerkes in möglichst großzügigem Sinne.“ (Leitsatz)

² OGH in 1 Ob 26/88
³ 13 C 1456/01b

sehen wollen, Anm.). Es sei – nach Meinung der Kläger – ein „ekelhaftes Theaterstück mit Musikuntermalung von Johann Strauss“ gewesen. Tatsächlich wurde an der Musik und den Arien-texten nichts geändert. Einzig die Zwischentexte erhielten Modifikationen. Zudem wurde der Fledermaus auch keine neue Handlung gegeben, sondern lediglich (szenische) Elemente geändert, um eine bestimmte Aussage zu betonen. Gerade dies ist aber das Wesen von Regie als eigener Form von Kunst.

Werke mit einem gewissen Ewigkeitsanspruch – im Sprech- wie im Musiktheater – „leben“ letztlich nur dadurch, dass sie die Möglichkeit schaffen, ein bestehendes Grundkonstrukt zu bearbeiten, Handlungsstränge hervorzuheben, Schwerpunkte zu setzen und damit immer neue Aspekte und Facetten eines Werkes aufzuzeigen. Nicht umsonst werden praktisch alle Klassiker des Theaters bei der Aufführung teils massiven Streichungen unterzogen. Entscheidend ist somit der Erhalt der grundsätzlichen Linie eines Werks.

Die Werkform einer Operette ist obendrein prädestiniert für Bearbeitungen und Aktualisierungen⁴. Dazu kommen die Rollen des „Frosch“ und des „Orlofsky“, deren Ausgestaltung nur in Grundzügen vorgegeben wird. So ist der „Frosch“ eine Rolle für Theaterschauspieler. Seine Texte wurden immer neu geschrieben und enthalten oft auch Spielraum für tagespolitische Kommentare und Improvisationen des Interpreten. Der Orlofsky hingegen wurde schon mit den unterschiedlichsten Typen von Sängern und Sängerinnen besetzt. Die Rolle steht auch auf der Bühne weitestgehend allein und interagiert kaum – somit ist sie geradezu prädestiniert, auf höchst unterschiedliche Art und Weise szenisch umgesetzt zu werden.

Diese Eingriffe, die ja auch der Aufführungstradition voll entsprechen (als Grundgedanke, nicht in concreto), machen aus der „Fledermaus“ noch kein anderes Werk. Übrigens existieren Aufnahmen der Operette, in denen in ge-

radezu abenteuerlicher Weise Musikstücke anderer Komponisten in das Werk integriert wurden. Dazu gesellten sich – wie bei Karajan – auch „cameo-Auftritte“ von Prominenten und Opernstars, die sich nicht scheuten, eine Vorstellung um eigene vocale Einlagen zu „bereichern“⁵. Auch damals zog niemand die Identität des Werks in Zweifel. Selbst wenn man nur diese klassischen Inszenierungen als Maßstab der Zulässigkeit musikalischer und librettistischer Ergänzungen heranzöge, so wurde in Salzburg eindeutig „Fledermaus“ gezeigt.

(K)Eine Frage des Zivilrechts

Das Gerichtsverfahren hat gezeigt, dass die Problemstellung „Bearbeitung oder Neuschöpfung“ allein auf Grundlage des Art. 17a StGG gelöst werden kann. Eine weiter gehende Beschäftigung mit zivilrechtlichen Fragen ist daher eigentlich nicht notwendig. Dennoch soll hier der Versuch unternommen werden, mögliche zivilrechtliche Anspruchsgrundlagen am Beispiel der „Fledermaus“ zu überprüfen und die Gefahren derartiger Überlegungen für die Freiheit der Kunst aufzuzeigen.

Nach dem Gesetz kommt ein Vertrag „durch übereinstimmende Willenserklärung (mindestens) zweier Personen zustande“⁶. Essentiell für diese Übereinstimmung ist die „Bestimmtheit“, also die Einigung über die wesentlichen Vertragsbestandteile⁷. Die erste vertragsrechtliche Fragestellung muss daher lauten: Was genau ist der Vertragsgegenstand beim Kauf einer Eintrittskarte? Einerseits natürlich der garantierte Platz, näher definiert durch die Preiskategorie, andererseits die Vorstellung als solche. Wobei nur letztere mit der obigen Problemstellung zu tun hat. Denn welche Elemente einer Aufführung werden mit Vertragsschluss fixiert und welche sind diesem besonderen Vertrag immanente Unwägbarkeiten? Nicht außer Acht lassen darf man dabei die Tatsache, dass es sich um einen Premierenabend gehandelt hat.

Bei Opern und Operetten kennt man zu Beginn des Vorverkaufs die

Eckdaten einer Inszenierung: Werk, Komponist, Regie, Dirigent sowie die Besetzung der Hauptrollen. Die Premiere trägt aber stets das Risiko des Scheiterns in sich, da ein Werk in dieser konkreten Form erstmals aufgeführt wird. Eine Premiere bietet Nervenzitler und einen besonderen Status – man war unter den Ersten, die ein bestimmtes Stück oder eine bestimmte Inszenierung gesehen haben. Dafür liefert man sich, überspitzt formuliert, dem Regisseur aus. Die Inszenierung ist zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses üblicherweise erst ein Konzept, dessen endgültige Form erst kurz vor der Premiere feststeht. Da aber Einigkeit über die „essentialia negotii“ des Vertrages bestehen muss, kann eine konkrete Inszenierung gar nicht Vertragsbestandteil sein.

Daraus ergibt sich: Jeder Vertrag (Kartenkauf), der vor der Premiere beziehungsweise ihrer medialen Rezension abgeschlossen wird, beinhaltet die szenische Umsetzung nur insoweit, als „eine Inszenierung“ durch einen bestimmten Regisseur geschuldet wird. Und selbst dies nur, wenn der Wechsel des Regisseurs in den AGB des Veranstalters nicht als irrelevant im Sinne einer Anspruchsgrundlage bezeichnet wird – wie regelmäßige Umbesetzungen der SängerInnen oder des Dirigenten. Über weiter Gehendes kann zu diesem Zeitpunkt keine Einigung erzielt werden. Unmöglich Bestandteil des Vertrages kann „Kunstgenuss“ im Sinne eines angenehm-unterhaltsamen Abends und der persönlichen Zufriedenheit mit dem Dargebotenen sein. Derartiges widerspricht auch der Ansicht des OGH zur Verankerung der Kunstfreiheit in der Verfassung, da es eine gerichtliche Bewertung der Qualität eines Kunstwerkes beinhalten würde.

Vertrauensschutz

Die Frage, was ein Zuseher von einer Aufführung vertragsgemäß erwarten durfte, thematisiert den „Vertrauensschutz“, konkret also die Frage des „objektiven Erklärungswertes“ eines derartigen Vertrages. „Die Bedeutung

4 Offenbach hielt seine Werke in den Sprechpassagen beinahe tagesaktuell. Erleichtert wird dies auch durch die unterschiedlichen Elemente, aus denen eine Operette aufgebaut ist (Sprechpassagen, Ari-

en, etc.). Derartiges wäre bei einer Oper nicht möglich. Insbesondere wenn das Werk auf einem ununterbrochenen Fluss der Musik aufgebaut ist, wie bei „Tristan“ oder „Salome“.

5 so in der „Fledermaus“ aus der Serie „Wiener Staatsoper – live“ (RCA-Records)
6 § 861 ABGB

7 vgl Koziol/Welser „Bürgerliches Recht“ (Manz; Wien 2002) Bd. 1, S. 111 f

einer Willenserklärung richtet sich daher danach, wie sie unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste.“⁸ Aus diesem „objektiven Verständnis“ ergibt sich die Geltung der AGB des Veranstalters⁹ ebenso wie die Tatsache, dass die Festspiele niemals einen Vertrag abschließen wollten, in dem sie ZuseherInnen eine Garantie einräumen, dass der Abend für sie ein erquickliches Erlebnis wird.

Grundsätzlich vermag also die Qualität einer Aufführung nie der Grund sein, aus dem eine Rückforderung von Eintrittsgeldern gerichtlich geltend gemacht werden kann. Eine Variante wäre, Teile der Inszenierung als für das Publikum so schockierend zu empfinden, dass man von einer „Unzumutbarkeit“ sprechen kann. Dazu ist aber wohl ein durchschnittliches, informiertes Opern- oder Theaterpublikum heranzuziehen und nicht unbedingt das Premierenpublikum bei Festspielen. Brillende Darsteller, Drogen und Assoziationen zum Nationalsozialismus sind in Inszenierungen allerdings weder neu noch wirklich schockierend – besonders wenn sie zum „Standardrepertoire“ des Regisseurs zählen.

Regie als Form der künstlerischen Betätigung kollidiert fast zwangsläufig mit szenischen Angaben der AutorInnen. So positionierte Christine Mielitz bei den diesjährigen Salzburger Festspielen in ihrer Inszenierung von Zemlinskys „König Kandaules“ das Orchester im dritten Akt mitten auf der Bühne. Damit wurde der „Illusionsraum Bühne“ aufgegeben – wengleich die DarstellerInnen weiterhin szenisch agierten. Noch radikaler ging Einar Schleaf bei seiner Inszenierung von Elfriede Jelineks „Sportstück“ vor. Er ignorierte nicht nur sämtliche szenische Anweisungen der Autorin und erfand ein eigenes ästhetisches Konzept, er durchsetzte das Werk auch mit Bruchstücken anderer Texte (darunter Kleists Penthesilea). Das alles übrigens unter dem Beifall der Schriftstellerin. Und am 22. Oktober feierte im Wiener Schauspielhaus ein beeindruckender „Macbeth“ Premiere, der ausschließlich mit Frauen besetzt war.

In allen drei Fällen sind Handlungen, die den Vorgaben des Werks eindeutig widersprechen, dennoch zulässige Formen der Umsetzung eines Stoffes beziehungsweise der Auseinandersetzung mit einem Werk. Wie gut derartige „Fremdelemente“ oft zum Kern eines Werkes passen oder dessen Verständlichkeit im Kontext der Gegenwart erhöhen, erschließt sich den Zusehern häufig erst im Zuge der Aufführung. Dazu bedarf es aber des Willens zur intellektuellen Auseinandersetzung mit dem Stoff und nicht eines reflexartigen „das darf so nicht sein“-Verhaltens.

Informationspflichten

Der Anwalt der Kläger im „Fledermaus“-Prozess argumentierte, die Festspiele hätten das Werk mit einem Zusatz wie „Die Fledermaus von Hans Neuenfels in Anlehnung an die Operette von Johann Strauß und dessen Librettisten“ versehen müssen. Dahinter verbergen sich zwei Strategien. Erstens die Behauptung, die Produktion sei mehr ein Werk von Neuenfels als von Strauß. Alternativ will man geltend machen, die Festspiele hätten das Publikum über den „wahren Inhalt“ des Vertrages getäuscht, also Informationen unterschlagen, die den Kläger vom Kauf der Karten abgehalten hätten.

In diesem Zusammenhang stellt sich natürlich die Frage, wie unvorbereitet man Theater- und Opernkarten kaufen beziehungsweise eine Vorstellung besuchen kann. Gibt es also eine Pflicht des Zusehers, sich über leading team und Besetzung einer Aufführung zu informieren? Anders als bei Peter Handkes „Publikumsbeschimpfung“ war die Absicht, das Publikum zu schockieren, bei der Salzburger „Fledermaus“ offenkundig. Nicht nur, dass Mortier den Skandal seit langem öffentlich ankündigte, auch das verantwortliche Team war bekannt. Neuenfels ist in Kunstkreisen ja kein unbeschriebenes Blatt. Wer immer nur ein oder zwei seiner Arbeiten gesehen hat, weiß, worauf er sich einstellen muss. Die „Fledermaus“ ist eine klassische Neuenfels-Arbeit, sie enthält auch alle

inszenatorischen Elemente, mit denen sich der Regisseur einen Namen gemacht hat und bietet für Kenner seiner Arbeit kaum Neues, schon gar nichts Schockierendes¹⁰.

Wer von dieser Inszenierung geschockt war, konnte also nur den Regisseur oder seine Arbeiten nicht gekannt haben. Daraus kann niemand ein Vorwurf gemacht werden. Es stellt sich allerdings die Frage, ob derartige Personen ein Recht haben, sich dann über eine Inszenierung zu beschweren. Immerhin sind die Salzburger Festspiele eine Veranstaltung, bei der es primär um Kunst geht, und nicht darum, sich vor Kameralinsen zu drapieren und die Zugehörigkeit zu irgendeiner „High-Society“ zu demonstrieren. Daher ist es gerechtfertigt, beim Festspielpublikum Interesse an der Kunst sowie einen Grundstock an Wissen vorauszusetzen. Selbst wer nur oberflächliche Ahnung von der gegenwärtigen Kunstszene hat, der verbindet gewisse Eigenheiten mit dem Namen Neuenfels. Dazu gab es umfassende Informationen im Internet und in internationalen Medien.

Die Kläger gehen allerdings noch einen Schritt weiter. Sie thematisieren die „listige Irreführung“ im Sinne von § 870 ABGB und damit die Verletzung von Aufklärungspflichten. Die Salzburger Festspiele hätten – offenbar bewusst – zur Steigerung des Kartenabsatzes potentiellen BesucherInnen entscheidungsrelevante Fakten zur gezeigten „Fledermaus“ unterschlagen. Dieser Anspruch wird dadurch erleichtert, dass für die Erfüllung von § 870 kein Vorsatz notwendig ist¹¹. Für den konkreten Fall ist eine derartige Überlegung jedenfalls irrelevant. „Die Täuschung ist nur dann beachtlich, wenn sie für die Erklärung des Irreführten kausal ist.“¹² Doch der Glaube an einen „netten unterhaltsamen Theaterabend“ konnte nie Bestandteil des Vertrages werden. Die „Täuschung“ wäre lediglich nachvollziehbar, wenn es sich tatsächlich um ein anderes Stück als das angekündigte gehandelt hätte. Diese Variante entbehrt aber – wie auch das Gericht feststellte – jeglicher Grundlage.

8 OGH in MietSlg 47.060/20; JBl 1997, 312
9 die regelmäßig Umbesetzungen oder Indispositionen als Anspruchs-

grundlagen oder Rücktrittstatbestände ausschließen.
10 So zeigt Neuenfels den „Jean“ in Meyerbeers „Le Prophete“ als – alle-

gorisch zu verstehenden – Junkie (derzeit im Repertoire der Wiener Staatsoper).
11 vgl Koziol/Welser Bd. 1, S. 150f

12 OGH in HS 26.441/8; JBl 1996/174

Pflicht zur Information?

Letztlich ging es in diesem Prozess um die Fragestellung, wann durch Regie und Bearbeitung ein neues Werk entsteht. Diese Grenze wurde im Sinne der Kunst sehr weit gezogen – wobei diesbezüglich auf das Ego der Künstler vertraut werden kann. Wer der Meinung ist, wirklich ein eigenständiges neues Werk zu schaffen und nicht bloß eine innovative Umsetzung, der behält es ohnehin nicht für sich (zumal damit Tantiemen einhergehen).

Von Seiten des Klägers war zudem impliziert zu klären, ob es sich bei der Information zum Charakter einer Aufführung um eine Hol- oder Bringschuld handelt. Hier ist der Holschuld eindeutig der Vorzug zu geben. Jeder Kunstkonsument muss wissen, wie flexibel er gegenüber unorthodoxen Umsetzungen eines bekannten Stoffes ist und ob ein Werk allein aufgrund der Inszenierung für ihn zum Problem werden kann. Sieht er hier eine Gefahr, so ist es wohl statthaft, ihm vor Kartenkauf die Pflicht aufzuerlegen, Informationen über den Regisseur oder gegebenenfalls dessen Stil einzuholen. Diese Pflicht wird insofern relativiert, als es für Veranstalter im Sinne ihres eigenen Geschäftsganges von Vorteil ist, wesentliche Informationen¹³ zugänglich zu machen (was ja gegenwärtig auch überall passiert).

Davon abgesehen hat der Streit um die „Fledermaus“ auch eine massive grundrechtliche Komponente. Denn wie weit reicht die Freiheit der Kunst noch, wenn die Verantwortlichen ungewöhnlicher und verstörender Interpretationen bekannter Werke vor Gericht zivilrechtlichen Ansprüchen ausgesetzt sind? Es wird geradezu unmöglich sein, mit Konventionen zu brechen und innovative Arbeiten zu schaffen, wenn über jeder Inszenierung das Damoklesschwert zivilgerichtlicher Verurteilungen schwebt.

Nicht weniger abseitig ist aber auch die Vorstellung, ein Gericht könnte

einem Regisseur nachträglich(!) erklären, er habe eigentlich ein neues Werk geschaffen. „Durch grobe Fahrlässigkeit hat Hans Neuenfels bei sich unbewusst einen künstlerischen Schöpfungsprozess in Gang gesetzt, dessen Ergebnis ein eigenständiges Werk des Musiktheaters unter maßgeblicher Verwendung von Elementen der ‚Fledermaus‘ von Johann Strauß ist.“ – Soll Derartiges in einer Urteilsbegründung zu lesen sein?

Tatsächlich verbirgt sich hinter dieser Vorgehensweise der Versuch, auf zivilrechtlichem Wege das zu schaffen, was mit dem Strafrecht nicht mehr möglich ist, nämlich Künstler in ihrer bestimmten Schichten der Gesellschaft missfallenden Arbeit massiv zu behindern. Und einer derartigen Aushebelung von Grundfreiheiten sollte unmissverständlich entgegengetreten werden.

Post Scriptum

Giuseppe Verdi erhielt einst einen Brief, in dem sich ein Zuseher der „Aida“ fürchterlich über das „unerträgliche Werk“ aufregte und dem Komponisten Eintrittskarte, Reisekosten, Unterbringung und Abendessen in Rechnung stellte – jeweils für zwei Personen. Verdi ließ die Rechnung (abgesehen vom Essen) bezahlen, allerdings nur unter einer Bedingung: Der Zuseher musste sich schriftlich verpflichten, nie wieder eine Aufführung einer Verdi-Oper zu besuchen.

Eine höchst originelle Lösung, deren analoge Anwendung die Salzburger Festspiele dem Kläger getrost hätten vorschlagen können. Noch besser wäre allerdings gewesen, er hätte sich an einen Satz aus dem Libretto erinnert:

„Glücklich ist, wer vergisst – was nicht mehr zu ändern ist“

Peter Hammer ist Studierender der Rechtswissenschaft an der Universität Wien.

**Ostermayer
Mietrecht**

Ostermayer

Mietrecht

Kommentar zum MRG

samt Nebengesetzen
mit Materialien

Stand: 1. 7. 2002

● Umfangreicher **Praxis-**kommentar zum MRG samt Nebengesetzen und Materialien

● Unter Berücksichtigung der Mietrechtsnovelle 2001, der **Wohnrechtsnovelle 2002**, des **Wohnungseigentumsgesetzes 2002** und des **Wohnungsbegleitgesetzes 2002**

● Enthält ua das RichtwertG, das WohnungsgemeinnützigkeitsG, das Heizkostenabrechnungsg, das BauträgervertragsG, Auszüge aus dem ABGB, dem HausbesorgerG

**1248 Seiten,
gebunden,
€ 136,-
3-7046-3893-5**

Verlag Österreich
vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerey

Verlag Österreich GmbH
1070 Wien, Kandlgasse 21
Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
e-mail: order@verlagoesterreich.at
Internet: www.verlagoesterreich.at

¹³ DarstellerInnen, Regisseur, Dirigent; bei Opern eventuell auch die gewählte Fassung, wenn der Komponist das Werk überarbeitet hat

(so unter anderem bei Don Carlos, Macbeth, Fidelio, Tannhäuser, Boris Godunow, Billy Budd).

Caught In the Trap

Das Recht kann sich zur Qualität eines Kunstwerkes nicht neutral verhalten. Eine Replik.

Roland Gerlach



Peter Hammer hat einen Aufsatz geschrieben, der uns gute liberale Bildungsbürger freut. Er freut uns aus *rechtlichen Gründen*, weil er (1.) in jeder zivilrechtlichen Auseinandersetzung mit einem Kunstwerk bereits einen frontalen Angriff auf das Grundrecht der Freiheit der Kunst vermutet und weil er daher (2.) den Staat auffordert, jedem noch so profanen Angriff auf seine Grundrechte geeignete Mittel, im gegebenen Fall das der Klagsabweisung, entgegenzustellen. Der Beitrag gefällt uns aber auch auf einer *sozialen Ebene*, indem er jene Unterscheidung in zwei Gruppen von Kunstkonsumenten beibehält, aus der wir unser Selbstverständnis beziehen: Hier die Ignoranten, die ihr Geld nach Salzburg schauen, um dort bar jedes Kunstsinnes ihre Pracht in den Pausenfoyers zur Schau zu stellen und die es daher verdienen, vom Prinzen Orlovsky mit den Worten „Ihr kotzt mich alle an!“ in eben jene Pausenfoyers expediert zu werden. Dort der brave Bildungsbürger, der selbstverständlich weiß, was ihn erwartet, der alles gesehen und gehört hat und daher alles begreifen kann und der daher auch einer dramatisch verunglückten Salzburger Fledermaus Produktion jene gebildete Gelassenheit entgegenbringen kann, die nun einmal den Adel vom Pöbel unterscheidet. Im Grunde ist ja der liberale Bildungsbürger ebenso selbstbewusst wie zynisch: Er schätzt Publikumsbeschimpfungen, weil er weiß, nicht gemeint zu sein und er ergötzt sich an der Ungerechtigkeit eines sozialen Systems, das jene, die Kunst gar nicht mögen, dazu zwingt, aus Repräsentationsgründen den anderen den Genuss völ-

lig hypertropher Luxusfestivals zu ermöglichen, die sie sich sonst nicht leisten könnten. Der Piefke wurde schon immer dafür verachtet, dass er dem Wiener Stehplatz-Habitué den Besuch der Salzburger Festspiele ermöglicht.

Der Beitrag von *Hammer* macht uns vor allem aber deshalb glücklich, weil er gerade jenen *ästhetischen Relativismus* bedient, oder besser: bedienen will, von dem wir intuitiv überzeugt sind, dass er der grundrechtlichen Verbürgung von künstlerischer Freiheit inhärent sein muss. *Hammer* bringt es in der gewohnten Form auf den Punkt: „*Da Kunst Geschmacksache ist, soll hier eine Bewertung der inszenatorischen und musikalischen Qualität unterbleiben.*“ Da sich Kunstgenuss „*individuell definiert* (. . .) *vermag die Qualität einer Aufführung nie der Grund sein, aus dem eine Rückforderung von Eintrittsgeldern gerichtlich geltend gemacht werden kann*“. So ist es, denken wir uns, und so hat es zu bleiben, niemand, und schon gar nicht das Recht und seine Anwender sollen darüber entscheiden, ob ein Kunstwerk gut oder schlecht ist, ob es gerechtfertigte Erwartungen gegenüber einem Kunstwerk gibt, ob diese im Rahmen eines Vertrages erfüllt werden müssen, ob der Wert eines Kunstwerkes messbar und daher auch überhöht sein kann, und so fort. *Objektiv betrachtet*, so lautet wohl das Credo, ist jedes Kunstwerk gleich gut, und das Recht kann daher nicht einschreiten, wenn einem Konsumenten eine Inszenierung nicht gefällt, einfach deshalb, weil es keine Evaluierungsmaßstäbe zur Verfügung hat.

Freilich, und hier tut sich die Falle auf, von der im Titel die Rede ist, muss *Hammer*, weil er über Kunst in einem

rechtlichen Zusammenhang schreibt, seinen eigenen Idealen untreu werden und letztlich einen Beitrag verfassen, der seine eigene Existenz nichts anderem als der Möglichkeit verdankt, über die Qualität eines Kunstwerkes zu debattieren. Würde *Hammer* wirklich *glauben*, dass Kunst reine Geschmacksache ist, hätte er einen sehr kurzen Artikel geschrieben: Er hätte zunächst einen beliebigen Kunstbegriff,¹ wahrscheinlich den von der verfassungsrechtlichen Lehre und Judikatur unterstellten, herangezogen und festgestellt, dass die Salzburger Fledermausinszenierung unter diesen Kunstbegriff zu subsumieren ist.² In einem weiteren Schritt hätte er diagnostiziert, dass es unmöglich ist, irgendetwas über die Qualität dieser Aufführung, und damit über die *Aufführung an sich*, zu sagen und hätte folgern müssen, dass dem Recht hier schlicht der Gegenstand fehlt, an dem es sich bewähren kann. Wo nichts ist, hat das Recht sein Recht verloren.

Hammers Beitrag ist aber um vieles länger und setzt sich im Detail, und durchaus nachvollziehbar, mit jenen Fragen auseinander, deren Beantwortung er für unmöglich hält. Indem er

- ▶ die Zulässigkeit einer sehr weit gehenden Interpretation bejaht, konzediert er die Möglichkeit, dass es Interpretationen gibt, die einem Kunstwerk entsprechen und solche, für die dies weniger oder auch nicht zutrifft;
- ▶ es für rechtlich zulässig erachtet, das Salzburger Festspielpublikum zu provozieren, konstatiert er implizit, dass eine Interpretation provokant oder eben nicht sein kann;
- ▶ die Frage aufwirft, wie „unvorbereitet“ man Theater- und Opernkarten

1 Wer meint, dass ein qualitatives Urteil über Kunst unmöglich ist, wird sich schwer tun, Kunst zu definieren, weil Definition eben begrifflich nichts anderes als die Zuordnung bestimmter Eigenschaften ist. Dem

Grundrecht selbst ist ein Definitionsauftrag inhärent, denn, so *Arndt* einleuchtend, „Kunst, die sich nicht bestimmen ließe, könnte auch nicht geschützt werden“; vgl die Nachweise bei *Würkner*, Die Freiheit der

Kunst in der Bundesrepublik Deutschland, *ÖJZ* 1989, 229.

2 Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass der verfassungsrechtliche Kunstbegriff auch *Inszenierungen* miteinschließt; zur diesbezüglichen

Unterscheidung zwischen Werk- und Wirkungsbereich vgl etwa *Holoubek*, Die Freiheit der Kunst aus grundrechtsdogmatischer Sicht und die Rechtsprechung des VfGH zu Art 17 a StGG, *ZfV* 1989, 2 mwN.

kaufen kann, gibt er zu, dass eine konkrete Aufführung der Erwartungshaltung eines *gut vorbereiteten* Publikums entsprechen kann oder auch nicht.

Es ließe sich nun einwenden, dass all dies mit der Qualität einer Aufführung in dem Sinne, ob sie nun individuell gefällt oder nicht, nichts zu tun hat. Man könnte meinen, dass die Unwägbarkeit des subjektiven Kunstgenusses nichts damit zu tun hat, dass es sehr wohl möglich ist, die Werknähe einer Interpretation, ihren provokativen oder versöhnlichen Charakter oder die Frage, inwieweit sie sich in sonstige Inszenierungen eines Regisseurs fügt, zu prüfen. Freilich greift dieses Argument zu kurz: Jeder Mensch weiß, warum ihm eine bestimmte Inszenierung gefällt oder nicht und es ist dabei relativ unerheblich, ob es dem Einzelnen nun gelingt, diese zweifellos *komplizierte* Frage auch mit dem nötigen Sachverstand zu beantworten. Es wäre aber absurd, so zu tun, als ob sich *Kunstgenuss* aus einer völlig unnachvollziehbaren, letztlich chaotischen Fülle von optischen und akustischen Eindrücken ergäbe, als ob, mit anderen Worten, Kunstgenuss *nicht erzeugbar* sei. Wenn dem so wäre, gäbe es keine Kunst vor Publikum.

Man wird vielmehr annehmen dürfen, dass – um beim Thema zu bleiben – jeder Opernbesucher mit einer bestimmten Erwartungshaltung das Theater betritt. Er wird die Frage, ob ihm die Aufführung gefallen hat, vorwiegend danach beantworten, ob seine Erwartungshaltungen erfüllt worden sind, zumindest aber seine Reaktion in Relation zu diesen Erwartungshaltungen setzen, wenn er etwa im Gegenteil feststellt, dass es dem Regisseur gelungen ist, seine Erwartungen zwar zu enttäuschen, ihn aber dennoch beeindruckt zu haben. *Hammer* selbst gibt die Bedeutung der Erwartung unmissverständlich zu, indem er sich darüber aufhält, dass die Besucher der Salzburger Fledermaus hätten wissen müssen, dass eine *Hans-Neuenfels*-Inszenierung die Fledermaus nicht in der gewohnten, somit *erwarteten* Version wiederge-

ben wird. Es dürfe sich daher niemand wundern, wenn ihm im Ergebnis die Inszenierung *nicht gefällt*.

Damit bejaht aber *Hammer* unvermeidbar die Möglichkeit, ein Urteil über die Qualität einer Aufführung auch *zu begründen*. Wenn es aber möglich ist, die Qualität einer Aufführung an objektiven Kriterien, wie etwa der Frage, ob sie gerechtfertigten Erwartungen entsprochen hat, zu beurteilen, so folgt daraus zwingend, dass es auch möglich ist, darüber eine juristische Debatte zu führen. *Hammer* selbst tut nicht anderes, als diese juristische Debatte über die Qualität der Salzburger Aufführung zu eröffnen, wenn er vom Festspielpublikum verlangt, über einen *Grundstock an Wissen* zu verfügen, der es also offensichtlich in die Lage versetzen soll, über die Qualität einer Aufführung ein informiertes Urteil zu fällen.

Ist dies einmal eingeräumt, tritt die juristische Dogmatik gerne durch diese Tür und steckt das Feld ab, innerhalb dessen nun juristisch gestritten werden darf. Es wird die *gerechtfertigte Erwartungshaltung* thematisiert und erregt darüber debattiert werden, ob sich das Publikum darauf verlassen konnte, zu sehen was *Johann Strauß* wollte oder darauf, was *Neuenfels* daraus machte (denn wenn *Neuenfels* eine verfolgbare Geschichte hat, aus der abgeleitet werden kann, wie er ein Kunstwerk darstellen wird und was er damit bezweckt, so hat dies für *Johann Strauß* natürlich ebenso zu gelten). Es kann, durchaus auch in Form von Sachverständigenbeweisen, darüber gestritten werden, ob jüngere österreichische *Neuenfels*-Inszenierungen, wie etwa des Propheten in der Staatsoper oder von *Così fan tutte* in Salzburg, einen tatsächlich auf das Salzburger Fledermaus-Unglück vorbereiten mussten, es wird gefragt werden, ob der von *Hammer* zu Beginn der Debatte eingeforderte „Grundstock an Wissen“ nur die *Neuenfels*'schen österreichischen Produktionen umfasst oder ob es nicht zumutbar ist, sich über des Regisseurs deutsches Schaffen zu er-

kunden. Schließlich wird die Frage releviert werden, ob die Werkidentität verletzt wird, wenn ein Werk, das *dafür nicht gedacht war*, plötzlich primär als Provokationsmittel eingesetzt wird; es wird, da es um die „objektive“ Rechtfertigung einer konkreten Erwartung geht, geprüft werden müssen, ob die Mehrheit der Opernbesucher die selben Erwartungshaltungen geteilt haben³ etc., die Liste juristischer Fragen über Kunst ist endlos.

Es erweist sich also, dass das Recht, ist es einmal involviert, über die Qualität einer künstlerischen Darbietung nicht nur reden kann, sondern reden *mus*s. Was das Recht dabei unter dem Blickpunkt der Werkstreue, der gerechtfertigten Erwartung, der Informationspflichten, etc., thematisiert, stellt sich für den Opernbesucher zunächst dogmatisch schlichter als die einfache Frage, ob ihm eine Aufführung gefallen hat oder nicht. Wenn ihm die Aufführung nicht gefallen hat, und wenn er sein Eintrittsgeld zurück haben möchte, wird er vor Gericht gezwungen sein, im Einzelnen darzulegen, aus welchen für das Gericht nachvollziehbaren Gründen er von der Aufführung enttäuscht wurde. Er wird also nichts anderes tun müssen, als sein angeblich unüberprüfbares, weil durch und durch subjektives ästhetisches Empfinden der Prüfung durch die juristische Dogmatik auszuliefern. Dass dies möglich ist, erweist, dass man über die Qualität einer Aufführung streiten kann.⁴

Die ständige Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes nimmt daher selbstverständlich die Kunst vom Recht nicht aus, sondern weist ihr ihren Platz nur im Gefüge der geltenden Rechtsordnung zu und hält quasi als Leitsatz fest, dass „das künstlerische Schaffen Kraft der immanenten Grundrechtsschranken zu Art 17 a StGG jedenfalls an die allgemeinen Gesetze . . . gebunden (sei).“⁵ Der Freiheit der Kunst kommt erst dort ihre grundrechtliche Bedeutung zu, wo sie im Zuge einer Interessenabwägung „abwägend zu berücksichtigen“ ist⁶.

3 Was, dies nur am Rande, bei der Salzburger Fledermaus für die Veranstalter zu einem eher unangenehmen Ergebnis führen müsste: ich kenne niemanden, die Kritiker eingeschlossen, dem diese Aufführung der Fledermaus auch nur in irgendeiner Form gefallen hätte.

4 Dieser Streit wird seit jeher auch vor Gerichten geführt und zwar, wie es sich dabei gehört, ideologisch durchaus aufgeladen. So durfte etwa noch 1923 das deutsche Reichsgericht den Regisseur als „Gehilfen des Dichters“ bezeichnen und behaupten, dass ein Bühnendrama „fix und fertig zum Gebrauch“ vom

Verfasser hergestellt sei (RGZ 1070, 62 ff). Keine 50 Jahre später war der deutsche Bundesgerichtshof natürlich weiter und formulierte in seiner berühmten „Maske in Blau“-Entscheidung, „dass der Regisseur nicht etwa nur der ‚Gehilfe‘ des Werkautors ist, sondern bei der Umsetzung des Schriftwerkes von der begriffli-

chen in die sinnlich fassbare Sphäre durchaus schöpferische Tätigkeit entfalten kann“ (Urteil vom 29.04.1970, GRUR 1971, 35).

5 Vgl VfGH VfSlg 10.401/1985; 11.737/1988; ZfVB 2001/1208.

6 Vgl etwa VfGH JBl 1988, 647.

Epilog

Die Tatsache, dass es möglich ist, im Rahmen eines Zivilprozesses die Frage zu klären, ob eine Inszenierung den Qualitätskriterien entspricht, mit denen der Opernbesucher rechnen konnte, dass also mit anderen Worten die Qualität eines Kunstwerkes gerichtlich bewertbar ist, heißt natürlich nicht, dass Gerichte für solche Streitigkeiten auch tatsächlich zuständig sein *sollen*. Ich persönlich halte es zum Beispiel für unsinnig, dass sich ein Salzburger Gericht mit der Frage auseinander setzen muss, ob ein Besucher der Salzburger Festspiele von der Fledermaus-Inszenierung *zu Recht* enttäuscht war oder nicht. Freilich sind meine Argumente pragmatischer und haben wenig bis nichts mit der von *Hammer* geäußerten Angst zu tun, dass die gerichtliche Überprüfung von Theaterbesuchverträgen zur einer „Aushebelung“ der Freiheit von Kunst führen muss.

Was mir näher liegend und weniger bombastisch erscheint, ist der Grundsatz, dass eine Gesellschaft nicht wegen jeder Kleinigkeit gerichtliche Hilfe in Anspruch nehmen sollte. Und bei der Frage, ob einem Besucher die Salzburger Fledermaus gefällt oder nicht und welche guten Gründe er für sein eigenes Urteil ins Treffen führen kann, handelt es sich fraglos um eine Kleinig-

keit. Es ist nicht einzusehen, warum ein Gericht ein Verfahren darüber führen soll, ob ein regelmäßig wohlhabender Besucher des teuersten Festivals der Welt wegen enttäuschter Erwartungen € 200,- Eintrittsgeld zurückbekommen soll oder nicht. Jeder, der heute ins Theater oder in die Oper geht, muss damit rechnen, mit einer Inszenierung konfrontiert zu werden, die den Erwartungen an die Werktreue, mögen sie noch so gerechtfertigt sein, nicht entspricht. Dem Theaterbesuchsvertrag ist daher ein dem Glücksvertrag vergleichbares aleatorisches Moment⁷ inhärent. Theater sollten dies in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen festhalten, um damit Gerichte so weit wie möglich von dem Aufwand zu entlasten, in Form eines Urteils über Werktreue abzusprechen.⁸ Der Verlust an Rechtssicherheit wird durch die Vorteile, die der freie Markt in diesem Punkt jedenfalls bietet, mehr als wettgemacht: Wenn die Salzburger Festspiele noch einmal eine derart missglückte Operetteninszenierung zeigen, wird kein Mensch mehr hingehen.

Und hier schließt sich unser Kreis: Auch das freut den guten Liberalen.

Dr. Roland Gerlach ist Rechtsanwalt in Wien.

Hasch & Partner(Hg.) Privatstiftungsgesetz

Hasch & Partner(Hg.)

Privatstiftungs- gesetz

Kurzkommentar
Entscheidungssammlung

Verlag Österreich
vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

- ermöglicht dem Praktiker den schnellen Zugriff auf das Gesetz samt Materialien
- es fanden praktische Tipps aufgrund der Erfahrungen der einzelnen Bearbeiter Eingang
- die bisherige einschlägige Literatur zum PSG wird konzentriert dargestellt
- in zahlreichen Fußnoten wird für ausgefallene Rechtsfragen weiterführend verwiesen
- es wurde auf die Berücksichtigung der aktuellen Judikatur besonderer Wert gelegt
- der Praktiker hat Zugang zu sämtlichen bisher publizierten höchstgerichtlichen Entscheidungen zum PSG
- einige bisher nicht veröffentlichte Entscheidungen werden dargestellt

**480 Seiten, gebunden, € 75,-
3-7046-3886-2**

Verlag Österreich
vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Verlag Österreich GmbH
1070 Wien, Kandlgasse 21
Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
e-mail: order@verlagoesterreich.at
Internet: www.verlagoesterreich.at

⁷ Tatbestandsmerkmal ist da wie dort die *Hoffnung eines noch ungewissen Vorteils*, vgl etwa *Krejci* in *Rummel* ABGB², Rz 2 zu §§ 1267–1274.

⁸ Inwieweit Urheberpersönlichkeitsrechte durch werkfremde Inszenierungen verletzt werden können, steht hier nicht zur Debatte.

Brett vorm Kopf

Peter Hammer

debatte



Die Qualität eines Kunstwerkes entzieht sich der objektiven richterlichen Beurteilung. Und das Dogma der „Werktreue“ ist der Totengräber der Kunst. Eine Antwort auf Roland Gerlach.

Sehen Sie ihn vor sich, den „Hammer“? Mit selbstgefälligem Lächeln lehnt er sich in seinen Polstersitz und beobachtet, wie ein geschocktes Publikum im Parterre von einem schmierigen Halbwahnsinnigen beschimpft wird. Mit Verachtung blickt er auf die ihm als erbärmliche Ignoranten erscheinenden Premierengäste hinunter und ergötzt sich an deren Hilflosigkeit. Voll Zynismus geißelt er hernach jene, die ihm seinen „Kunstgenuss“ ermöglichten, zum Dank dafür beleidigt und um einen wunderbaren klassischen Operettenabend gebracht wurden. „Ihr kotzt mich alle an!“ – treffender hätte er es selbst nicht formulieren können. Ja, da kommt das Blut in Wallung im Angesicht derart präpotent zur Schau gestellter Bildungsdünkel. Und im Furor über die Arroganz eines solchen blasierten Bildungsbürgers geht der Blick für Fakten verloren – auch bei Rechtsanwältinnen.

Wäre es mir nur um die Lösung eines konkreten Falles gegangen, hätte ich gar keinen Text verfassen müssen, sondern nur das Urteil des BG Salzburg abgeschrieben. Alle zivilrechtlichen Überlegungen des Textes hatten rein akademischen Charakter und sollten einerseits die Undurchsetzbarkeit eines zivilrechtlichen Anspruchs auch bei Ausklammerung des Art. 17a StGG zeigen, andererseits auf die Gefährdung der Kunstfreiheit hinweisen, die derartigen Schritten immanent ist. Dazu ist es aber auch notwendig, meine Überzeugung von der Unmöglichkeit objektiver Beurteilung eines Kunstwerkes auszublenden. Zwei Beispiele: lesen Sie die Rezensionen (auch ausländischer Zeitungen) zum diesjährigen Salzburger „Giovanni“, zur „Ariadne“ von 2001 oder zum „Turandot“-Finale von Luciano Berio – und erklären Sie dann bitte, welche Qualität diese Wer-

ke „objektiv“ hatten. Meisterwerke wie „Heldenplatz“, „Elektra“, „Aida“ oder Strawinskys „Sacre“ wurden einst zerfetzt – „objektiv“ richtig, weil mit der Meinung der meisten Premierenbesucher und „Experten“ im Einklang?

Natürlich habe auch ich schon Grauen erregende Inszenierungen von Opern gesehen – wenn auf jegliche Aussage verzichtet wurde. Theater lebt von Risiko, Diskurs und Debatte. Eine abseitige Interpretation ist besser als gar keine und ein „dramatisch verunglückter“ Versuch, einem Werk eine neue Facette abzugewinnen, ist mir immer noch lieber, als ein erfolgreiches Konzept tot zu spielen. Übrigens entwickeln auch Regisseure im Laufe ihrer Arbeit häufig unterschiedliche Interpretationen desselben Werks. Gerlach stellt richtig fest, dass Inszenierungen vom „verfassungsrechtlichen Kunstbegriff miteingeschlossen“ sind und dass „der Regisseur . . . schöpferische Tätigkeit entfalten kann“. Dieser Status eines Künstlers kann ihm daher auch nicht mehr genommen werden. Völlig überflüssig sind daher Überlegungen, ob eine Inszenierung sich weit vom Libretto entfernen (die zwingende Bindung an das Libretto widerspricht einer „schöpferischen Tätigkeit“) oder provozieren darf. Gert Voss nannte jüngst die Einmischung in den (gesellschafts-)politischen Diskurs und mithin die „Provokation“ als *die* Verpflichtung des Theaters.

Befremdlich erscheint mir die Verknüpfung von „Qualität“, „gerechtfertigter Erwartung“ und „Werktreue“. Natürlich basiert die subjektive Einschätzung der Qualität einer Inszenierung auf der Erfüllung von Erwartungen. „Werktreue“ – im Sinne einer strengen Bindung an das Libretto – als deren Grundlage anzuführen, widerspricht aber der rechtlichen Beurteilung des Regisseurs (s. o.). Übrigens: ist nicht vielleicht nur die Uraufführung „werktreu“? Meiner Ansicht nach ist die „Fledermaus“ so lange „werktreu“, wie der Kerninhalt erkennbar ist. Nämlich die Demaskierung einer charakter-

lich verkommenen Gesellschaft, die ihre Amoral hinter einer glänzenden Fassade verbirgt – und diese Menschen sind tatsächlich „zum Kotzen“. (Es wird aber auch zu bejahen sein, dass selbst die Definition des Kerninhalts letztlich nur einer individuellen Einschätzung unterliegt).

Die Zuseher sollen sich informieren oder auch nicht – das ist Privatsache. Sie sollen sich aber nicht über eine Interpretation beschweren, die bei kritischer Auseinandersetzung mit dem Inhalt vorstellbar, angesichts der medialen Berichterstattung sogar erwartbar war. Wenn aber Gerlach von der „gewohnten, somit erwarteten Version“ spricht, stellt sich die Frage nach dem Kunstbegriff jener Menschen, die bei einer Neuinszenierung etwas erwarten, was sie bereits vor zwanzig Jahren gesehen haben. Er dürfte sich wohl an dem Kunstbegriff des deutschen Reichsgerichts von 1923 orientieren, nicht an dem des BGH oder des VfGH. Dass Neuenfels wie Karajan oder Schenk inszeniert, kann sich nun wohl niemand „gerechtfertigt erwartet“ haben.

Jede Klage gegen ein Kunstwerk zu lassen zu wollen, um sie danach generell mit dem Argument der „Kleinigkeit“ (also nur mittels ökonomischer Argumentation) ab- oder zurückzuweisen, ist inkonsequent. Im Sinne einer umfassenden Kunstfreiheit, die ohnehin – gerade auch von Seiten der Politik – immer wieder massiv angegriffen wird, sollte das Recht hier keine weitere Angriffsfläche zulassen. Die gegenwärtig judizierte Reglementierung der Kunst ist mitunter immer noch zu rigide.

Das Beharren auf einer „Werktreue“, die unter Beachtung des Art. 17a StGG einer gerichtlichen Feststellung ohnehin unzugänglich ist, dient schließlich nur dazu, Sprech- und Musiktheater mittelfristig zu ruinieren, bestenfalls museal verrotten zu lassen. Der Reiz der szenischen Umsetzung besteht gerade darin, über die Jahre verschiedenste Interpretationen desselben Stoffes zu sehen und dadurch zum Nach- und Mitdenken angeregt zu

werden. „Um das Wesen einer Birne zu verstehen, muss man in sie hineinbeißen“ (Mao) – und um eine Oper oder ein Theaterstück wirklich zu verstehen, kann man gar nicht genug Interpretationsversuche gesehen haben. Die Kunst als kritischer Kommentator ihrer Zeit ist ein essentieller Bestandteil der europäischen Geschichte und hat viel zur geistigen Entwicklung dieses Kulturraumes beigetragen. Kunst ist intellektuelle Herausforderung und nicht anspruchlose Unterhaltung. Die Bretter vor den Köpfen der Menschen müssen noch wesentlich stärker angebohrt werden – gerade auch von der Kunst.

Peter Hammer ist Studierender der Rechtswissenschaft an der Universität Wien.

De Delegationibus

Christian Joerges & Renaud Dehousse (eds.), *Good Governance in Europe's Integrated Market* (Oxford University Press, 2002), ISBN 0-19-924608-4, £ 45.00

Die subimperiale Ebene

Die imperiale Aura, welche die Europäische Union angesichts der bevorstehenden Erweiterung ausstrahlt, hat uns beinahe darauf vergessen lassen, dass die Union in der *persona* der Europäischen Gemeinschaft bürokratische Züge trägt. Schließlich kennt man sie auch unter dem Namen „Eurokratie“.

Eine Charakterisierung der Gemeinschaft, die ihren bürokratischen Charakter hervorhebt, mag sich dem Einwand aussetzen, die Modernität von Prozessen der „governance“ in einer wissensbasierten Ökonomie zu unterschätzen;¹ immerhin wirken an solchen Prozessen europäische und nationale Beamte mit, die sich nicht als Beamte, sondern als Manager verstehen.² Gleichwohl gemahnt die Wahrnehmung der Gemeinschaft als Bürokratie daran, dass – von der Agrarpolitik ohnedies einmal abgesehen – der Binnenmarkt nicht etwas ist, das sich durch Beschränkungsverbote und wechselseitige Anerkennung vermöge der unsichtbaren Hand des regulatorischen Wettbewerbs allein herstellt. Neoliberalismus hin oder her, der Binnenmarkt wird verwaltet; er wird dies in dem Sinne des modernen Verwaltungsrechts, in dessen Zentrum nicht der mit hinreichender gesetzlicher Bestimmtheit autorisierte Einzelakt, sondern die final determinierte Regulierung des Marktversagens und die Herausforderung der Risikoabwehr stehen.³

Unentschiedenheit

Von einer Gemeinschaft, die sich der Rechtsstaatlichkeit verschrieben hat,

darf man erwarten, dass dort, wo verwaltet wird, auch das Recht waltet. Daher gibt es so etwas wie europäisches Verwaltungsrecht. Eine einheitliche Grundlage mag man bislang vergeblich suchen.⁴ Seine Entwicklung basiert auf einigen verstreuten Bestimmungen des EG Vertrages, auf allgemeinen Grundsätzen, die der EuGH in seiner Rechtsprechung entwickelt hat, und nicht zuletzt auf sekundärrechtlichen Akten. Auf ihrer Grundlage sind nicht nur Verfahren ausgestaltet, sondern eine stets anwachsende Zahl von Agenturen eingerichtet worden.

Zu den bemerkenswertesten Grundlagen des europäischen Verwaltungsrechts gehört gewiss jene wesentliche Ergänzung in Artikel 202 EG-Vertrag (früher Artikel 145), die durch die Einheitliche Europäische Akte erfolgt ist. Bestehende Praktiken wurden damals auf eine legale Basis gestellt.⁵ In Artikel 202 wird dem Rat die Rechtsmacht eingeräumt, in den von ihm angenommenen Rechtsakten an die Kommission die Kompetenz zu delegieren, Durchführungsvorschriften zu diesen Rechtsakten zu erlassen. Gleichzeitig bleibt es dem Rat unbenommen, die Kommission bei der Ausübung dieser ihrer delegierten Kompetenz an bestimmte Modalitäten zu binden und sich in bestimmten Fällen die Entscheidung selbst vorzubehalten. Im Klartext bedeutet dies, dass die Kommission vom Rat dazu verhalten werden darf, bei der Ausübung delegierter Gesetzgebungsbefugnisse Ausschüsse zu befassen. Die daraus entstandene institutionelle Besonderheit des europäischen Verwaltungsrechts ist bekanntlich mit dem Neologismus „Komitologie“ bedacht worden.⁶ Das System der Ausschüsse, derer sich der Rat bedient, ist zuletzt

¹ Von diesem Einwand nicht betroffen ist die kluge Arbeit von Maurizio Bach, *Die Bürokratisierung Europas. Verwaltungseliten, Experten und politische Legitimation in Europa*, Frankfurt/Main 1999.

² Es ist mir bewusst, dass nur eine geringe Zahl von Lesern dazu in der Lage ist, Ironie zu erkennen und zu verstehen. Ich bleibe dennoch unbeirrt auf Kurs.

³ Siehe dazu bloß Carol Harlow, *European Administrative Law*

and the Global Challenge', in: P. Graig – G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, 261–286, hier 273.

⁴ Siehe indes unten zum Beitrag von Lindseth, nach dessen Auffassung wohl der EG-Vertrag in seiner Gesamtheit die Grundlage des europäischen Verwaltungsrechts (im engeren Sinn) darstellt.

⁵ Siehe zum Folgenden etwa Rudolf Streinz, *Europarecht*, 5. Aufl., Heidelberg 2001, RZ 454–455 und

ausführlicher Ellen Vos, 'EU Committees: the Evolution of Unforeseen Institutional Actors in European Product Regulation', in: C. Joerges – E. Vos (eds.), *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics*, Oxford 1999, 19–50.

⁶ Der Ausdruck stiftet bei amerikanischen Gelehrten wohl deswegen Verwirrung, weil er keine Rezeption aus ihrem Rechtskreis darstellt.

durch eine Ratsentscheidung im Jahre 1999 festgelegt worden,⁷ die insbesondere auch wesentliche Informationspflichten im Verhältnis zum Europäischen Parlament enthält.⁸

Der hinter Artikel 202 EG-Vertrag und der Komitologieentscheidung stehende historische Kompromiss ist und bleibt verwirrend. Zum einen wird es dem Rat vermög des Primärrechts gestattet, Rechtssetzung zu delegieren. Die Delegation darf aber gleichsam in sich ihren eigenen Widerruf enthalten. Aus der Sicht der delegierten Organe sieht die Sache wiederum anders aus. Für sie geht wegen der Sachkompetenz der in Ausschüssen versammelten Experten auch die Entscheidungskompetenz an die „Fachbrüder“ über.⁹ Formale Vorbehalte, so heißt es allenthalben, binden in der Praxis nicht. Ob die Kommission letztlich im „Fahrersitz“ sitzt oder nicht, wird unterschiedlich beurteilt.

Das Ergebnis ist jedenfalls verwirrend. Denn wer sind denn nun, um dem BVerfG das feudale Bild abzuborgen, die „Herren“ der Regulierung des Binnenmarktes? Sind es die Mitgliedstaaten oder doch, wenn auch nur auf sekundärrechtlicher Grundlage, die Kommissionsbürokraten im Zusammenwirken mit den nationalen Bürokraten und Experten? Und welche Implikationen hätten Feststellungen in diesem Bereich für das „institutionelle Gleichgewicht“ der europäischen Gemeinschaft?

Die Delegation, die aus der Sicht des Delegierenden keine sein *will* und aus der Sicht der durch sie Ermächtigten dennoch keine sein *kann*, weil sie keine Grenzen setzt – vielleicht ist dies die Grundfrage des europäischen Verwaltungsrechts. Ihr korrespondiert jener Typus von unbestimmter Situation, aus dem, wie Systemtheoretiker wissen, neue Arrangements entstehen.¹⁰ Sie ist der fruchtbare Boden eines politischen Problems, das die Gemeinschaft seit den sechziger Jahren begleitet hat.¹¹

Verwaltungsagentur oder neue Entwicklungsstufe der Demokratie?

Die Beiträge in dem von Christian Joerges und Renaud Dehousse zusammengestellten Sammelband *Good Governance in Europe's Integrated Market* lassen sich als Versuche lesen, etwas Licht in das Dunkel des europäischen Regulierungssystems zu bringen, das aus eben dieser Situation hervorgegangen ist. Sie tun dies auf eine erhellend konträre Weise.

Einige der Beiträge sind erfrischend informativ. Das gilt zunächst einmal für den einleitenden Aufsatz von Christian Joerges, in dem er als Mitherausgeber die Problematik sondiert und die einzelnen Beiträge bestimmten Schwerpunkten zuordnet. Stefan Kadelbach ist man dankbar für wesentliche analytische Klärungen und Orientierungen auf dem Terrain des europäischen Verwaltungsrechts. Joanne Scott und Ellen Vos werfen einen faszinierenden Blick auf das Problem der Regulierung „von Unsicherheit in Unsicherheit“ (Ladeur) im Kontext transnationaler Märkte. Die Beiträge von Lenaerts und Verhoeven, Sismans und Azoulay beschäftigen sich aus unterschiedlichen Perspektiven mit dem quasi-konstitutionellen Prinzip des „institutionellen Gleichgewichts“, in das die europäische Verwaltung eingebettet ist.

Andere Beiträge wiederum lassen sich darauf ein, Deutungen für die erwähnte Grundsituation zu entwerfen.

An erster Stelle ist auch hier Joerges zu nennen, der einbekennt, mit dem Ausdruck „Verwaltung“ nur mehr wenig anfangen zu können in einem Kontext, in dem die Vorstellung von der hierarchischen Kontrolle des delegierten Organs anachronistisch anmuten muss. Er ersetzt „Verwaltung“ kurzerhand durch „good governance“ (22). Er tut dies nicht ohne den Hintergedanken, dass der Begriff in der Lage sein sollte, Legitimitätsforderungen präsent zu halten, denen transnationales Regieren unterstellt werden muss, ge-

rade weil es über die traditionellen Formen rechtlicher Bindung und Kontrolle hinausgewachsen ist.¹²

Mit vergleichsweise geringerer theoretischer Ambition, aber mit durchaus feiner juristischer Klinge, argumentiert Renaud Dehousse, dass die Meroni-Doktrin für die EG unanwendbar sei. Der für die Delegationsproblematik einschlägige Präzedenzfall (*Meroni*¹³) ist anlässlich der Verteilung einer Entscheidungsdelegation von der Hohen Behörde auf beliehene Unternehmen ergangen. In dieser Entscheidung werden der Delegation enge Grenzen gezogen, dürfe doch kein Jota freien Ermessens von dem im Vertrag vorgesehenen Organ auf eine andere Entscheidungsinstanz delegiert werden.¹⁴ Dehousse meint, dass vermög der unverhältnismäßig weiter gehenden Regulierungskompetenz der vormaligen Hohen Behörde im Vergleich zur Kommission *Meroni* von Fällen unterschieden werden müsse, welche die Europäische Gemeinschaft betreffen (221). Delegationen sollten in diesem Bereich einem weniger strengen Standard unterliegen. Darüber hinaus bietet Dehousse bedenkenswerte Überlegungen dazu, dass es dem Gemeinschaftsrecht durchaus anstünde, die tatsächliche Entscheidungsfindung transparent zu machen, indem de facto stattgefundenen „Delegationen“ als Befugnisse normativ verankert werden. Nur unter der Bedingung, dass Realitäten auch normativ anerkannt werden, lassen sich daran anknüpfend die Interessen von Beteiligten und Betroffenen rechtlich angemessen schützen (223, 228–229).

Dagegen argumentiert Peter Lindseth mit großem Elan für das Festhalten an der Bindung durch Delegation (und deren Kontrolle) als einem grundlegenden normativen Prinzip des europäischen Rechts (140). Die von Joerges wie auch Dehousse aus rechtsrealistischer Sicht zur Kenntnis genommene Verselbständigung der Entscheidungs-

7 Siehe ABl. 1999 Nr L 184/23.

8 Siehe ebd., Art. 7.

9 Zur Fachbruderschaft als „Ethos“ der Komitologie siehe Günther F. Schaefer, „Committees in the EC Policy Process: A First Step Towards Developing a Conceptual Framework“ in: R. Pedler – G. Schaefer (eds.), *Shaping European Law and Policy. The Role of Committees and*

Comitology in the Political Process, Maastricht 1996, 3–24, hier: 21.

10 Siehe Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/Main 1984, 156–157; Karl-Heinz Ladeur, „Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept“, 3 *European Law Journal* 3 (1997), 33–54

11 Siehe J. H. H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, 38.

12 Für eine nähere Darstellung der normativen Standards (Deliberation, Partizipation, Transparenz, Begründungspflicht), denen die good governance genügen sollte, siehe Christian Joerges, „Good Governance? Through Comitology?“ in: Joerges – Vos (Anm.) 311–338, hier: 332–338.

13 Siehe Rs. 9/56, *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v. Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, Slg. 1958, 11

14 Siehe ebd., 81.

findung in Ausschüssen bzw. Agenturen gegenüber deren „Herren“ (Rat bzw. Kommission) würde seines Erachtens auch dann einer tragfähigen Rechtfertigung entbehren, wenn man sie, wie es wohl Dehousse vorschwebt, in den Verträgen festschriebe. Im Verhältnis der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten sei die Beziehung zwischen „principal“ und „agent“ normativ unverzichtbar (142–3, 150). Selbst wenn die Beratungen in Ausschüssen eine deliberative Qualität hätten,¹⁵ würden deswegen die getroffenen Entscheidungen nicht legitim. Da der Nationalstaat als Quelle demokratischer Legitimität historisch noch nicht durch ein funktionales Äquivalent ersetzt worden sei, lasse sich die Legitimität der europäischen Regulierung nur „administrativ“ vermitteln, also durch Prinzipien des Verwaltungsrechts, die Aufsicht und Kontrolle ermöglichen. Entgegen Joerges' optimistischer Einschätzung, die „good governance“ werde aus den deliberativen Sporen des europäischen Supranationalismus herauswachsen, entwirft Lindseth eine Konzeption der Regulierung des europäischen Binnenmarkts, in deren Rahmen die Gemeinschaft insgesamt als eine multifunktionale „regulatory agency“ betrachtet wird (143). Demgemäß wäre das gesamte Sekundärrecht so etwas wie transnationales Verwaltungsrecht. Seines Erachtens dürfe die EG sich auch nicht anmaßen, mehr zu sein, als ein „fourth branch of government“ : „The Community system admittedly enjoys broad discretion in the regulatory domains delegated to it [. . .] but without any autonomous constitutional legitimacy of its

own, which continues to be derived from the national level“ (155–6).

Diese These gibt nun in der Tat zu denken, gerade in einer Phase, in der es der Politik gefällt, öffentlich über die Verfassung Europas nachdenken zu lassen.¹⁶ Eine Europäische Verfassung wäre nach Lindseth wohl in einem elementaren Sinn „falsch“. Denn die Europäische Union enträt einer historischen Voraussetzung demokratischer Legitimität, nämlich der einheitlichen Nationalität. Die EG ist eine „transnational administrative agency“. Sie verfassen zu wollen, käme dem Vorhaben gleich, eine Telekommunikationsbehörde mit der Würde einer Konstitution auszustatten. Ein solches Vorgehen beruhte auf einem *error in objecto*.

Ganz anders sehen dies wieder Gerstenberg und Sabel, die in einem Artikel mit erfrischender spekulativer Kraft die Umriss einer geradezu postkonstitutionellen Europäischen Gemeinschaft zeichnen.¹⁷ Sie sehen mit dem Unplausibel-Werden von delegierten Bindungen eine Chance, die untergründige institutionelle Fixiertheit der nationalen Demokratievorstellung zu überwinden und ein neues Modell zu entwickeln, das sie als „directly deliberative polyarchy“ bezeichnen.¹⁸ Die Umriss zeichnen sich nur schemenhaft ab. Man ist daher bis auf Weiteres eher geneigt, der bewährten, von Lindseth verteidigten Trias von Transparenz, Partizipation und gerichtlicher Kontrolle – quasi als Ersatz für den Gesetzesvollzug – den Vorzug zu geben. Aber das letzte Wort ist gewiss noch nicht gesprochen. Mit Spannung darf man auf die nähere Ausarbeitung des Modells warten.

Michele Everson liefert einen Beitrag, der ebenfalls spekulative Züge trägt. Sie wird darüber tiefsinnig, wie die Unsicherheit über die Legitimität der europäischen Regulierung in der Unbestimmtheit der normativen Prämissen einer abwägenden Entscheidungsfindung ihre Resonanz findet.

Der Reiz der Materie

Die Beiträge bestätigen eine Beobachtung, die schon seit geraumer Zeit zu machen ist. Profunde europarechtliche Analysen zeichnen sich dadurch aus, zur Frage Stellung zu beziehen, was die Europäische Gemeinschaft denn eigentlich ist. Die Antworten fallen notorisch unterschiedlich aus. Als politische Herrschaft, die sich darin gefällt, technokratisch neutralisiert aufzutreten, und der man gemeinhin die Qualität abspricht, staatlich organisiert zu sein, gibt die Gemeinschaft viel zu Denken auf. Es ist also keinem Zufall geschuldet, dass die Wissenschaft vom Europarecht immer auch ein Stück politischer Philosophie darstellt. Dieser Sammelband bietet einen eindrucksvollen Beleg dafür.

Alexander Somek
Mitherausgeber des **juridikum**

¹⁵ Siehe dazu bekanntlich Christian Joerges – Jürgen Neyer, From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology, *European Law Journal* 3 (1997), 273–299.

¹⁶ Siehe <http://european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=DE&Content=>.

¹⁷ Siehe zur „verfassungsrechtlichen Postmoderne“ bei Alexander Somek, „The Spectre of Supranationality. A Comment on Joerges and Eriksen“, *Vienna Working Papers in Legal Theory, Political Philosophy, and Applied Ethics* 28, 2002.

¹⁸ Siehe schon Joshua Cohen – Charles Sabel, „Directly-Deliberative Polyarchy“, *European Law Journal* 3 (1997) 313–342; Oliver Gerstenberg, „Law's Polyarchy. A Comment on Cohen and Sabel“, ebd., 343–358

Auctoritas, non civitas?

Callies, Graf-Peter/Mahmann, Matthias (Hrsg): *Der Staat der Zukunft*. Franz Steiner Verlag: Stuttgart 2002 (ARSP Beiheft Nr. 83) [226 Seiten, EUR 60,-; ISBN 3-515-08048-1]

Der vorliegende Band enthält die Vorträge der 9. Tagung des „Forum Junge Rechtsphilosophie in der IVR“ (27.–29. April 2002), veranstaltet an der Freien Universität Berlin. Das Generalthema der Tagung ist zugleich der Titel des Bandes. Es geht somit um rechtsphilosophische Reflexionen über die „Zukunft des Staates“, eine Fragestellung, die zur Zeit durchaus „Saison“ hat. Doch im Unterschied zu vielerlei Publikationen zum Thema zeichnet sich der vorliegende Band durch die Methode der Reflexion, seinen wissenschaftlichen Ansatz aus: es geht um spezifisch „rechtsphilosophische“ Reflexion, also um jene grenzgängige Disziplin, die versucht, vom Grundsätzlichen aus die sokratisch-legitimierende Was-Frage an das Phänomen „Recht“ und seinen normativen Anspruch zu stellen. Dass sich die Rechtsphilosophie fast schon notwendig auch mit der begründungstheoretischen Frage nach dem „Staat“ konfrontiert sieht, ist beinahe schon „Programm“ und sagt bereits wissenschaftspolitisch einiges über das Verhältnis von Recht und Staat aus, eine Fragestellung, die auch im vorliegenden Tagungsband eine durchgehende Rolle spielt. Die Frage der Begründung des Staates (u. a. unter Bezugsetzung zum Recht, was wiederum dessen legitimatorische Kraft voraussetzt) ist eine zutiefst neuzeitliche, wie dies auch der moderne Staatsbegriff ist. Diese Neuzeit wird man in politisch-ideengeschichtlicher Weise wohl mit Machiavelli, Hobbes, Bodin, Pufendorf, Grotius und der Schule von Salamanca beginnen lassen müssen. Der moderne Staat ist gleichsam machtpolitisch gestählt den Wirren der religiösen Bürgerkriege des 16. Jhdts. entstiegen. Es war im Anschluss daran dann die Epoche des 17. Jhdts., als man die Monopolisierung von Gewalt noch als zivilisatorische Höchstleistung, die das Überleben von Gesellschaften (samt deren In-

dividuen) gewährleisten sollte, zu organisieren sich anschickte und dies gerade nicht als immanente Bedrohung individueller Freiheitlichkeit ansah, sondern als gleichsam transzendental zu begreifende Bedingung der Möglichkeit jeglicher Selbstentfaltung. Diese unmittelbar verfügbare Liberalität in individualistischer Absicht sollte erst das Thema des 18. Jhdts. werden, verkörpert in Locke und verwirklicht im Konstitutionalismus der elitären Aristokratendemokratien des 19. und der egalitären Massendemokratien des 20. Jhdts. An den Ufern des 21. Jhdts. nunmehr ringt das politische Bewusstsein erneut um Orientierungswissen. Endet die „postwestfälische“ Ordnung des 17.–20. Jhdts. endgültig oder sind wir nur Zeugen einer weiteren Häutung des gewaltmonopoligen Staates im Zeichen des Supranationalen, also des das Nationale übersteigenden Großstaatlichen – zumindest in Europa. Von diesem Ausgangspunkt aus starten die Referentinnen und Referenten der JFR-Tagung ihre Überlegungen und Vorträge. Diese sind in verschiedene inhaltliche Schwerpunkte gruppiert:

Staat und Internationalismus

Zunächst wird die Relation Staatlichkeit und internationale Verflechtung in den Blick genommen durch Christoph Kletzer¹, Petra Dobner² und Detlef von Daniels³. Es geht dabei im wesentlichen um eine Reflexion von Wesen und Wert national dimensionierter Verfasstheit von Staatlichkeit. Dies in europäischer Dimension, wie Kletzer es unternimmt und damit einen theoretischen Beitrag zur aktuellen EU-Verfassungsdebatte und Konventsrhetorik liefert, der sich dem sachlichen Erfordernis der rechtlich verbindlichen Verbürgung von Kompetenzabgrenzungen verschreibt, worin der Anfang vom Ende eigenstaatlicher Souveränität angedeutet wäre. Denn externe Kompetenzverbindlichkeiten sind letztlich

das Markenzeichen für Gliedstaatlichkeit. Neben den Kompetenzen als dem formellen Maß der Staatsmacht muss auch die staatsrechtlich relevanteste materiale Größe seit Herder, Hegel und Jellinek berücksichtigt werden, das Staatsvolk nämlich, das wahrlich mehr ist als die formal-abstrakte Größe der Summe der Staatsbürger als bezugsberechtigter Teilnehmer am ihnen ganz anderen, nämlich dem Staatsganzen, der Polis.

Dobner befasst sich mit dem Schicksal von dogmatisierter „Verfassung“ als solcher. Als nationale Größe teilt sie deren schwindende Relevanz, doch vermag sie statt dessen die Grundlage, die Grundordnung internationaler Beziehungen zu werden? Vermag sie das „globale Privatregime“ neokonstitutionell zu bändigen und an den zentralen Rechtswert der allgemeinen Gesetzmäßigkeit rückzubinden? Muss diese Rückbindung *nationalstaatlich* organisiert sein? Ein Ansatz – speziell aus der deutschen Verfassungsgeschichte – könnte dabei darin liegen, den „deutschen Nationalstaat“ seinerseits als historisch äußerst junges Gebilde zu begreifen, welches das Produkt einer massiven, ja im 19. Jhd. durchwegs autoritär organisierten Integrationsleistung ist. Dass diese Integrationsleistung solche tiefgreifenden Effekte erzielt hat, sodass man sich ihrer kaum noch bewusst ist, spricht für ihren problematischen Modellcharakter im Prinzipiellen, denn eines wird man jedenfalls zugeben müssen: nur eine aus dem kollektiven Bewusstsein *entschwundene* Integrationsleistung ist letztlich eine *gelungene* Integrationsleistung.

Daniels wiederum formuliert in seinem Beitrag eine Kritik an Otfried Höfles Konzeption des Weltstaats, die dieser wiederum im Anschluss an Kants „Ewigen Frieden“ formuliert hat. Dies scheint in der Tat erstaunlich, da sich bei Kant gerade keine Theorie des Weltstaates findet, ganz im Gegenteil. Daniels hat daher von Kant bis Schmitt das politische Staatsdenken auf seiner Seite, wenn er nicht nur die Verwirklichungsdimension einfordert (also die Theorie gleichsam der Höhe nach kritisiert), sondern auch die Sache selbst

1 „Recht und Unordnung. Versuch einer staatsrechtlichen Grenzziehung“ (27–39)

2 „Handlungsbedingungen konstitutioneller Politik in der Transformation des Staates“ (41–54)

3 „Vier Asse und ein Revolver. Der Weltstaat als Garant des ewigen Friedens?“ (55–68)

dem Grunde nach kritisch betrachtet: eine politische Entität, die all-gütig wäre, die somit sowohl all-legitim als auch all-steuernd wäre, dies lässt sich auch als strukturelle Despotie fassen und gerade nicht als jener liberale Republikanismus, der Kant als Organisationsprinzip für friedliche und fair verfasste einzelne Teilnehmerstaaten am internationalen Verkehr vorgeschwebt war.

Recht oder Staat?

Im nächsten Abschnitt kommt die Sprache auf das schon klassisch anmutende Thema der Relation von Recht und Staat. Gerade solch klassische Relationen erwachen zu neuem Leben bzw. zu neuer Brisanz, wenn man durch die geschichtliche Entwicklung wieder einmal auf deren bisher bloß kompromissartig geleistete Bewältigung zurückgeworfen wird. Lorenz Kähler⁴ und Martin Hochhuth⁵ sind die beiden Autoren, die diese Fragestellung im Zuge der Tagung behandelt haben. Kähler bedient sich bei der Untersuchung der Frage nach „Staat ohne Recht vs. Recht ohne Staat“ einer nationalstaatlichen Betrachtungsweise, indem er aufweist, dass auch in diesem schon geschichtlich gewordenen Bereich die allenthalben neopositivistisch vermutete Deckungsgleichheit von Staat und Recht (der Staat als die Summe der von ihm selbst generierten Rechtsnormen, das Recht als notwendig staatlich verfasst zu vollziehendes Normsystem) nicht wirklich gegeben ist, dies ins Bild der mangelnden Deckungsgleichheit gegossen. Dieser normempirische Befund macht den argumentativen Weg frei für weitergehende Fragen nach der spezifischen Beziehung zwischen Recht und Staat und den jeweiligen Seinsweisen. Auch der Blick in internationale Zusammenhänge wirft – vom status nascendi des Rechtlichen aus – neue Schlaglichter auf dieses mehr als problematische Verhältnis, dessen Brisanz jedenfalls wieder frisch in den Blick zu nehmen war.

Hochhuth bringt aus internationaler Sichtweise ein Moment zur Sprache, das die Gedanken von Kähler weiterführt: Wie ist nämlich die Durchbre-

chung des Interventionsverbots mit dem herkömmlichen souveränen Konzept von Staatlichkeit zusammenzudenken? Überwuchern Wirtschaftsbeziehungen und deren minimalistische Regulierung im Sinne einer archaisch-alttestamentarischen Tauschgerechtigkeit das ausdifferenzierte System sozialer Gerechtigkeit, welche als soziale Gerechtigkeit gerade nicht in Tauschgerechtigkeit besteht? Wenn schon auf der Ebene der Rechtssubstanz, so wird – gleichsam als Kompensation – im Bereich des Rechtsformalismus massive Legitimität generiert, die dann in „Grundrechtsimperialismus“ (G. Calliess) umschlägt, vor der in ihrer emphatischen Unmittelbarkeit der Erregung so manche Gesellschaft durch die kühl bremsenden Selbstbindungskräfte des „Rechts“ und seiner Verfahrensweisen zu bewahren wäre. Bei fortschreitender Aushöhlung der vom Staat geleisteten Mediatisierung des Individuums gegenüber der nächsthöheren Machtinstanz, einer Funktion, die der Staat anstelle der Stände des Mittelalters wahrgenommen hat, lässt die bange Frage nach dem letzten Zufluchtsort des mittlerweile atomisierten und isolierten Individuums angesichts sich globalisierender Systemgewalt aufkommen. Doch wie sollte man in der „postmetaphysischen Moderne“ (G. Calliess) überhaupt noch reflexiv auf den „Menschen an sich“ kommen?

Weniger Staat, mehr privat?

Von dieser Fragestellung nicht weit entfernt setzt die nächste Abteilung der Tagung ein, bei der „Privatisierung“ von Staatsaufgaben. Dies tönt nach Effizienz, bedeutet aber schlicht Demontage von Staatlichkeit. Die Frage des „Ob“ ist dabei von der geschichtlichen Entwicklung längst im Sinne der Staatserosion entschieden worden. Es geht nur noch um die Absteckung von Staatsreservierungen gegenüber der Fortschrittsflutwelle zunehmender Entstaatlichung. Selbst wenn man der neuzeitlichen Staatlichkeit keine Träne nachweinen sollte, muss man sich doch nach den staatlichen Ermöglichungsbedingungen von Wettbewerb, Markt und Fruchtgenuss fragen. In diesem

Spannungsfeld formulieren Angela Augustin⁶ und Jens Thomas Füller⁷ ihre Beiträge. Augustin untersucht in ihrem Text die Anforderungen an den Strafvollzug und kommt zu dem interessanten Ergebnis, dass letztlich der Strafvollzug nicht staatlich, sondern rechtmäßig erfolgen muss. Wenn es also organisationstechnisch geht, den privat organisierten Strafvollzug unter eine effiziente Rechtmäßigkeitskontrolle zu stellen, wäre damit den verfassungsrechtlichen Erfordernissen entsprochen. Gesamtstaatliche Letztkontrolle als Instrument ist durchaus aus der vertikalen Debatte der Subsidiarität bekannt (Landesinstanzen werden durch Bundesinstanzen kontrolliert bzw. sind ihnen weisungsgebunden). Doch in horizontaler Dimension ist die Letztkontrollierte Auslagerung traditionell aber nicht wesensnotwendig vom Staat besorgter Aufgaben daher so neu nicht; neu ist, dass dies eigentlich auch im hoheitlichen Bereich vonstatten gehen könnte bei effizienter Legalitätskontrolle. Das wohl wesentliche Moment dabei ist m. E. die Frage der privatauswirtschaftlichen Leistungsanreize oder des Marktpreises dieser hoheitlichen Leistungen. Diese werfen Probleme auf und lassen staatliches Hoheitshandeln aus der öffentlichen Sphäre heraustreten und sich zu schlichter Marktteilnahme wandeln. Doch die letzte Bastion, die öffentlich-rechtliche Mittelaufbringung und -konzentration führt wiederum zu einer drückenden Marktmacht des Marktteilnehmers „Staat“ – jedenfalls widerspricht man damit diametral dem platonischen Modell des Tuns nach jeweiliger Kompetenz und „vernünftiger“ Zuständigkeit. Die privaten Marktteilnehmer erbringen entgegen ihrer Bestimmung öffentliche Leistungen und der Staat nimmt entgegen seiner Bestimmung am Markt teil, was dazu führt, dass die öffentliche Leistung durch Marktordnung und wettbewerbsverzerrende Rahmenbedingungen „provoziert“ werden muss und der Staat andererseits ohne privilegierte Stellung am Markt diesen sprengt, da es für ihn in diesem Spiel kein Limit gibt, womit das Grundprinzip des öko-

4 „Abschied vom rechtsphilosophischen Etatismus. Besteht ein notwendiger Zusammenhang zwischen Recht und Staat?“ (69–83)

5 „Staatsräson-Geldräson-Menschenräson. Die Selbstpreisgabe des Staates, besonders im Völkerrecht, und wem sie nützt“ (85–107)

6 „Gefängnisse als Privatbetrieb und Staatsverständnis“ (109–119)

7 „Deregulierung durch europäisches Kartellrecht“ (121–137)

nomischen Systems, der allgegenwärtige Knappheitsdruck beim staatlichen Teilnehmer de facto ausgeschlossen ist, was notwendig wiederum zu marktwidrigem Verhalten führen muss. Um beide Defizite wiederum auszugleichen, ist ein Mehr an bürokratischer Überwucherung notwendig, was eine solche Weise der Entstaatlichung notwendig scheitern lassen muss und in ihr Gegenteil kippen lässt. Widervernünftige Liberalisierung führt letztlich durch sphärenübergreifende Korrektivmanöver zur Dauerblockade und nicht zur „Befreiung“.

Füllers Überlegungen zum EG-Wettbewerbsrecht in staatstheoretischer Sichtweise sehen eine wesentliche Schwelle in der europäischen Integration in der Bewältigung der Frage nach einer Wirtschaftsverfassung, in welcher sich Kartellaufsicht und Wettbewerbsordnung rechtlich verfasst konkretisieren. Der Autor geht dabei auf das eigentümliche Zusammenspiel von Formelkompromiss (Art. 81 ff EGV) und EuGH-Judikatur *in favor integrationis* ein, an dessen Ende die Grundlage einer ordoliberalen europäischen Wirtschaftsverfassung steht auf Grundlage von EU-„Kartell“-Judikatur. Es stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage nach der rechtlichen Ebene von EU-Verfassungsrecht im Verhältnis zum Wirtschaftsverfassungsrecht.

Zum So-Sein von Staat und Gesellschaft

Ein weiteres rechtsphilosophisch besonders interessantes Themenfeld ist die Relation von „Staat, Identität und Gemeinschaft“. Karsten K. Krüger⁸, Michael Hirsch⁹ und Christoph Konrad¹⁰ bemühen sich um diese Thematik. Es geht letztlich um die Frage von Form und Inhalt, um Akzidenz und Substanz, um Bevölkerung und Volk, um Gesellschaft und Gemeinschaft – die klassischen Fragen der Sozial- und Staatsphilosophie seit Anbeginn des Abendlandes in der griechischen Polis. Wenn man in der Tat die Einwanderungsproblematik und die demographische Implosion der westlichen Wohlstandsdemokratien bedenkt, die am sittlichen

Sozialsubstrat zehren, ohne es selbst regenerieren zu können, so geht es m. E. um die Frage der sozialen Ressourcenerschöpfung und demgemäß um Fragen sozialer Nachhaltigkeit bei der Bewirtschaftung von ansonsten nicht mehr ausreichend nachwachsendem Humankapital. Die Frage lautet nun in staatsphilosophischer Sichtweise, ob der Staat und die moderne Gesellschaft gemeinschaftsfördernd bzw. zumindest gemeinschaftsermöglichend strukturiert sind oder ob es nur um einen bürokratisch geordneten Raum (an die 50% Staatsquote) stressfreien Konsums individueller Lebensplanungen unter sozialtechnischem Konformitätsvorbehalt geht – die rousseauistische Variante der „unschädlichen Freiheit“ des Thomas Hobbes.

Krüger nähert sich der damit verbundenen Problematik des Verhältnisses von Gruppenidentität und Staat unter dem Vorzeichen der Theorie der „personalen Autonomie“ von ethnischen Gruppen innerhalb moderner Massengesellschaften. Was in diesem speziellen Zusammenhang klar wird, ist die wesentliche Bezogenheit von gelingender Staatlichkeit auf ethnische Identität überhaupt, auf deren prinzipielles Vorliegen, ohne damit ein ethnisch strukturierter Staat zu sein.

Hirsch hingegen kritisiert Hegel und Schmitt in ihrem in genau dieser Grundüberzeugung stehenden Versuch, den Staat selbst als eine substantielle Wirklichkeit *sui generis* zu begreifen, was an den Ufern der bisher identitätslosen Europäischen Staatswerdung mehr als aktuell ist. Zu dieser Kritik, zumal wenn sie in die abstrakte Konzeption des liberal-prozeduralen Verfassungsstaates mündet, ist anzumerken, dass dies ein wenig an die libertäre Logik der Marktmachtglobalisierung erinnert, die auf Vorwürfe, die Globalisierung weise qualitative Defizite auf, mit der Forderung nach quantitativer Ausweitung reagieren, ohne zu bedenken, dass wesentlich lineare Prozesse sich durch reine Quantifizierung nicht in komplexe Prozesse umwandeln lassen, was die libertären Globalisierer als induktive Marktdarwinisten in Vertre-

tung ihres Wirtschaftsbiologismus zu glauben scheinen, damit einer Position anhängend, die jedenfalls nicht jenen quasi-metaphysischen Allerklärungs- und Rechtfertigungsanspruch erfüllen kann, der ihr stillschweigend zugeschrieben wird.

Konrath wiederum geht in seinem Text auf die Frage ein, inwieweit ein Staat denn überhaupt „identitätsstiftend“ wirken könne, dabei von der Frage, ob er es denn auch solle, einmal abgesehen. Dabei wird auf die spezifische Leistung des neuzeitlichen „Nationalstaates“ hingewiesen, ein Zugang, dessen Wert allein schon darin liegt, den Stand der Dinge in statu nascendi einer europäischen Identität klarer in den beobachtenden Blick zu bekommen. Letztlich wird es im Anschluss an diese Debatte um die weiterführende Frage gehen, ob es eine europäische Identität ohne die Ausbildung eines europäischen „National“Staates geben können oder ob es der neuzeitliche Mensch erträgt, in einer letztlich mittelalterlichen Reichskonzeption in weiten Teilen der Identitätsfindung auf sich selbst angewiesen zu sein, zumal wenn man bedenkt, dass die Römische Kirche nicht mehr die spirituelle Rolle spielt, die sie noch in ihren vorscholastisch-neuplatonischen Zeiten (also in den ersten 1000 Jahren) zumindest ansatzweise innehatte.

Gerechtigkeit in Raum und Zeit

Die Kernfrage jeder staatlichen Ordnung von menschlichem Zusammenleben ist diejenige nach der Gerechtigkeit dieser Ordnung. Ausgehend von Platon hat diese Frage das Denken über Recht und Staat seit jeher geprägt. Die Denkschulen sind auch gleichsam paradigmatisch geschweht zwischen diversen Ansätzen einer subjektivistischen Wertgefühlsbegründung im Zeichen unmittelbarer quasisinnlicher Gewissheiten und einer objektivistischen Werterkenntnisbegründung kritisch-exakter Normvermessung. Im vorliegenden Sammelband wenden sich Carola von Villiez¹¹ und Felix Ekardt¹² der Gerechtigkeits-Fragestel-

8 „Volk, Nation und Staatsbürgerschaft in multiethnischen Gesellschaften. Der Umgang mit Minderheiten und Migranten in der Demokratie“ (139–153)

9 „Der Staat als Kirche. Die Gemeinschaft des ‚Politischen‘“ (155–171)

10 „Der Staat als Identitätsstifter?“ (173–187)

11 „Vom Nationalstaat zur Globalen Gerechtigkeit“ (189–202)

12 „Grundrechte für zukünftige Menschen? Vorstudien zu einer Theorie intergenerationeller Ge-

rechtigkeit und einem erneuerten Liberalismus“ (203–216)

lung zu. Der Zugang von Villiez behandelt das Problem globaler Gerechtigkeit von einer komplexen Analyse ausgehend, womit zumindest der Problematik in ihrer Komplexität schon einmal gerecht geworden wäre. Es geht Villiez dabei darum, ein fragiles Netz von rechtlicher, kultureller und staatlicher Kohärenzen zu skizzieren, das nur in einem ausgeklügelten Zusammenspiel von kultureller Entwicklung und normativer Ordnung zu einem umfassenden Ergebnis führen kann.

Ekardt wiederum vertieft – anders als Villiez – das Gerechtigkeitsproblem nicht horizontal auf die Weltebene, sondern vertikal: er stellt sich die für Grundrechtsdogmatiker sicherlich ketzerische Frage nach der intergenerationalen Vorwirkung von Grundrechten. Dass ein solch unzeitgemäßer Ansatz für eine verbrauchende tauschgerechtigkeitsbasierte Rechtskultur grundlegende Fragen aufwirft, deren Diskussion sehr spannend zu werden verspricht, erhöht die Erkenntnistlust an diesem Ansatz nur, ohne damit schon etwas über dessen Begründbarkeit oder Verwirklichbarkeit ausgesagt zu haben.

Rechtsprobleme postkommunistischer Transformationsgesellschaften

Abschließend wird noch ein Spezialthema des Gesamtprogramms angesprochen, die Frage von Recht und Staatlichkeit in Transformationsgesellschaften. Die rechts- und staatsphilosophische Reflexion in den Transformationsstaaten Mittel- und Osteuropas steht frag-

los vor spezifischen Problemen. Einen Einblick in die polnische Verfassungsgerichtsbarkeit bietet der Beitrag von Piotr Czarny¹³, der von der demokratietheoretisch richtigen Ausgangsfrage der Begrenzung der Staatsgewalt durch Gerichtsbarkeit ausgeht. Damit geht er auf eine zentrale Frage von Recht und Staat ein (*Wie kann man die rechtlich verfasste Staatsmacht durch staatlich organisierte Rechtsmacht kontrollieren?*), die im real existierenden alten Westen bereits der politischen Debatte über die Verfallserscheinung von Staatlichkeit gegenüber überbordender individueller Anspruchsrechtlichkeit, zivilgesellschaftlich-wirtschaftlicher Konzern-Übermacht gegenüber nationalstaatlichen Funktionären weichen musste.

Alles in allem kann man zusammenfassen, dass die Aufsatzsammlung einen repräsentativen Überblick über die aktuellen Fragen der Rechtsphilosophie bietet und – wie in einem Tagungs-Sammelband nicht anders möglich – aus unterschiedlichen Blickwinkeln und mit recht unterschiedlichen methodischen Zugangsweisen beleuchten, z. T. nur andeuten, z. T. argumentativ recht weit führen. Abschließend ist von diesem Sammelband jedenfalls reichlich Anregung für das je eigene theoretische Reflektieren über Recht und Staat zu erwarten, wobei regelmäßig Widerspruch als Born je eigener Originalität segensreich fungieren mag.

*Christian Stadler
Institut für Rechtsphilosophie
und Rechtslehre der
Universität Wien*

M. Bydlinski ZPO - Zivilprozessgesetze

M. Bydlinski

ZPO Zivilprozess- gesetze

**mit Kommentar
zur ZVN 2002**

Verlag Österreich
vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

- Kommentar zu der am 1.1.2003 in Kraft tretenden Zivilverfahrens-Novelle mit den Änderungen im streitigen Zivilprozess, insbesondere des Verfahrens erster Instanz
- Ausführliche Kommentierung der Neuerungen unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien, praxisgerecht behandelt

**436 Seiten, broschiert, € 62,-
3-7046-3895-1**

Verlag Österreich
vormals Verlag der
k. u. k. Hof- und Staatsdruckerei

Verlag Österreich GmbH
1070 Wien, Kandlgasse 21
Tel.: 01-610 77-315, Fax: -589
e-mail: order@verlagoesterreich.at
Internet: www.verlagoesterreich.at

¹³ „Begrenzung der Staatsgewalt und Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen“ (217–224)

RIDA

Der schnellste Weg zum Recht

Besuchen Sie uns: www.rida.at

Die einzigartige Literatur- und Entscheidungsdatenbank:

Aktueller Inhalt

Kompakte Informationen

Vielfältige Suchfunktionen

Höchster Bedienungskomfort

Schnelle Auswertung der Ergebnisse

Überzeugen Sie sich selbst und vereinbaren Sie einen unverbindlichen Präsentationstermin:

jusline

Telefon: 07673/6457-14, Fax: 07673/6458, E-Mail: rida@jusline.com

Jusline Österreich GmbH, 4690 Schwanenstadt, Stadtplatz 41-42

Jurbooks

Die Fachbuchhandlung

1010 Wien, Wollzeile 16
zwischen Rechtsanwaltskammer
und Handelsgericht

Das Angebot der ersten Adresse für alle Juristen:

- **Recht & Steuern**
nationale & internationale Fachliteratur
- **Internet-Corner**
alle juristischen Internetangebote im Vergleich
- **Juristische Kanzlei-Software**
unterschiedliche Software-Pakete zum Testen
- **Anwaltsroben**
Verkauf – Verleih – Maßanfertigung
- **Exklusives**
Geschenke für Juristen

Lesebereich mit Clubatmosphäre und internationalen juristischen Magazinen.

**Montag bis Freitag 9–18 Uhr
Samstag 9–14 Uhr**

Bestellservice:

Mail: order@jurbooks.at

Web: www.jurbooks.at

Tel.: 01-512 48 85

Fax: 01-512 06 63

Expres-Zustellung
Wien: 3 Stunden,
andere Bundesländer: 1 bis 2 Tage



Triumph des Privatrechts



„Das Privatrecht ist unsterblich“, hat Franz Gschnitzer einmal gesagt. Was dieser Satz bedeutet, ist nicht ganz klar. Aber er deutet darauf hin, dass die privatrechtliche Ordnung von Rechtsbeziehungen einen Regelungsmodus darstellt, der gleichsam „by default“ zur Verfügung steht. Was sich regeln lässt, lässt sich immer *auch* privatrechtlich regeln.

Dass darin etwas besonders Gutes liegt, glaubt die politische Philosophie des Libertarianismus. Die Gewährleistung von Sicherheit könnte man privaten Anbietern überlassen. Warum auch nicht? In Rio de Janeiro boomt dieser Geschäftsbereich. Sicherheit kann man dort kaufen. Wenn man genug Geld hat. Wenn nicht, dann nicht.

Nach Robert Nozick ist das staatliche Gewaltmonopol nichts anderes als das Ergebnis einer privatrechtlich vermittelten Interessenskoordination. Dass eben nur ein Anbieter auf dem Markt für Rechtsdurchsetzung existieren soll, der rechtlich kontrollierte Gewalt ausüben darf, ist zum Vorteil aller. Es ist für alle besser, wenn auf den Wettbewerb zwischen privaten Rechtsdurchsetzungsanbietern verzichtet wird.¹ Was man den „Staat“ nennt, ist demnach eine Firma unter anderen. Es ist jene Firma, die im Bereich der zwangsbewehrten Rechtsdurchsetzung so etwas wie ein natürliches Monopol innehat. Der Staat ist Rechtsdurchsetzungsmonopolist. Er erbringt eine Dienstleistung besonderer Art. Darin besteht seine Kernkompetenz. Was darüber hinausgeht, darf als offene Frage behandelt werden.

Das Privatrecht – als Gesellschaftsmodell – steht in neuer Blüte. Wenn das Privatrecht in Blüte steht, dann gerät der Staat in die Defensive. Mit bemerkenswerter Unerschütterlichkeit beten uns die lenkenden Stellen vor, es sei eine Maxime guten Regierens, dass es „mehr privat“ und „weniger Staat“ gebe. „Privat“, das bedeute höhere Effizienz, günstigere Leistungen wegen des Wettbewerbs und folglich zufriedener Konsumenten.

Aber nicht alle sehen das so. Bei den gelenkten Stellen macht sich Unmut breit. Mehr privat und weniger Staat läuft

hinaus auf größere private Profite und größere öffentliche Armut. Es bedeutet mehr soziale Ungleichheit bei diffuseren Verantwortlichkeiten.

Dürfen wir also den Triumph des Privaten und seines Rechts wollen?

Die Beiträge dieses Schwerpunkts beanspruchen nicht, auf diese Frage eine gültige Antwort geben zu können. Sie sind heterogen und fügen sich nicht zu einem synoptischen Bild zusammen. Aber sie bieten Denkanstöße im besten Sinne des Wortes.

Wem nützt der Gebrauch privatrechtlicher Handlungsformen? Bloß den Privaten oder vielleicht auch dem Staat? Der Beitrag von Pollak zeichnet anhand eines konkreten Beispiels ein differenziertes Bild.

Wie sehen wir den Staat heute? Ist er nichts anderes als ein Anbieter von Dienstleistungen – und damit: ein Privatrechtssubjekt – unter anderen? Der Staat der Industriegesellschaft erbringt unverzichtbare Leistungen auf einem Gebiet, das man seit Ernst Forsthoff als das der „Daseinsvorsorge“ bezeichnet. Durch das Europäische Gemeinschaftsrecht ist er der Disziplin des Beihilfen- und des Wettbewerbsrechts unterworfen. Ist die Bereitstellung öffentlicher Güter dadurch gefährdet? Martin Pospischill bietet eine kritische Einschätzung der gegenwärtigen Lage.

Sind die Privaten wiederum so privat, wie sie zu sein scheinen? Für die Arbeit an diesem Problem steht unter anderem der Begriff der „corporate governance“. Zwei Beiträge sind diesem Thema gewidmet. Peer Zumbansen stellt rechtssoziologische Beobachtungen zur „Privatisierung“ der Regulierung des Kapitalgesellschaftsrechts durch „corporate governance codes“ an und stellt diese in den breiteren regulatorischen Kontext. Peter Kostant erhebt leidenschaftlichen Einspruch gegen eine bloß privatrechtliche Betrachtung der Kapitalgesellschaften. Sie sind politische Körper und als solche auch rechtlich zu behandeln.

Enjoy!

Alexander Somek

¹ Nachricht an den scheidenden Innenminister Dr. Erwin Strasser: Sehr geehrter Herr Bundesminister! Für den Fall, dass Sie auch der neuen Bundesregierung angehören sollten, ersuche ich Sie

höflichst zu beachten, dass selbst radikale Libertäre wie Robert Nozick noch für das Gewaltmonopol des Staates eintreten. Vielleicht finden Sie Zeit, einmal dessen Buch „Anarchy, State, and Utopia“

zu lesen. Dort wird begründet, warum die Auslagerung von Sicherheitsdienstleistungen an Private nur begrenzt rational ist.

I. Begriffsdefinition und Spannungsfeld Staat – Privat

Rund um die Liberalisierung öffentlicher Märkte, Marktharmonisierungsmaßnahmen und die Privatisierung bislang öffentlich geführter Unternehmen sind in den vergangenen Jahren vermehrt die sog. „Leistungen der Daseinsvorsorge“ ins Zentrum der europäischen Aufmerksamkeit gerückt. Definitionsgemäß handelt es sich dabei um „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“¹, die mit einer besonderen Gemeinwohlverpflichtung verbunden sind. Als Beispiele solcher Leistungen sind etwa Energieversorgung, Telekommunikation, Postdienste, öffentlicher Nahverkehr, Wasser- und Abwasserentsorgung etc. zu nennen, die bis vor kurzer Zeit in beinahe allen Mitgliedstaaten („MS“) fast ausschließlich durch den Staat erbracht wurden. Problematisch sind diese – einen Pfeiler des Europäischen Gesellschaftsmodells darstellenden – Dienstleistungen dort, wo sie marktbezogen und in zunehmender Konkurrenz durch private Anbieter erbracht werden. Dies führte in jüngerer Vergangenheit zu Konflikten mit dem Europäischen Beihilfen- und Wettbewerbsrecht und zur Marktöffnung in jenen Sektoren, in denen der Nachweis für das Entstehen eines sektorspezifischen Binnenmarktes erbracht werden konnte. Wir alle sind Zeugen geänderter Marktstrukturen in den Bereichen Energie (Liberalisierung der europäischen Gas- und Strommärkte), Telekommunikation und Postdienste.

Weitere Liberalisierungsschritte stehen unmittelbar bevor bzw. sind in der öffentlichen Debatte heftig umstritten². Dabei geht es im Hintergrund immer um die wichtige Frage nach der zukünftigen Rolle des Staates bei der Erbringung von Dienstleistungen an seine Bürger und nach den verbleibenden Kernkompetenzen.

II. Eine neue Strategie für Europa

Dass mit den genannten Beispielen nur der erste Schritt einer auf längere Sicht geplanten Entwicklung gesetzt wurde, ist spätestens seit dem Europäischen Rat von Lissabon aktenkundig.

In dessen Schlussfolgerungen formulierten die Staats- und Regierungschefs der EU 15 das Ziel, Europa bis 2010 zum wettbewerbsfähigsten und dynamischsten wissensbasierten Wirtschaftsraum der Welt zu entwickeln. Gleichzeitig wurde die Europäische Kommission (EK) aufgefordert, zur Erreichung dieses Ziels eine neue Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor auszuarbeiten.³

Hintergrund dieser Bestrebungen dürften einerseits die Besorgnis erregenden Prognosen über die demografische

Entwicklung der Europäischen Bevölkerung ab 2010 (Überalterung) und andererseits ein verlangsamtes Wirtschaftswachstum (und damit einhergehende Einbußen an Weltmarktanteilen) der EU im Beobachtungszeitraum 1990–2000 sein. Brüsseler Strategen geben unumwunden zu, dass die europäische Wirtschaft im Schnitt mindestens 3% p.a. wachsen muss, will sie gegenüber den USA langfristig keine Weltmarktanteile verlieren.

Erreicht werden soll diese „Flexibilisierung“ der Märkte im Wesentlichen durch das Mittel öffentlicher Ausschreibungen. Bislang klassisch durch den Staat erbrachte Dienstleistungen sollen so auch für private Anbieter geöffnet und dadurch wettbewerbsfähig und innovativ gemacht werden.

Europa, quo vadis?

Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse versus Europäisches Beihilfen- und Wettbewerbsrecht

Martin Pospischill

Die vorgelegte Binnenmarktstrategie der EK verfolgt dabei eine doppelte Strategie: Zum einen richtet sich das Signal an die Mitgliedstaaten, sämtliche Marktzugangsbeschränkungen und Hemmnisse für die Wirtschaft rasch zu beseitigen und so das gesamte Binnenmarktpotential voll auszuschöpfen. Andererseits soll der Anspruch auf die Führungsrolle in der Welt einen zusätzlichen Ansporn für mehr Wettbewerb und Transparenz der öffentlichen Haushalte bieten⁴ und die Effizienz der gemeinschaftlichen Güter- und Kapitalmärkte stärken.

Dabei wird offenbar nur dem Dienstleistungssektor als Motor der „neuen Wirtschaft“ die notwendige Marktbelebung und das Erreichen der erforderlichen Wachstumsraten zugetraut.

III. Der Widerstand formiert sich

Obwohl die MS schon aufgrund des EG-Vertrages verhalten sind, keine dem gemeinschaftlichen Wettbewerbs- und Beihilferecht zuwiderlaufenden Maßnahmen für ihre öffentlichen Unternehmen zu treffen oder beizubehalten⁵, werden Stimmen in Europa lauter, die sich gegen eine unreflektierte Liberalisierungswelle aussprechen. Die Kritiker monieren mE zu Recht, dass die Bestimmungen des EG-Vertrages mit Bezug auf die Leistungen der Daseinsvorsorge, insbesondere die

1 Vgl. dazu Art. 16 EG: „Unbeschadet der Art. 73, 86 und 87 und in Anbetracht des Stellenwertes, den Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse innerhalb der gemeinsamen Werte der Union einnehmen, sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Befugnisse im Anwendungsbereich dieses Vertrages dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen für das Funktionieren dieser Dienste so ge-

staltet sind, dass sie ihren Aufgaben nachkommen können.“
 2 KOM 7/2000 vom 26.7.2000, geändert durch den Vorschlag vom 21.2.2002 betreffend eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschiffahrtswegen („ÖPNV-VO“).

3 KOM (2000) 888 endgültig, 29.12.2000
 4 vgl. dazu auch die RL 2000/52/EG der EK vom 26.7.2000 zur Änderung der RL 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, Abl. L 193 vom 29.7.2000, S. 75–78
 5 vgl. dazu Art. 86 Abs. 1 EG

Art. 16 und 86 Abs. 2 EG⁶, weder eine Rechtsgrundlage zu deren Schutz, noch eine klare Abgrenzungshilfe zum europäischen Wettbewerbsrecht darstellen. In der Praxis könnten sich die einschlägigen rechtlichen Bestimmungen sogar als kontraproduktiv für die laufende Diskussion erweisen, da durch diese das Beihilfen- und Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft eher vor den staatlichen Leistungen der Daseinsvorsorge geschützt wird, als umgekehrt. Um nämlich die Bestimmung des Art. 86 Abs. 2 EG als Rechtfertigung für die Beibehaltung eines Sektors als Leistung der Daseinsvorsorge für sich in Anspruch zu nehmen, müsste nachgewiesen werden, dass die Anwendung des gemeinschaftlichen Beihilfen- und Wettbewerbsrecht die Erfüllung der besonderen Aufgabe der Daseinsvorsorgeleistung rechtlich oder tatsächlich verhindert. Dieser Nachweis wird in der Praxis kaum zu erbringen sein.

Die Liberalisierungsgegner verweisen zudem auf die zahlreichen Beispiele fehlgeschlagener „Privatisierungen“⁷ und darauf, dass die Einführung eines reinen *Preiswettbewerbs* im Bereich der Daseinsvorsorge ohne flankierende umweltpolitische und soziale Begleitmaßnahmen kein probates Mittel für eine nachhaltige Entwicklung darstellt. Die negativen Beispiele aus den USA und GB veranschaulichen diese Ansicht zum Teil sehr deutlich. Weiters sei begrifflich nicht klar, bei welchen Marktsektoren es sich überhaupt um Bereiche der Daseinsvorsorge handle. Dieses Abgrenzungsproblem werfe aber Fragen nach der Regelungskompetenz der EU im Verhältnis zu den MS auf, da nach der Konzeption des EG-Vertrages Zuständigkeiten von den MS auf die EU nur nach dem Prinzip der Einzelermächtigung übertragen werden. Ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage bestehe daher keine Kompetenz der EK zur abschließenden europaweiten Regelung von Lebenssachverhalten.

IV. Kurskorrektur durch die EK?

Als Reaktion auf die z. T. berechtigte Kritik am Diktat des gemeinschaftlichen Beihilfen- und Wettbewerbsrechtes legten die Europäischen Institutionen in den vergangenen Monaten Zeugnis über eine spannende politische Auseinandersetzung um das Thema Daseinsvorsorge ab:

► Zunächst verabschiedete die EK am 15. Oktober 2001 im Anschluss an ihre Mitteilung vom 4. Juli 2001 über die Möglichkeit zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge⁸ eine interpretierende Mitteilung über die Möglichkeit zur Berücksichtigung auch sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge⁹.

► Wenig später nahm das Europäische Parlament („EP“) am 13. November 2001 einen Bericht über die Mitteilung der EK „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“¹⁰ an, aus dem alle ursprünglich enthaltenen Vorstöße in Richtung Liberalisie-

rung der europäischen Wasserversorgung verbannt wurden. Die MS werden darin lediglich aufgefordert, in Abstimmung mit den lokalen Behörden zu prüfen, ob eine Öffnung der Wasserversorgung und der Abwasserbeseitigung für private Unternehmen zu Verbesserungen führen kann.

► Am 14. November 2001 erteilte das EP in erster Lesung dem Verordnungsentwurf der EK für eine Liberalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs („ÖPNV-VO“) in der vorliegenden Form mit überwältigender Mehrheit eine klare Absage und verabschiedete zahlreiche Änderungsanträge, die sich für einen ausdrücklich definierten Bereich der Gemeinwohlverantwortung und gegen eine bedingungslose Marktöffnung der öffentlichen Nahverkehrsdienste aussprachen. Dieses Votum zwang die EK zu einer Nachdenkpause und resultierte in einem überarbeiteten ÖPNV-Verordnungsentwurf, der der Öffentlichkeit erst am 21. Februar 2002 präsentiert wurde.

► Schließlich fanden die Leistungen der Daseinsvorsorge Eingang in die Schlussfolgerungen des Rates (Binnenmarkt, Verbraucher und Tourismus) von Laeken (10.12.2001)¹¹. Darin wird die EK u. a. aufgefordert, die Sicherheit und Vorhersehbarkeit des Rechtsrahmens bei der Anwendung der Regeln über staatliche Beihilfen auf die Leistungen der Daseinsvorsorge zu erhöhen.

V. Der EuGH und die Schlussanträge des Generalanwaltes in der Rs. Magdeburg

Eine zusätzliche Dimension erhält die Auseinandersetzung um die Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse durch die Frage, ob staatliche Zuschüsse, mit denen die Kosten der Verpflichtungen des öffentlichen Dienstes ausgeglichen werden sollen, gegen das Beihilfenverbot des Art. 92 Abs. 1 EG-Vertrag¹² verstoßen.

Aktuell stellt sich dieses Problem in einem Vorabentscheidungsersuchen des deutschen Bundesverwaltungsgerichtes betreffend staatliche Zuschüsse im ÖPNV. In seinen Schlussanträgen vom 19. März 2002¹³ empfiehlt der Generalanwalt dem EuGH, von seiner eigenen Rechtsprechung in der Rechtssache Ferring¹⁴ wieder abzugehen und alle staatlichen Beihilfen bedingungslos dem Beihilfenregime der EU zu unterziehen. Nur so könne die EK ihrer Funktion als Beihilfenkontrollbehörde wirksam gerecht werden.

Der Ausgang dieses Rechtsstreites wird von Befürwortern und Kritikern gleichermaßen mit Anspannung erwartet, da davon die Zukunft der Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse wesentlich abhängen wird. Die konkreten Auswirkungen des bevorstehenden Urteils für den Gemeinwohlbereich in die eine oder andere Richtung sind gegenwärtig nicht abschätzbar.

6 vgl. Art. 86 Abs. 2 EG: „Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrages, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft.“

7 „GB reverstaatlicht die Eisenbahn“ (Der Standard, 8.10.2001); „Deutsches Geld für britische Gleise?“ (Der Standard, 22.10.2001)

8 KOM (2001) endg., Abl. C 333 vom 29.11.2001, S. 13–26

9 KOM (2001) endg., Abl. C 333 vom 29.11.2001, S. 13–26

10 „Langen-Bericht“, Berichterstätter des EP Werner Langen, EP endg. A5–0361/2001

11 Dok. 14866/01 MI 200 ECO 372 CONSOM 105

12 Art. 92 Abs. 1 EG: „Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Gemeinsamen Markt unverein-

bar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“

13 Schlussanträge des Generalanwaltes Philippe Léger vom 19. März 2002, Rs. C-280/00

14 EuGH vom 22. November 2001, Rs. C-53/00: dort hat die sechste Kammer des Gerichtshofes entschieden, dass staatliche Maßnahmen nicht als Beihilfe im Sinn des Art. 92 Abs. 1 zu qualifizieren sind, wenn der Betrag der von den staatlichen Stellen gewährten Vorteile nicht die Kosten übersteigt, die sich aus den gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergeben.

VI. Situation in Österreich

Österreich ist ein MS mit traditionell sehr ausgeprägten gemeinwohlorientierten Dienstleistungen der öffentlichen Hand. Anders als etwa in einigen nordischen MS oder in GB wurden die Leistungen der Daseinsvorsorge hierzulande bislang nicht als Handelsware, sondern als reine Versorgungsleistung für die Bürger betrachtet. Die schrittweise Marktöffnung in vielen Bereichen ehemals klassischer Versorgungsleistungen hat die bestehenden Strukturen z. T. radikal verändert. Die Öffentliche Hand wird dabei zunehmend von der Rolle des *Leistungserbringers* in jene des *Bestellers* von Dienstleistungen gedrängt.

Dies erfordert Umstrukturierungsmaßnahmen sowohl bei den bisherigen Leistungserbringern, als auch bei den zukünftigen Bestellern. Die umfangreichen Ausgliederungen im Bahn- und Postbereich resultieren aus diesen geänderten rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen. Ein Stromregulator überwacht neuerdings als unabhängige Behörde die Angemessenheit von Benutzungsentgelten für die Inanspruchnahme fremder Netze und setzt gegebenenfalls marktkonforme Preise fest, ein Bahnregulator steht für die Öffnung von Trassen und die Benutzung von Eisenbahninfrastruktur durch alternative Betreiber zur Verfügung. Die Vergabe von Rundfunkfrequenzen erfolgt im Wege öffentlicher Ausschreibungen durch die Rundfunk- & Telekom Regulierung GmbH. Im Eisenbahnbereich ist u. a. eine eigene Schieneninfrastrukturgesellschaft zur Beibehaltung eines hohen Sicherheitsstandards gegründet worden¹⁵. Die schwere Geburt einer österreichischen Stromlösung zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der heimischen Stromerzeuger auf den internationalen Märkten ist ein weiteres Beispiel von vielen für die im Wandel befindlichen Märkte¹⁶.

VII. Konvergenzkriterien durch Marktöffnungen unerreichbar?

Ein besonders schwer wiegendes Problem stellt in Österreich, aber auch in anderen „Hochlohnstaaten“, die bislang weitgehend ungelöste Frage des Personals und der damit verbundenen Kosten dar. Unter Experten gilt es als offenes Geheimnis, dass Kosteneinsparungen im Zuge von Umstrukturierungen bis zu ca. 80% im Personalbereich, schlechtesten Falls aber nur zu 20% durch technische Innovationen, Umstellung der Produktion bzw. des Leistungsangebotes etc. zu erzielen sind.

Hinzu kommt in Staaten wie Österreich das „Problem“, dass viele Arbeitnehmer in dienstleistungsorientierten Bereichen der Daseinsvorsorge über unkündbare Dienstverhältnisse mit den Gebietskörperschaften verfügen und auch im Fall der Nichtweiterbeschäftigung (weil etwa ein privater Anbieter aufgrund geringerer Personalkosten eine öffentliche Ausschreibung gegen ein kommunales Unternehmen gewinnt) von diesen weiterbezahlt werden müssen. Abgesehen von den damit verbundenen sozialen Problemen für die Betroffenen¹⁷ verändern Liberalisierungen auch das Gefüge und fundamentale politische Ordnungsprinzipien des Staates: die Politiker werden durch „Outsourcing“ wesentlicher wirt-

schaftspolitischer Kompetenzen und ihrer Verantwortung als Entscheidungsträger beraubt. Diese Entwicklung ist v. a. im Bereich der Kommunalpolitik bedenklich, deren Kompetenzen bereits seit Jahren einem starken Erosionsprozess ausgesetzt sind. Für die Bürger geht damit gleichzeitig ein Verlust an demokratiepolitischer Mitbestimmung und Mitgestaltung einher, der die Forderungen vieler politischer Beobachter nach einem stärkeren Heranrücken der Politik an den Bürger konterkariert. Insgesamt dürfte die Strategie der Auslagerungen und Marktöffnungen kurzfristig kaum dazu geeignet sein, die öffentlichen Haushalte – einen gesamtwirtschaftlichen Betrachtungspunkt vorausgesetzt – zu stabilisieren (Maastricht-Kriterien).

Die EK und die Liberalisierungsbefürworter sind bislang jeden Beweis dafür schuldig geblieben, dass die geänderten Marktstrukturen gesamtwirtschaftlich Synergien freisetzen und den gewünschten Mehrwert erzeugen. Dies gilt selbst für angeblich gelungene Liberalisierungen, obwohl zuzugeben ist, dass der Beobachtungszeitraum für seriöse Analysen und Einschätzungen der geänderten Rahmenbedingungen in den meisten Fällen einfach noch zu kurz ist.

Tatsächlich werden die Kernprobleme vielfach nur am Rande tangiert. Dies soll am folgenden Beispiel verdeutlicht werden: bei der Frage, ob bestehendes Personal bei Neuvergabe von Buslinien im Wege eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vom neuen Auftragnehmer zu übernehmen ist, hat der EuGH etwa entschieden¹⁸, dass die Richtlinie 77/187 über den Betriebsübergang auch dann anwendbar sein kann, wenn zwischen den nacheinander beauftragten Unternehmen eine unmittelbare vertragliche Beziehung fehlt¹⁹.

Dies ist ein – kleiner – Schritt in die richtige Richtung, wiewohl die Richtlinie 77/187 das grundsätzliche Problem, was mit zu übernehmendem Personal auf Dauer zu geschehen hat, nicht löst. Insbesondere besteht größtmäßig ein gewaltiger Unterschied, ob eine einzelne Buslinie neu zu vergeben ist, oder die Liberalisierung des Nahverkehrs einer Metropole wie London, Paris, Berlin oder Wien samt zugehörigem Verwaltungsapparat, integrierten Verkehrsdienstleistungen, einem einheitlichen Ticketing – System u. a. zur Disposition steht. Auf diese Herausforderung haben die Europäischen Institutionen bislang keine konkrete Hilfestellung (in Form von Beschäftigungskonzepten) vorgelegt. Hier, und nicht in vergabespezifischen Verfahrensfragen, liegen aber die eigentlichen Probleme der Marktöffnung in Europa. Es darf mit Spannung darauf gewartet werden, ob das heute als Generalrezept verabreichte Modell der sektoralen Marktöffnung den Erfolg zeitigt, den sich die europäischen Staats- und Regierungschefs auf dem Gipfel von Lissabon erhofften und den die EK in ihrer neuen Binnenmarktstrategie eingeschlagen hat.

VIII. Lobbying für Waffengleichheit und soziale Gerechtigkeit

Die Erfolgsgeschichte des europäischen Einigungsprozesses gründet sich maßgeblich auf enge wirtschaftliche Zusammenarbeit der MS in einem von Handelshemmnissen weitge-

¹⁵ Siehe dazu auch die Kritik des Rechnungshofes an den Ausgliederungen des Bundes (Der Standard, Spezial „Outsourcing“, 14. Mai 2002, Seite 15)

¹⁶ siehe dazu auch das politische Tauziehen zwischen Bund und Ländern um die volle Gas-

markt-Öffnung in Österreich (Die Presse vom 31. Mai 2002, Seite 27)

¹⁷ „Grünes Licht für „Bahnpostbus““ – Ministerrat beschließt Übertragung des Postbusses an Bundesbahn (Der Standard, 15. Mai 2002); „Postbus-

Streik: Busse bleiben in der Garage“ (Kurier, 28. Mai 2002)

¹⁸ EuGH 25.01.2001, Rs. C-172/99

¹⁹ vgl. ZVB 4/2002, S. 111 f

hend befreiten Binnenmarkt. Dieser Prozess hat die Europapolitik der letzten 50 Jahre nachhaltig geprägt und ist bis heute nicht abgeschlossen. Wettbewerbs- und Beihilfenkontrolle durch die EK sind heute genauso aktuell wie bei Errichtung des Gemeinsamen Marktes. An den fundamentalen Prinzipien einer Wirtschaftsgemeinschaft soll hier auch nicht gerüttelt werden.

Im Zuge der verstärkten Entwicklung Europas zu einer politischen Union sind aber neben die alten Fundamente neue Ordnungsprinzipien hinzugetreten²⁰. Der Prozess der Marktdurchdringung ist in vielen Bereichen heute so weit fortgeschritten, dass Forderungen nach einem Kompetenzkatalog zur Abgrenzung der markttauglichen Daseinsvorsorgeleistungen von den Kernaufgaben des Staates erhoben werden.

In den staatlichen und kommunalen Unternehmen herrscht Besorgnis über die Frage nach den Grenzen des Binnenmarktes in Europa. Untrennbar damit ist nämlich auch die Frage verbunden, welche Kompetenzen in Zukunft noch bei den MS verbleiben und welcher MS finanziell in der Lage sein wird, eigenständige wirtschaftspolitische Maßnahmen zu setzen.

Angesichts der kolportierten, z. T. exorbitanten Übernahmepreise von Daseinsvorsorgeunternehmen durch private Marktriesen wie z. B. Vivendi, Connex, Stagecoach, EdF, RWE²¹, E.on etc. in strategisch wichtigen Bereichen wie Energie-, Trinkwasserversorgung und dem ÖPNV fällt es schwer, an die in der neuen Binnenmarktstrategie der EK aufgelisteten Ziele und nicht an shareholder-value – Maximierung von Großaktionären zu glauben. Nach einer überhasteten und viel zu weit gehenden Privatisierung der Britischen Staatsbahnen steht das Vereinte Königreich heute vor dem großen Schieneninfrastruktur-Nichts. „Gewinne privatisieren, Verluste sozialisieren“ ist das Schlagwort, das treffend zu diesem traurigen Bild passt.

Mit Jammern allein ist dieser ungleiche Kampf gegen die massiven Interessen der Wirtschaft freilich nicht zu gewinnen. Der öffentliche Sektor wird rasch lernen müssen, seinen Interessen auf europäischer Ebene wirksam Gehör zu verschaffen und sich dafür einzusetzen, dass bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nicht nur die Personalkosten und der Preis, sondern auch andere Parameter mit zu berücksichtigen sind, die die staatlichen und kommunalen Unternehmen in den Stand versetzen, als ernst zu nehmende Wettbewerber in den Ring zu steigen. Von dieser Waffengleichheit und einem fairen

Wettbewerb ist die Union heute noch meilenweit entfernt. Die anhaltenden Diskussionen rund um die Leistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse bieten MS und Kommunen für diese inhaltliche Auseinandersetzung eine ausgezeichnete Gelegenheit. Mit Methoden wie dem Benchmark wird es möglich sein, Angebot und Leistung im Dienstleistungsbereich international vergleichbar zu machen, Erfolge und Fehler bei der Vollendung des Binnenmarktes zu dokumentieren und so der EK eine Entscheidungshilfe zur Hand zu geben, die auch ein Handeln jenseits des bloßen Kopierens des amerikanischen Systems erlaubt.

IX. Konklusio und Ausblick

Die Diskussionen um die Zukunft der Leistungen der Daseinsvorsorge sind europaweit voll im Gange. Dabei geht es im Prinzip um die grundlegende Frage, welches Gesellschaftsmodell die EU und die MS für sich anstreben. Eine nachhaltige Entwicklung, die dieser Bezeichnung auch würdig ist, wird mit einer bloßen Nachahmung des amerikanischen „Wirtschaftswunders“ nicht erreichbar sein – dies zeigt sich auch schon heute deutlich an den neo-wirtschaftsliberalistischen Positionen der USA innerhalb der WTO, zum Klimaschutz (die USA haben das Abkommen von Kyoto nicht ratifiziert) bzw. an einem bis heute weitgehend inexistenten Sozialsystem in den USA, das allen Bürgern Zugang zu erschwinglichen Gesundheitsleistungen ermöglicht.

Europa sollte den Mut aufbringen, seinen eigenen Weg zu gehen und auf seine gesellschaftspolitischen Errungenschaften, die sich z. T. auch in den gemeinwohlorientierten Leistungen der Daseinsvorsorge manifestieren, nicht ohne Not verzichten. Das Zögern der EK, klare Positionen zum Thema einzunehmen und das überfällige Urteil des EuGH in der Rs. Magdeburg lassen darauf schließen, dass sich die Entscheidungsträger in den Europäischen Institutionen dieser Verantwortung um die Zukunft Europas sehr bewusst sind und nur selbst noch keine Lösung für die anstehenden Probleme gefunden haben. Dies ist die große Chance für die öffentlichen Dienstleister, sich in die Diskussion einzubringen, auf die vielen positiven Aspekte staatlicher Wirtschaftsaktivitäten im Hinblick auf ein sozial gerechtes europäisches Gesellschaftsmodell zu verweisen und gleichzeitig beständig an ihrer eigenen Wettbewerbsfähigkeit zu arbeiten.

Mag. Martin Pospischill ist Mitarbeiter im Verfassungsdienst der Stadt Wien.

²⁰ vgl. dazu z. B. Art. 6 EG, wonach die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung der in Art. 3 genannten Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden müssen.

²¹ beispielsweise für viele: „RWE schluckt Londoner Thames Water“, (Der Standard, 26. September 2000); „Thames Water steht kurz vor dem Verkauf“, (FAZ, 21. September 2000, S. 24); Übernahmepreis: 7,56 Mrd. (!!) EURO,



Wer in Wien auf Straßen ein Loch graben möchte, weiß, dass er eine Aufgrabungsbewilligung benötigt. Dies ist laut Kundmachung des Wiener Magistrates¹ betreffend Aufgrabungen in öffentlichen Verkehrs- und Erholungsflächen (Aufgrabungskundmachung) vorgesehen, wobei nicht nur für ein Loch, sondern für Aufgrabungen, Minierungen oder Bohrungen in oder unter öffentlichen Verkehrsflächen, Herstellungen von Gehsteigen sowie für Aufgrabungen auf Straßen und Wegen innerhalb öffentlicher Erholungsflächen eine Bewilligung des Magistrates der Stadt Wien zu erwirken ist. Bemerkenswert ist, dass es sich um eine ortspolizeiliche Verordnung im Sinne des § 108 der Wiener Stadtverfassung (WStV) handelt und nicht um ein Landesgesetz des Landes Wien. Der Grund dürfte darin liegen, dass die Regelung der Herstellung und Erhaltung des Straßenkörpers in allen seinen Bestandteilen (einschließlich der Gehsteige und anderen dazugehörigen Anlagen) bei Bundesstraßen dem Bund, bei anderen Straßen den Ländern obliegt². Die Koordination der Straßenaufgrabungen zur Vermeidung von Verkehrsproblemen oder zum Schutz der Anrainer wäre daher durch Landesgesetz nicht für Straßen des Bundes möglich. Der Kunstgriff zur ortspolizeilichen Verordnung gibt die Möglichkeit, die Straßen aller Straßenerhalter in Wien der Norm zu unterwerfen.

Die „Verlängerung“ der Bundesstraßen B könnte nunmehr Ausgangspunkt sein, den gewählten Weg neu zu überdenken und ein entsprechendes Landesgesetz für das Land Wien zu schaffen. Hiezu ist vorweg festzuhalten, dass das Land Wien nicht über ein eigenes Landesstraßenrecht verfügt. Ein Grund liegt darin, dass laut Verfassungsgerichtshof³ alle nicht als Bundesstraßen erklärten Straßen in Wien als Gemeindestraßen anzusehen sind, weshalb Landesstraßen in Wien nie ein Thema waren. Ein eigenes Landesstraßenrecht erschien in Wien bisher entbehrlich, weshalb auch die ehemaligen Bundesstraßen B ohne weitere legislative Maßnahme zu Straßen der Gemeinde Wien wurden. Die Gesetzgebungsakte des Landesgesetzgebers Wien⁴ im Zusammenhang mit der „Verlängerung“ der Bundesstraßen B beschränkten sich auf notwendige Anpassungen im Bereich des Baurechts sowie der Wiener Stadtverfassung. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die „Verlängerung“ der Bundesstraßen B kein Anlass für das Land Wien für ein eigenes Landesstraßengesetz war.

Die Überlegungen könnten an dieser Stelle beendet werden. Die Frage ist aber, ob die genannte ortspolizeiliche Verordnung tatsächlich frei von jeder Kritik ist. Wie Ponzer/Cech im Kommentar zur Wiener Stadtverfassung ausführen⁵, hat der Magistrat das Recht, gesetzsergänzende Verordnungen zu erlassen, die der Bekämpfung von gemeindespezifischen Missständen dienen müssen. Allgemeine rechtspolitische Anliegen bedürfen dagegen einer gesetzlichen Regelung. Unter Zugrundelegung dieser juristischen Feststellung lässt sich trefflich streiten, ob die Aufgrabungskundmachung bzw. einzelne Teile den Anforderungen für eine ortspolizeiliche Ver-

ordnung entsprechen oder nicht vielmehr rechtspolitische Anliegen verwirklicht werden sollen. Das Verbot während der Wintermonate eine Aufgrabung durchzuführen bezweckt offensichtlich, Baustellen zu verhindern, die in den Wintermonaten auf Grund der Witterung tagelang wenn nicht wochenlang nicht fertig gestellt werden können. Der Baustillstand selbst wird nicht das Problem sein (wenn nicht gebaut wird, gibt es auch keinen Lärm und Schmutz), sondern die Belastung durch Umleitung des Verkehrs oder Verknappung von Parkplätzen in der unmittelbaren Umgebung der Baustelle. Zweifelsfrei ein Missstand, zu bezweifeln ist aber, ob es sich um einen gemeindespezifischen Missstand handelt oder nicht vielmehr kommunalpolitische Gründe – Vermeidung von unnötigen Umweltbelastungen für die Anrainer –, die Grundlage für die Norm sind. Weiters ist festzuhalten, dass die Umleitung des Verkehrs und die Verknappung der Parkplätze zwar einen Missstand bilden, dieser ist aber sicher kein unmittelbar zu erwartender oder bestehender (vgl. den Wortlaut von Art. 118 Abs. 6 B-VG), sondern ein

Wie man andere eine Grube graben lässt

Peter Pollak

erst durch die Aufgrabung selbst hervorgerufen. Insofern richtet sich also die Aufgrabungskundmachung nicht gegen einen konkreten Missstand im Sinne der Judikate VfSlgen. 11.726 und 11.753.

Neben diesen grundsätzlichen Gedanken gibt es aber noch andere rechtliche Aspekte, die einzelne Bestimmungen der Aufgrabungskundmachung anfechtbar erscheinen lassen. Laut Verfassungsgerichtshof⁶ dürfen ortspolizeiliche Verordnungen keine zivilrechtlichen Regelungen enthalten. Die Bestimmung über die Akontozahlung (§ 3 der Aufgrabungskundmachung) oder die Haftung für Schäden (§ 23 leg. cit.) könnten mit dieser Vorgabe in Widerspruch geraten, sodass es durchaus Sinn macht, über die Aufhebung dieser Verordnung ernsthaft nachzudenken.

Es erhebt sich in der Folge aber die Frage, ob sich daraus zwingend die Notwendigkeit nach einer landesgesetzlichen Regelung ergibt, da die „Nichtregelung“ lediglich zur Folge hat, dass die Gemeinde Wien als Eigentümerin ihres öffentlichen Gutes ihre zivilen Rechte ausübt. Anstelle einer Bewilligung ist ein Vertrag mit der Gemeinde Wien abzuschließen. Ein Unterlassen der Schaffung einer Landesnorm führt somit zum Ergebnis, dass die Klärung der Frage, wer und bejahendenfalls unter welchen Bedingungen in Wien auf Straßen der Gemeinde Wien ein Loch graben darf, vom öffentlich-rechtlichen Bereich in das Zivilrecht wechselt.

¹ Fundstelle: B 160–000 des Wiener Rechtsinformationssystemes

² Moritz, Bauordnung für Wien² (2001), 3

³ VfSlg. 6770/1972

⁴ siehe LGBl. für Wien Nr. 18/2002

⁵ Ponzer/Cech, Die Verfassung der Bundeshauptstadt Wien¹ (2000), 209

⁶ VfSlg. 9899/1983

Bei den vielen Aspekten, die Für oder Wider die eine oder andere Variante sprechen, drängt sich das Argument der Deregulierung in den Vordergrund. Gemeint ist eine Deregulierung als Normabbau, also Normreduktion⁷. Schließt man sich der rechtspolitischen Aussage an, dass mit steigender Quantität die Wirksamkeit des Rechts abnimmt⁸, ist die ersatzlose Beseitigung der Aufgrabungskundmachung ein Schritt in die richtige Richtung.

Diese rechtspolitische Feststellung ist durch einige Praxiserfahrungen zu ergänzen:

1) Eine in der Praxis nur mit Mühe zu besorgende Aufgabe ist die Durchführung eines UVP-Verfahrens und die Erlassung des abschließenden Bescheides. Jene JuristInnen, denen diese Verantwortung zukommt, sollen alle Tiefen der verschiedenen juristischen Fachbereiche kennen; vom Bau-recht zum Wasserrecht, vom Gewerberecht zum Naturschutzrecht. Diese Unbill tragen aber nicht nur die JuristInnen der öffentlichen Verwaltung, sondern auch die JuristInnen, die die Rechtsberatung zu ihrem Beruf gewählt haben. Vor allem Rechtsanwaltskanzleien, die sich nicht den Luxus von verschiedenen Spezialisten leisten können, geraten in erhebliche Probleme, da UVP-Verfahren in Wirklichkeit nur mehr von einem Team von verschiedenen FachjuristInnen fehlerfrei lösbar sind. Es kann diesen JuristInnen nur recht sein, wenn ein Teil eines UVP-Verfahrens wegfällt.

2) Das enge Korsett des AVG kann verlassen werden. Die Erteilung einer Genehmigung per Telefon wäre dann problemlos denkbar, da die Formfreiheit des Zivilrechtes genutzt werden könnte. Mit Großkunden (z. B. Straßenbahnbetreibern) könnten Rahmenverträge abgeschlossen werden. Der Übergang von formalisierten Verwaltungsverfahren zu zivilrechtlichen Vereinbarungen führt auch zu einer emotionalen Verschiebung, die dadurch eintritt, dass der Antragsteller zum Vertragspartner und somit die Partei zum Kunden wird. Ein Gedanke des New Public Managements könnte tatsächlich einmal konkret umgesetzt werden.

3) Der Schaffung jeder landesrechtlichen Norm hat die juristische Untersuchung voranzugehen, ob eine Gesetzgebungskompetenz des Landes besteht. Wie bereits dargestellt, ist das Land gemäß Art. 15 Abs. 1 B-VG zur Regelung aller öffentlichen Straßen mit Ausnahme der Bundesstraßen berufen. Wie von Walter-Mayer ausgeführt wird, soll „das Straßenrecht die Art und den Verlauf der Straßen, die Pflicht zum Bau und zur Erhaltung, die Haftungen und die Pflichten der Anrainer und anderen Personen in Bezug auf die Straßen festlegen“⁹. Selbst bei nur oberflächlicher Betrachtung müssen Zweifel hervorkommen, ob alle Regelungsinhalte der Aufgrabungskundmachung vom Art. 15 Abs. 1 B-VG umfasst sind. Die bereits genannten Bestimmungen über die Akontozahlung oder die Haftung für Schäden werden wohl Angelegenheiten des Zivilrechtes und nicht des Straßenrechtes sein. Es kann diesbezüglich auch nicht angenommen werden, dass es sich um eine Angelegenheit des Art. 15 Abs. 9 B-VG handelt. Ebenso erscheint § 12 der Aufgrabungskundmachung, der sich mit Funden befasst, eine Bundesangelegenheit zu sein, da das Fundwesen eine Art. 10 B-VG-Materie ist.

Jedenfalls sind derartige Erwägungen entbehrlich, wenn ein Landesgesetz gar nicht geschaffen wird.

4) Die Aufgrabungskundmachung enthält eine Vielzahl von Bestimmungen, die der Gefahrenabwehr dienen. Heutzutage ist in diesem Zusammenhang immer häufiger die Frage zu stellen, ob eine Haftung für mangelnde Gefahrenabwehr seitens der Verwaltung zu bejahen ist. Rebhahn¹⁰ hat sich mit diesem Problem eingehend auseinander gesetzt, sodass auf seine Ausführungen zu verweisen ist. Jedenfalls ist festzuhalten, dass Normen, die als notwendig erachtet werden – wie z. B. die Festlegung wie eine Baugrube zugeschüttet werden muss, wie das Füllmaterial zu verdichten ist, wie Minierungen zu hinterfüllen sind oder die vorläufige und endgültige Wiederherstellung der Straßendecke erfolgen soll – auch tatsächlich überprüft werden müssen bzw. eine Überprüfungspflicht auch tatsächlich wahrgenommen werden muss. Wie Rebhahn klar ausführt: „Gleichwohl wird die erfolgreiche Wahrnehmung der eingeräumten Befugnisse, und damit die tatsächliche Verhinderung der vielfältigen Gefahren immer häufiger auch als Pflicht der Staatsorgane angesehen, und zwar auch dort, wo der Gefährdete kein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden der Behörde hat. Und immer mehr Personen, deren Schaden die Behörden vielleicht hätte abwenden können, neigen dazu, vom Staat Schadenersatz wegen Verletzung einer ‚Pflicht zur Gefahrenabwehr‘ zu verlangen. Die Neigung dazu steigt, weil ganz allgemein heute stets ein anderer, und mit Vorliebe die Gesellschaft und der Staat verantwortlich gemacht werden.“¹¹ Dieser Neigung kann sich der Normerzeuger nur entziehen, wenn er die Notwendigkeiten seiner Normen kritisch überprüft und sich bewusst wird, dass jede Norm auch Verantwortung erzeugt. Dieser Punkt ist kein Herbeireden eines Problems, vielmehr hat „die Amtshaftung, auch jene zur fehlerhaften Staatsaufsicht, in den letzten 15 Jahren stark an Bedeutung zugenommen“¹².

Will man diesen Praxisproblemen entgegen und sieht man die Deregulierung im Sinne des Untertitels des Werkes¹³ „Deregulierung“ von Kleiser-Lengheimer als Herausforderung einer verständlichen und überschaubaren Rechtsordnung an, führt dies zum Ergebnis, die dargestellte ortspolizeiliche Verordnung ersatzlos aufzuheben.

Es ist aber weiter zu prüfen, ob der Lebenssachverhalt nicht noch von einer anderen öffentlich-rechtlichen Norm erfasst wird. Tatsächlich findet sich im Bereich des Finanzrechtes das Gebrauchsabgabengesetz 1966, welches in seinem Abschnitt I den Gebrauch von öffentlichem Gemeindegrund einschließlich seines Untergrundes regelt, wenn der Gebrauch über die widmungsmäßigen Zwecke hinausgehen soll. Wie von Pauer/Wurz¹⁴ dargestellt wird, transponiert das Wiener Gebrauchsabgabengesetz 1966 als öffentlich-rechtliche Sondervorschrift die Regelung bestimmter Sondernutzungen an Teilen des öffentlichen Gutes (öffentlicher Gemeindegrund, der als Verkehrsfläche dem öffentlichen Verkehr dient einschließlich seines Untergrundes) in das öffentliche Recht. Wenn ein Tatbestand im Tarif erfasst ist, gilt er ex lege als Sondernutzung, sodass eine Gebrauchserlaubnis zu erwirken ist.

7 Korinek, Staatsrechtliche Ansätze für eine Deregulierung im Wirtschaftsrecht, JBl 1991, 409
 8 Tomandl, Rechtsstaat Österreich (1997), 242
 9 Walter-Mayer, Grundriß des besonderen Verwaltungsrechtes² (1987), 534

10 Rebhahn, Staatshaftung (1997)
 11 Rebhahn, Staatshaftung (1997), 7
 12 so Rebhahn in Holoubek/Lang, Organhaftung und Staatshaftung in Steuersachen (2002), 291

13 Kleiser-Lengheimer, Deregulierung, NÖ Schriften, Nr. 138
 14 Pauer/Wurz, Wiener Abgabenrecht¹ (2000), 69 f.

Wenn ein Sachverhalt unter keinen im Tarif geregelten Tatbestand fällt, aber dennoch eine Sondernutzung darstellt, ist eine privatrechtliche Sondergebrauchserlaubnis zu begründen.

Auf den ersten Blick erscheint die Zuordnung für die Praxis einfach zu sein. Tatsächlich führte aber die Frage der Entfernung von Alttextil-Sammelbehältern durch den Magistrat der Stadt Wien zu einem Kompetenzkonflikt zwischen dem Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien und dem Unabhängigen Verwaltungssenat Wien, der vom Verfassungsgerichtshof¹⁵ gelöst werden musste. Dieser führte aus: „Aus § 290 ABGB ergibt sich, daß die über den Gemeingebrauch hinausgehenden Nutzungsrechte an einem öffentlichen Gut allgemein als dem Privatrecht zugehörig anzusehen sind (vgl. VfSlg. 3183/1957, 3262/1957, 5395/1966), es sei denn, daß infolge gesetzlicher Regelung ein solches Nutzungsrecht in den Bereich des öffentlichen Rechts verlagert wird. Ob eine ‚Hineinhebung‘ in das öffentliche Recht stattgefunden hat und welcher Art sie ist, kann nicht ein für alle Mal, somit nicht durch allgemeine Spekulationen aus einer dem öffentlichen Gut zugeschriebenen doppelten rechtlichen Eigenschaft, sondern immer nur anhand der im Einzelfalle in Betracht kommenden Vorschrift, oder, falls an sich mehrere Vorschriften zur Verfügung gestanden wären, nach der im konkreten Falle angewendeten Vorschrift beurteilt und festgestellt werden“. Im Ergebnis stellt der Verfassungsgerichtshof fest, dass die Aufstellung der Alttextil-Sammelbehälter auf öffentlichem, als Verkehrsfläche dem öffentlichen Verkehr dienenden Gemeindegrund im Sinne des § 1 Abs. 1 des Wiener Gebrauchsabgabegesetzes 1966 eine über den Gemeingebrauch in qualitativer Hinsicht hinausgehende Sondernutzung am öffentlichen Gut darstellt und sohin ein Rechtsverhältnis vorliegt, das durch das Wiener Gebrauchsabgabegesetz in das öffentliche Recht übertragen und durch Akte der Hoheitsverwaltung (etwa gemäß §§ 5 und 6 Wiener Gebrauchsabgabegesetz) gestaltet wird. Welcher Tarif des Wiener Gebrauchsabgabegesetzes anzuwenden ist, wird vom Verfassungsgerichtshof nicht ausgeführt, es werden jedoch bei der Aufzählung der maßgeblichen Bestimmungen zwei Tarifposten genannt. Es kann hieraus der Schluss gezogen werden, dass der Verfassungsgerichtshof einen der beiden Tarife für anwendbar hält und aus diesem Grund das Wiener Gebrauchsabgabegesetz anzuwenden ist. Seitens des Verfassungsgerichtshofes wird nicht explizit zum Ausdruck gebracht, dass durch die gesetzlichen Regelungen des Wiener Gebrauchsabgabegesetzes die Nutzung des öffentlichen Gutes – wenn der Gebrauch über den widmungsmäßigen Zweck hinausgeht – zur Gänze, d. h. auch dann, wenn kein Tarif anwendbar ist, in das öffentliche Recht verlagert wurde. Würde dies der Fall sein, bliebe für eine privatrechtliche Sondergebrauchserlaubnis nämlich kein Platz. Das Loch in der Straße wäre dann in weiterer Folge plötzlich ein Fall auf den das Wiener Gebrauchsabgabegesetz jedenfalls anzuwenden ist. Ungeachtet dieser Überlegungen zeigt das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, dass dieser den Wortlaut hinsichtlich der Tarife des Wiener Gebrauchsabgabegesetzes durchaus weit auslegt. Für den Praktiker entsteht das Problem, dass immer wieder Lebenssachverhalte entstehen

(oder erdacht werden), welche die Frage aufwerfen, ob eine Nutzung vorliegt, welche vom Gebrauchsabgaberecht erfasst wird und somit in einem öffentlich-rechtlichen Verfahren mit Bescheid zu erledigen ist, oder der Lebenssachverhalt einer privatrechtlichen Sondergebrauchsvereinbarung zugänglich ist. Andere Probleme werden von Kind¹⁶ dargestellt, werden jedoch nicht näher ausgeführt, um den Rahmen der Ausführung nicht zu sprengen.

Diese Probleme sind vermeidbar, wenn der Gesetzgeber mutig den Ausflug in das öffentliche Recht beendet. Bis zum In-Kraft-Treten des Gebrauchsgebührengesetzes vom 12. Dezember 1947, LGBl. für Wien Nr. 14/1948, war für die über den Gemeingebrauch hinausgehende Benützung der im Eigentum der Stadt Wien stehenden Verkehrsflächen ein Vertrag erforderlich, der nach Zivilrecht zu beurteilen war. Vom Gesichtspunkt der damaligen Rechtslage aus gesehen, lag es entsprechend der in bürgerlichen Rechtssachen für den Abschluss von Verträgen geltenden Willensfreiheit in der Verantwortung der Stadtverwaltung, einen Vertrag über den Gebrauch von Verkehrs- und Erholungsflächen abzuschließen oder zu verweigern. Eine vertragliche Zustimmung zum Gebrauch wurde insbesondere dann nicht in Erwägung gezogen, wenn durch die in Aussicht genommene Benützung öffentliche Rücksichten oder Interessen der Stadt Wien gefährdet erschienen, war dies nicht der Fall, wurde im Allgemeinen die Zustimmung zum erbetenen Gebrauch erteilt. In diesem Fall wurde jedoch seitens der Stadt Wien ein Entgelt (Platzzins) ausbedungen, das ebenfalls nur nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen war¹⁷.

Um vorweg einschlägigen Kritiken, die unter dem Titel „Flucht ins Zivilrecht“ vorgebracht werden könnten, vorzubeugen, sei nur kurz bemerkt:

Die öffentliche Hand unterliegt – abgesehen von internen Kontrollinstanzen und außenstehenden Prüfeinrichtungen (im Anlass z. B. Kontrollamt, Rechnungshof, Volksanwaltschaft etc.) – in ihrer privatwirtschaftlichen Gestion ebenso dem Gleichbehandlungsgebot, wie dies bei öffentlich-rechtlichen Grundlagen der Fall wäre.

Die Sorge, dass zivilrechtliche Flexibilität mit Willkür gleichzusetzen wäre, gehört längst der Vergangenheit an. Auch die Rechtsprechung der Zivilgerichte kennt seit Jahren das Diskriminierungsverbot, der EuGH hat dieses Bewusstsein auch in der Privatwirtschaftsverwaltung der öffentlichen Hand zusätzlich geschärft. Der OGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass „die Grundrechte für die öffentliche Hand auch dann verpflichtend wirken, wenn diese in Formen des Privatrechtes tätig wird“ (Fiskalgeltung der Grundrechte)¹⁸.

Abschließend sei hiezu noch angemerkt, dass es durchaus möglich ist, dass durch die Vereinbarung eines Entgeltes höhere Einnahmen aus der Sicht der Gemeinde erzielt werden, indem beispielsweise Nutzungsrechte jährlich versteigert werden. In Zeiten knapper Geldmittel für die Gemeinden ein Aspekt, der nicht übersehen werden sollte.

Dr. Peter Pollak ist Leiter des Verfassungsdienstes der Stadt Wien.

¹⁵ VfGH vom 3.3.2001, Kl – 2/99

¹⁶ Kind, Rechtsanspruch auf Schanigärten, ÖGZ 9/2001, 9 ff.

¹⁷ Pauer/Wurcz, Wiener Abgabenrecht¹ (2000), 66

¹⁸ OGH 18.12.1992, Zl. 6 Ob 563/92, zitiert nach: Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹ (2000), RZ 567

Introduction

On June 21, 2002, the German chamber of federal states ("Länder"), the *Bundesrat*, approved of a bill which had prior to that passed the national parliament ("*Bundestag*").¹ The bill which introduces a number of substantial changes to the German law governing Stock corporations², had to a large degree been prepared under the auspices of two specially formed governmental commissions concerned with a reform of German corporate governance. The governmental commission 'Corporate Governance Code', convened in September 2001 by Federal Minister of Justice, Mrs Herta Däubler-Gmelin, and chaired by Mr Gerhard Cromme, Spokesman of the supervisory's board of German steel manufacturer ThyssenKrupp,³ presented its work on 26 February 2002 to the Ministry of Justice, and the occasion was seized by both the Minister as well as the Commission's Chairman to express enthusiasm for the commission's work and its value to improve German corporate governance, in particular with regard to attracting foreign investors.⁴

The relatively little mention that was made in the press of the bill's passage from the commission's proposal onto the parliamentarians' desks⁵ can hardly illuminate the significant characteristics of the connected law making processes. This paper sets out to trace these developments and to place them into the wider context of law making reform. In this respect, reform does not only concern company law but, more generally, involves national, European and international attempts to improve law making procedures by allowing for a wider inclusion of private actors in norm setting procedures.⁶ What is involved from the point of view of democratic theory, is the since-long growing tension between a functionally reduced, rubber-stamping parliament on the one hand and a fast moving, hardly controllable administration which is in close contact and interaction with private actors, on the other. At the same time,

the currently widespread attempts at improving respective national laws on corporate governance and firm organization⁷ must be seen against the background of an allegedly overwhelming pressure of international convergence towards a set of corporate governance principles, most notably established in the US and the UK.⁸ At the forefront of attention we commonly find the particular two tier system in German corporate governance of supervisory and director board,⁹ the role of banks and the underdeveloped capital market in comparison, for example, with the US.¹⁰

The Privatization of Corporate Law?

Corporate Governance Codes and Commercial Self-Regulation Peer Zumbansen*



Law Making By Private Groups?

"Ein reizvoller Gedanke oder eine Katastrophe?"¹¹

"Bei der Frage nach dem ‚wer‘ besteht Einigkeit: jedenfalls nicht der Gesetzgeber."¹²

"I don't believe in Congress making accounting rules."¹³

The German governmental commission 'corporate governance code', which took up its work in 2001, followed suit to a first commission which had been convened the previous year with the task of outlining a list of amendments to the governing German stock corporation law and of preparing what would later form the core of the recently adopted *Transparency and Disclosure Act*.¹⁴ This was deemed necessary

* Thanks to Andreas Maurer, Sung-Kee Kim, Alexander Somek and Rajan Subberwal for helpful comments. Remaining errors are mine alone.
 1 See, for the legislative history, <http://dip.bundestag.de/extrakt/14/019/14019892.htm> (last visited 18 July 2002).
 2 See, Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität (Transparenz- und Publizitätsgesetz – abbr. TraPuG) [*Transparency and Disclosure Act*], adopted by the German Bundestag on May 17, 2002. The draft bill had been presented on November 26, 2001, the Government had agreed on the bill on February 6, 2002, See <http://content.bfinance.de/BFinance/de/BFContent.nsf/TopicDocuments2/A477?OpenDocument> (26 June 2002); see also the documentation in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)*, 2002, pp. 78–81.
 3 See the relevant information on the Commission at: <http://www.corporate-governance-code.de/index-e.html> (last visited 23 July 2002).
 4 See press release at: <http://www.corporate-governance-code.de/eng/news/presse-20020226.html> (last visited 23 July 2002).
 5 See "Aufsichtsräte bekommen mehr Macht über die Vorstände", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, No. 142 (2002), 22 June, p. 12.

6 See, e. g., for the current endeavours on the European level, Armstrong, in: *Mountain or Molehill?*, 99 f.: "The normative case for a more autonomous transnational civil society [...] lies in the inclusion of a new constituency of voices, interests and expertise within elite transnational governance."; Armstrong, *Rediscovering Civil Society*, 105, qualifies the reaching out to civil society to be more than just a cure of an unsatisfactory supranational parliamentary system, but as reflecting the EU's development of 'new forms of governance'; cf. the other contributions in 8 *ELJ* No. 1 (March 2002); with particular emphasis on administrative law, see also Harlow, *European Administrative Law*, 216 ff., placing the analysis of contemporary admin. law against the background of 'a global context' and a definite tilt from the interventionist to the regulatory state.
 7 See, hereto, the contributions in Feddersen/Hommel-hoff/Schneider (Hrsg.), *Corporate Governance*; Hopt/Wymeersch (eds.), *Comparative Corporate Governance*; Baums, *Bericht der Regierungskommission, Introduction*; see, for a list of worrying items in German corporate governance, e.g., Lutter, *Kontrolle der gesellschaftsrechtlichen Organe*, 85.

8 See, Hansmann/Kraakman, *End of History*; critically Branson, *Uncertain Prospect*; Jacoby, *Corporate Governance in Comparative Perspective*; see, for an instructive comparison, Kaplan, *Corporate Governance und Unternehmenserfolg*, 301 ff.; Vitols, *Varieties of Corporate Governance*, 337 ff.
 9 See, e. g., Hopt, *Corporate Governance und deutsche Universalbanken*, 3, underlining the far reaching nexus with the disputed system of co-determination; see also Hopt, *Two Tier Board*, 10, 17 f.; Mülbart, *Bank Equity Holdings*, 362, 364 ff., discussing the claim that the supervisory board had traditionally been weakened in order to refrain employees' influence within the firm.
 10 See, e. g., Hopt, *Corporate Governance und deutsche Universalbanken*, 246, rejecting the commonly made claim of strongest, intimate ties between German firms and their "Hausbanken"; see also Baums, *Corporate Governance in Germany*, 31 ff.; Mülbart, *Bank Equity Holdings*, 447 ff.
 11 Havermann, *Private Regelungszug, 700*. (*An intriguing idea or a catastrophe?*)
 12 Lutter, *Kontrolle der gesellschaftsrechtlichen Organe*, 85.
 13 Buffett, *Corporate Ethics*, 7.
 14 *Supra* note 2.

against the background of widespread critique of German companies' systems of corporate governance and a number of corporate insolvencies after serious misinformations of the companies' supervisory boards by the board of directors. The critique focused on the law's alleged insufficiencies with regard to investor shareholder interest protection, which was said to be among the main reasons for German firm's difficulties to attract equity on foreign capital markets. This first commission, which had been chaired by Law Professor Theodor Baums, delivered its comprehensive report on July 10, 2001,¹⁵ in which it took issue with a series of questions which have been on the mind of many of today's academics and politicians in the field of company law.¹⁶ According to the government's assignment, the commission was asked to draw conclusions from the specific shortcomings of German stock corporation law with regard to management control by shareholders, as had already become strikingly obvious in the much disputed Holz Müller decision of the German Federal Court of Justice.¹⁷ Another venue for the commission was to sketch the necessary path to reform in light of internationalized and globalized capital markets and ensuing repercussions on national systems of corporate governance, the informational politics between the board of directors and the supervisory board as well as the introduction of modern IT means within corporate governance.¹⁸

The work of both commissions, that of 2000/01, chaired by Mr Baums, and that of 2001/02, chaired by Mr Cromme, is of interest not only because it outlines significant reform perspectives and proposals leading to concrete legislative proposals.¹⁹ Moreover, the commissions' activities mark significant examples of integrating scientific expertise into law making proce-

dures.²⁰ It comes as no surprise, that this has spurred applause as well as critique.²¹ While some have expressed their support of this form of installing a forum in order to solicit dispersed and urgently needed information, feeding into concrete law making proposals for the Federal legislature,²² others have pointed to various drawbacks of this particular form of law making.²³ One of the main critiques concerns the alleged 'exclusion' of the parliament from the actual process of conceptualizing and preparing of the legislative proposal.²⁴ In this respect, it has been alleged that the soliciting of experts into the open parliamentary arena would make the law's genesis more transparent and, ultimately, render it more legitimate.²⁵ Another critical issue concerns the fundamental question whether or not a private body of experts is or should in fact be entitled and authorized to draw up binding law.²⁶

As to the first strand of critique, it can easily be maintained that different forms of soliciting information by experts in order to prepare (legislative) processes of law making are not at all anything new or unheard of.²⁷ Quite to the contrary, the inclusion of private expertise into law making processes is not only common practice but, arguably, unavoidable in view of an ever proliferating and further dispersing body of societal, private knowledge²⁸ of which the state has always been dependent. This holds true even if this state is no longer neither the 19th Century interventionist state reserving the right to govern and shape the market nor the 20th Century, modern Welfare State as broker and mediator of societal conflicts and interests through different patterns of juridification.²⁹ The post-modern, 'supervisory' state, as contemporary public governance is sometimes coined in political science³⁰, can fulfil its function only to the degree that

15 See Baums, Interview: Reforming German Corporate Governance; see the report at: Baums, Bericht der Regierungskommission.

16 Commentators have observed the commission's work as having laid no less than the foundation to an encompassing modernization of German company law, See: <http://content.bfinance.de/bfinance/de/BFContent.nsf/TopicDocuments2/A471?OpenDocument> (26 June 2002).

17 See BGHZ 83, p. 123 (Decision of February 25, 1982), also published in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1982, p. 1702; see, hereto Rosengarten, in: *Liber Amicorum Buxbaum*, 445; see also Spindler, *Deregulierung des Aktienrechts?*, 56, placing the judgement in the context of significant case law related to redrawing competence and control lines within the corporation.

18 See Baums, Bericht der Regierungskommission, sub A, quoting a letter from Chancellor Gerhard Schröder to the Commission's Chairman, pointing out that it is in the government's interest to explore possible improvements of German stock corporation law with regard to the competitiveness of German firms and to the increased integration of information technology within the firm's governance structures; hereto, see already Noack, *Neuerungen im Recht der Hauptversammlung*, 620 ff.

19 See, *supra* note 2.

20 For a discussion of the procedure and quality of this know-how integration, see Baums, *Interview: Reforming German Corporate Governance*.

21 See, e. g., Noack, *Neuerungen im Recht der Hauptversammlung*, 620, calling the Code drafted by the Cromme-Commission, 'a peculiar set of rules' ("ein Regelwerk von eigenartiger Gestalt"); Peltzer, *Handlungsbedarf in Sachen Corporate Governance*, 593, highlights the fact that the Code

has been drafted without a legislative authorization nor democratic legitimization; see, even more polemically, P. Kirchhof, *Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?*

22 See, e. g., Baums, Interview: Reforming German Corporate Governance.

23 See, e. g., Wolf, *Corporate Governance*, 59, 60; in the same vein P. Kirchhof, *Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?*, 1332, 1333, critically observing a 'deparlamentarization' (*Entparlamentarisierung*) both with regard to the EU's (i. e. the Council's) appropriation of law making sectors formerly reserved by the Member States and the executive's practice on the national level of seeking consensus with market players before pushing this consensus through the parliament; see already *idem.*, ZGR 2000, 609; for a thorough discussion of private law making, see F. Kirchhof, *Private Rechtsetzung*; in the U.S. American context, the canonical text is Jaffe, *Law Making by Private Groups*, 1 ff.; see now Freeman, *Symposium: The Contracting State; idem.*, *The Private Role in Public Government*.

24 See, Wolf, *Corporate Governance*, P. Kirchhof, *Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?*, *supra* note 23.

25 *Id.*

26 *Id.*

27 See, e. g., the examples given by Schmidt-Preuß, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, and also the reflections by Di Fabio, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*; cf. Ladeur, *Regulierung von Selbstregulierung*, 63: "Der Staatsapparat büßt seine Rolle in der Mediation und Aggregation des allgemeinen Handlungswissens und eines allge-

meinen Regelbestandes ein und wird selbst zum Manager fragmentierter begrenzter Interventionen auf der Grundlage spezialisierter Wissens."

28 See, again, Ladeur, *Negative Freiheitsrechte*, esp. 13, 19–20; Ladeur, *Theory of Autopoiesis*, 31–33; Ladeur, *Regulierung von Selbstregulierung*, 63, arguing that 'specialized bodies of knowledge' (*spezialisierte Wissensbestände*) can only with great difficulty be traced back to commonly shared expectations and shared knowledge; see, Hommelhoff/Schwab, *Staats-ersetzende Privatgremien*, 694, suggesting that, e. g. in the allegedly fast-evolving field of accounting standards but also in many other areas of corporate or commercial law policy, neither the parliament nor the executive were capable to provide for the necessary expert knowledge, see also, *id.* at 700; in the same vein: Havermann, *Private Reglementierung*, 698, with regard to innovative forms of product design and distribution as well as new financial instruments.

29 See, the overview and reflection by Calliess, *Prozedurales Recht*, 55 ff.; Teubner, *Juridification*, 4: "[...] juridification describes a reality which is not merely a problem of jurists, nor a national phenomenon. *Verrechtlichung* does not only spring from the well-known Teutonic tendency towards overregulation, so the discussion of the problem is not confined to German jurisprudence. Although national divergences exist [...], the phenomenon is universal, and the debate international and interdisciplinary."

30 See, e. g., Willke, *Supervision des Staates*; Bogdandy, *Sittlicher Interventions- oder vermittelnder Supervisionsstaat?*; cf. Zumbansen, *Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat*, 43 ff.; 286–294; see also Calliess, *Prozedurales Recht*, 55–60, for a discussion of different connotations of contemporary 'statehood' (*Staatlichkeit*).

both its information-intake procedures and regulatory instruments are suited to a fast evolving, heterarchical societal production of norms and knowledge.³¹ The emerging and changing forms of ‚informal‘ and ‚procedural‘ political conflict resolution and public-private governance reshape the face not only of today’s nation states³² but, clearly, also that of international politics.³³

Parliament’s Prerogative

Yet, there is some discussion as to whether the soliciting of expert opinions from a group of experts engaging in serious research and analysis in order to undertake a requested analysis differs fundamentally from what has since long been practiced in contemporary parliamentary life: the invitation of experts to parliamentary hearings and interrogations.³⁴ This does indeed lead to a whole array of questions pertaining to the issue of inducing expert knowledge into both parliamentary and bureaucratic law and decision making processes.³⁵ Yet, in idealizing rational debate and open deliberation on the parliamentary floor³⁶, one runs the danger of overburdening parliamentary democracy, which has always been characterized by the structured chaos of public debate, the biasedness of prepared and party-line guided speeches as well as by the cleavage between a handful of experts on the one hand and a majority of laymen with regard to specific topics on the other.³⁷ Only where such exclusive emphasis is laid upon parliament-based forms of law making, can the fact that government commissions work ‚outside‘ the parliament easily provide the negative image of ‚behind closed doors‘ politics.³⁸ While this does not have to mean to pick up an older and, yet, enlightened – even if singularly ill-natured *Schmittian* – critique of parliamentary democracy, in which the correct observation pertained to the ineffectiveness of the parliamentary body to engage in

productive deliberation – thereby not being able to confront the ‚arcanic‘ practice of lobbying, haggling and consensus-seeking which took place behind executive doors³⁹ – the skepticism towards commissions is justified where it points to the parliament’s exclusion from its own soliciting and hearing of experts. Indeed, there is a difference between convening a commission of experts and later presenting their findings to the parliamentary assembly and the invitation and open hearing before the congress assembly.⁴⁰

The task at this point then is to merge the perspectives. The rightist critique of parliamentarism in the name of a virtual, even utopian world of unimpaired and rational parliamentary discussions à la Schmitt,⁴¹ did a lot of damage to the conceptualizing of parliamentary rule as such, but also helped to see parliamentary rule in its separation-of-powers context. In particular, this critique and its further elaborations, also from the political left⁴², can productively be taken as an occasion to take a closer look at contemporary administrative law making processes, where a substantial sharing of law making power with private actors is – rightly and readily being seen as normal.⁴³

Private Ordering v. Public Ordering

The second critique mounted against ‚private‘ law making bodies such as the two recent government commissions on corporate governance is harder to refute. The core issue appears to be whether or not privately enacted norms may be given binding effect vis-à-vis third parties to the norm generation. While an intuitive answer would suggest a clear „no“, the matter at stake here does indeed escape such a straightforward assessment. While it is a common place in private law that contractual obligations concern foremost and only the contracting parties⁴⁴, we have been witnessing a decisive

31 See, e.g., Ladeur, *Regulierung von Selbstregulierung, passim*; with regard to supranational law making: Scott/Trubek, *Mind the Gap*, 3.

32 See, Hommelhoff/Schwab, *Staats-ersetzende Privatgremien*, 698: „Die Einbindung privater Gremien scheint gegenwärtig nicht mehr nur punktuell-vereinzelt, sondern generell zum Mittel moderner Rechtssetzungstechnik heranzuwachsen.“

33 See, e. g., Zürn, *Sovereignty in a Denationalised World*, 39 ff.; Knill/Lehmkuhl, *Private Actors and the State*, 41 ff. See, also the EU Commission’s communication of 13 June 2000, regarding standard setting in the field of corporate accounting, where the Commission explicitly plans to nominate „highly qualified experts“ for a comparative review of IAS (international accounting standards) and the EU’s own directives on accounting, http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/company/account/news/com359en.pdf, at p. 8 No. 22 (19 July 2002).

34 P. Kirchhof, *Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?*, 1332 f. strongly contrasts expert commissions and pre-legislative bargaining between the government and market players and expert hearings before the parliamentary assembly.

35 This is certainly not a mere national issue: see, for example, for the case of the EU, Vos, *EU Committees*, 40–1, discussing the participation of ‚civil society‘; see also Shapiro, *Administrative Law Unbound*, 369 ff., discussing administrative law’s contribution to global cooperation and networks; see also Armstrong, in: *Mountain or Molehill?*, with particular reference to the EU’s experientia-

tion with ‚new forms of governance‘ in connection with the Commission’s „White Paper on Governance“.

36 P. Kirchhof, *Gesetzgebung und private Regelung*, 681: „Das parlamentarische Verfahren der öffentlichen Diskussion verbürgt das staatlich erreichbare Maß an Vernünftigkeit und Gemeinwohlverbindlichkeit des Gesetzesinhalts.“

37 See, Peltzer, *Corporate Governance Codices*, 12 f., for an instructive analogy to the impossibility of rational deliberations within a supervisory board of 20 members, providing the ground for the insertion of new members by other ways of decision making.

38 see P. Kirchhof, *Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?*, 1333, speaking of ‚secretive governmental conversations‘ (*verschwiegene Regierungsgespräche*); this notion is picked up by Hommelhoff/Schwab, *Staats-ersetzende Privatgremien*, at 707.

39 See the *locus classicus*, Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1926), 7. Aufl., Berlin 1993.

40 See, P. Kirchhof, *Gesetzgebung und private Regelung*, 689: „Das Parlament ist sachverständig kraft Wahl, spezialisiert sich in den jeweiligen Ausschüssen, bedient sich im übrigen in Anhörungen des in Staat und Gesellschaft verfügbaren Sachverständs. [...] Das Demokratieprinzip baut darauf, dass der Sachverständige seinen Sachverstand weitergeben kann, das Parlament für sachverständigen Rat zugänglich ist.“

41 We may also mention one of Carl Schmitt’s most influential disciples, Ernst Forsthoff: see, for

more details, Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*; Staff, *Die Wahrung staatlicher Ordnung*. See also Ossenbühl, *Not des Gesetzgebers*, 7–9, with explicit references to Forsthoff’s diagnosis of the pressure resulting from technological progress on parliamentary law making.

42 See, hereto, Neumann, *Verfassungstheorien politischer Antipoden*.

43 Aman, *Administrative Law for a New Century*, 90 ff.; Schmidt-Preuß, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*; see also Günther, *Wandel der Staatsaufgaben*, 51 ff.; Freeman, *Private Role in Public Governance*, 592 f.; Shapiro, *Administrative Law Unbound*, 369: „Today, elected and nonelected government officers, nongovernmental organizations, political parties, interest groups, policy entrepreneurs, ‚epistemic communities‘, and ‚networks‘ are all relevant actors in the decision-making processes that produce government action.“

44 See, e. g., Collins, *Regulating Contracts*, 23; Bäuerle, *Vertragsfreiheit und Grundgesetz*, 65, describing the different ordering function of private (contract) law and public (administrative) law; see also Hunt, *Constitutionalism and Contractualisation*, 38, recognizing both the need and the emergence of a ‚modern conception of constitutionalism‘, which reaches beyond a strictly parliamentarian vision of law making; see also Peltzer, *Corporate Governance Codices*, 11. For a greater picture, see now Walker, *Constitutional Pluralism*.

evolutionary development in the public (constitutional) governance of private contract law to recognize the social role played by private transactions.⁴⁵ Indeed, it is not unknown to private law litigation, that contracts between two (or more) parties often unfold effects upon third parties to the contractual agreement.⁴⁶

This connection between contractual 'private ordering' and the norm setting by commissions might, however, be misleading. First of all, it is not entirely clear, whether or not the commissions are in fact 'private' by nature. This can be doubted at least in those cases where government officials are participating in the commission's work, such as was the case in the first commission of 2000–01.⁴⁷ While the second commission, whose task it was to draw up a Code of Best Practice, a.k.a. *Corporate Governance Code*⁴⁸, was made up only of private actors, i. e. representatives of large firms or academic institutions, the commission's personnel might also not entirely provide the answer to the question as to whether any of these commissions is furnished with the proper competence to enact binding law. More important, then, is the nature of the commission's empanelling. Where the commission is convened upon the initiative and request by the government, there is indeed considerable reason to qualify it to be more 'public' in nature than if it were upon the initiative of a commercial actor, such as a bank or another private interest group.⁴⁹

When do Corporate Governance Codes become Law?

The question at this point must be: did these commissions, after all, enact binding law? It is true that the right to initiate legislative proposals lies with the government and with the *Bundestag* and the *Bundesrat*.⁵⁰ This is also the starting observation of those critics that characterize pre-legislative consensus seeking between government and societal interest groups or the work of the mentioned government commis-

sions as examples of an on-going and proliferating 'deparliamentarization'.⁵¹ Yet, in view of the work actually presented by the commissions, in July of 2001 and, then, in February 2002, it can be well disputed if any binding law had in fact been adopted by these commissions. The proposals of the first commission were much more than just an encompassing survey of current company law, drawn up against the background of increasing pressure to react to international capital markets' demands.⁵² While very concrete proposals for changes to be enacted through normal legislative procedures were included in the (first) commission's report⁵³, the commission itself did *not* formulate norms.⁵⁴ The line here between the commission's report and the recommendations made in it and what the parliament later adopted in form of the *Transparency and Disclosure Act*⁵⁵, amending the Stock corporation law⁵⁶, albeit thin, must be kept in mind.

It might be different again with the Code presented by the second German Corporate Governance Code commission, a task which was foreseen and, to a substantial degree, already prepared by the work of the Baums commission.⁵⁷ The Cromme commission drew up a corporate governance code, the dispositions of which clearly and admittedly build upon the coming into being of the *Transparency and Disclosure Act*. While the code is to remain voluntary in nature, its compliance is to be made a matter of – obligatory – public declaration by the management, according to newly enacted provisions in German stock corporation law.⁵⁸ This then marks a significant difference to other private, but also international codes drawn up either by banks and other commercial interest groups or, as in the case of the OECD, by expert representatives from selected states and from the European Commission.⁵⁹ What we can observe here, in fact, is that the procedural setting discussed under the first critique is closely linked to the question whether or not the commissions set binding law. It is true, when looking at the members of the re-

⁴⁵ See, hereto, Hunt, Constitutionalism and Contractualisation; Collins, Regulating Contracts, 46 ff.; Bäuerle, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, 121, 123 ff.; Hart, Einleitung vor §§ 116 ff.; Hart, Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts, 66 ff.; see now Hestermeyer, Report on the BGH's Jurisprudence in Private Law, forthcoming in: ANNUAL OF GERMAN & EUROPEAN LAW (Miller/Zumbansen eds.), Berghahn Books, Spring 2003, Section C II.

⁴⁶ See, e. g., the jurisprudence of the *Bundesgerichtshof* (BGH – Federal Court of Justice) concerning third party effects of expert testimony contracts: BGH, JZ 2000, p. 725; earlier BGH, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1979, p. 1595; BGH, in NJW 1982, p. 2431, and BGH, in NJW 1984, p. 355; BGHZ 127, 378; BGHZ 138, 157; See also BGHZ 133, 168; for a discussion of this jurisprudence, see *Markesinis/Unberath, German Law of Torts*, pp. 265–288; cf. Canaris, ZHR 163 (1999), 206; Gounalakis, NJW 1998, 3593; Zumbansen, Drittschützende Wirkung eines Anwaltvertrages, 442 ff.; see already Kessler, Die soziale Funktion des Vertrages zugunsten Dritter, 81 ff.

⁴⁷ See, Report of the (First) Government Commission Corporate Governance, chaired by Professor Theodor Baums, section B, available at: http://www.ovs.de/corporate_governance.htm#bericht.

⁴⁸ See, Wolf, Corporate Governance, p. 59 note 3; see the list of members of the (Second) Government Commission Corporate Governance, chaired by Dr. Gerhard Cromme, available at: <http://www.corporate-governance-code.de/eng/>

http://www.corporate-governance-code.de/eng/download/CorGov_Endfassung_E.pdf (27 June 2002).

⁴⁹ Latter examples include the code commissions for the Deutsche Bank, the 'Berliner Initiativkreis' and the 'Frankfurt Commission', all mentioned in Peltzer, Corporate Governance Codices, at 11.

⁵⁰ See, Art. 76 para. 2 *Grundgesetz* (German Basic Law), available at: http://www.uni-wuerzburg.de/law/gm00000_.html (27 June 2002).

⁵¹ See, Wolf, Corporate Governance, and P. Kirchhof, Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?, *supra* note 23; P. Kirchhof, Gesetzgebung und private Regelsetzung, 690.

⁵² See, Peltzer, Handlungsbedarf in Sachen Corporate Governance, 593; Seibert, TraPuG, 608.

⁵³ See, in particular, Chapters 2 and 3 of the Report's English language Summary, available at: http://www.ovs.de/ovs_homepage/pdf/zusammenfassung_english.pdf (27 June 2002).

⁵⁴ For Schulze-Osterloh, Gesellschaftsrecht und Globalisierung, 1436, it goes without saying that these norms are not 'law', which leads him to find the term 'soft law' as used by Marcus Lutter (in: ZGR 2001, 225) *misleading*.

⁵⁵ *Supra* notes 2 and 3.

⁵⁶ See, *supra* note 2.

⁵⁷ This is acknowledged by both the Federal Justice Minister, Mrs Däubler-Gmelin, and the commission's Chairman, Mr Gerhard Cromme in their statement before the press on the occasion of the the publication of the commission's report:

See <http://www.corporate-governance-code.de/eng/news/presse-20020226.html> (27 June 2002).

⁵⁸ See, Section 16 of the Act, inserting a new § 161 into the Stock Corporation Act (AktG). Accordingly, the Supervisory Board and the Board of Directors are obliged to issue, once a year, a declaration explaining whether or not they follow the guidelines of the Commission's recommendations.

⁵⁹ See the OECD Principles of Corporate Governance (1999), available at: <http://www.oecd.org/pdf/M00008000/M00008299.pdf> (visited 3 July 2002); Code of Best Practice, developed by Deutsche Grundsatzkommission Corporate Governance (2000), consisting of legal academics and practitioners, among them Theodor Baums, the later Chair of the first government commission. The Code is available at: <http://www.worldbank.org/html/fpd/privatesector/cg/docs/germany%20code%20g.pdf> (3 July 2002); German Corporate Governance Code, developed by the Berliner Initiativkreis, consisting of German managers and focusing on the particular management side of corporate governance, available at: http://www.gccg.de/codex_eng.htm (3 July 2002). There have also been codes developed by commercial institutes themselves: see, e.g., the Corporate Governance Codes, developed by the Deutsche Bank, dating from March 2001, available at: http://ircontent.db.com/ir/data/corpgovernance_en.pdf (3 July 2002); cf. Pfitzer/Oser/Orth, Reform des Aktienrechts, 157 f.

spective commissions, that surely where they have been convened upon a government's initiative but, also where well reputed experts have convened on their own, in both cases their work has proven to be of a law preparatory quality.



The boundaries between expert opinion and binding law then is admittedly thin, particularly in a case such as that of the Cromme commission, where the drafted code sets out a duty for companies to annually issue an explanation as to whether or not they comply with the code's provision. This 'comply or explain' principle loses its genuinely voluntary character in the moment where the legislature actually introduces this duty into codified law.⁶⁰ Yet, at the same time, the code itself is not 'law' in the sense of being a set of – directly – enforceable norms.⁶¹ Its significant character, and with that, its practical relevance, on the other hand, is to be seen in its effect on the actual *behavior* of firms. Whether or not firms do comply with the code's dispositions relating, e. g., to transparency and disclosure of executive compensation⁶², the publication of the firm's reports on the internet⁶³, or the facilitating of personal exercise of shareholders' voting rights⁶⁴ will, according to the rules established by the Code, remain within the discretion of the company.⁶⁵ The Code explicitly foresees that companies do not have to comply with 'recommendations'. And yet they are *obliged* – this was right-

ly anticipated to be stipulated in the *Transparency and Disclosure Act* – to issue an annual explanation whether or not they did comply.⁶⁶

This is not without further difficulties, however. Intentionally, the code's distinction between *information*, *recommendations* and *suggestions* runs as follows: whereas certain provisions of the Code remain not binding and can, as regards to the anticipated 'shaming' effect which non-compliance will induce, aptly be called 'soft law', the information-sections, often substantial parts of a Code, spell out what has been the governing law all along – the 'hard law', that is.⁶⁷ The 'suggestions', finally, are not supposed to have any binding character, whatsoever. The commission clearly underlined that the code is to be continuously subjected to adaptation and change. In its *voluntary* nature, i. e. as regards recommendations and suggestions, it is to be recognized by the accompanying law, but shall not be included in its coercive, i. e. enforceable range. Yet, as regards Section 161 AktG, this obligation – in governing law – might attain a highly difficult quality when the annual declaration is not or falsely issued.⁶⁸ According to Section 243 para. 1 AktG, the general assembly's resolution to approve of the management's actions, can be rescinded in the case of breach of the law. The latter would, theoretically, be the case if the declaration were not issued. Of comparable trickyness is the case in which the issued declaration is false. The law's silence as to the respective correctiveness of the declaration's content can hardly be understood as a voucher for an untrue declaration.⁶⁹ Yet, considering that Section 161 AktG obliges the management to issue a declaration, it clearly follows that both the failure to do so as well as an untrue declaration constitutes a breach of duty on the side of management.⁷⁰

More problems arise as to the content of the 'explanation' which is due in the case that the recommendations were not followed.⁷¹ In this respect, the appropriate step must be to draw on experiences made in foreign company

60 See, *supra* note 58. The quality and assessment of this obligatory annual 'explanation' must certainly be disputed, see, e.g., Peltzer, *Handlungsbedarf in Sachen Corporate Governance*, 594; regrettably, the just published, leading commentary on German stock corporation law, by Uwe Hüffer, remains silent on this new codification, see Hüffer, *Aktiengesetz*, § 161 AktG.

61 Lutter, *Kontrolle der gesellschaftsrechtlichen Organe*, 86, with regard to informations and suggestions.

62 Very critically hereto Wolf, *Corporate Governance*, *supra* note 23, at 60.

63 See, e.g., Section 2.3.1 of the Cromme's commission's German Corporate Governance Code.

64 *Supra* note 63, Section 2.3.3.

65 *Supra* note 63, Section 1: Foreword, differentiating between voluntary recommendations ("shall"), suggestions ("should", "can"), and legally compelling provisions, according to existing law.

66 See, Section 16 *Transparency and Disclosure Act*.

67 Notably, this can so far as to actually include a provision in the code, that the management is not to break the law; see, hereto Schulze-Osterloh, *Gesellschaftsrecht und Globalisierung*, 1435 f., citing the 'Berlin' Corporate Governance Code, *supra* note 49, Sections III.1.1.2., IV. 1.1.1. As regards the Government Commission's proposals, the informations to be included in the Code are designed to illustrate the particularities of the German system to the foreign reader/investor, see, Baums,

Bericht der Regierungskommission; see also Ulmer, *Der deutsche Corporate Governance Kodex*, 153; Lutter, *Kontrolle der gesellschaftsrechtlichen Organe*, 86, and Berg/Stöcker, *Anwendungs- und Haftungsfragen*, 1570, highlight the informative value of the code with regard to the dispersed corporate law in various codifications and statutes, in particular for the foreign investor.

68 See, hereto Ulmer, *Der deutsche Corporate Governance Kodex*, 165; Berg/Stöcker, *Anwendungs- und Haftungsfragen*, 1571 f., recognize an evident threat of capital market sanctioning if management fails to give explanations for non-compliance. The argument itself, however, is threatened with becoming circular, as the authors refute the capital market's sanctioning with the management providing for an explanation (in case of non-compliance), in which case the code's recommendations would not amount to a factual coercion and additional regulation (of an already over regulated, German corporate law) but, rather, the future substitution of mandatory law by recommendations. Yet, the authors fail to provide any grounds for how the assessment of a 'reasonable' ("nachvollziehbare") justification for non-compliance is to be made. Surely, there is no forum where to engage in concrete evaluations and assessments of a particular company's comply-or-explain behavior. Furthermore, when the judge is asked to assess an eventual breach of duty by management (*id.*, at 1577), she cannot rely on the

code's recommendations and suggestions for a minimum standard: instead, a 'well substantiated' (*gut begründete*) derogation from the code is not seen as bad corporate governance. The question remains: who is to say whether or not the reasons given are 'good'?; see also Ehrhardt/Nowak, *Durchsetzung von Corporate-Governance-Regeln*, 337, 344 f., arguing for an efficient system of enforcement of privately enacted corporate governance codes in order to safeguard minority shareholders' protection.

69 Ulmer, *Der deutsche Corporate Governance Kodex*, 165, with further discussion of potential liabilities incurred by management bodies, both in civil and in tort law, *id.* at 168 f.

70 Berg/Stöcker, *Anwendungs- und Haftungsfragen*, 1577.

71 See, Ulmer, *Der deutsche Corporate Governance Kodex*, 171 f., suggesting that, notwithstanding the law's lenience in this regard, management will be prompted by public pressure to provide for an explanation; Berg/Stöcker, *Anwendungs- und Haftungsfragen*, 1573, recognize – in seeming contradiction to a prior assessment, *id.*, at 1572, where a factual coercion was denied – a *de facto* obligation for management to give reasons for non-compliance with the code. This factual obligation is seen by the authors to be the true aim of the code, *id.*, at 1573.

law regimes where codes and the problem of compliance have a relatively longer history.⁷² Already a superficial glance reveals a firm awareness of the code commissions as to the drawbacks connected with companies that merely 'boxtick' their compliance as opposed to actively engaging in making the *circumstances* of their compliance/non-compliance transparent. A comparative perspective, then, will remain valuable and, in fact, indispensable with regard to interpreting the Cromme-code where it obliges the corporate bodies to explain ("erläutern") "possible deviations from the recommendations" of the code.⁷³

The different layers of norms which can be found in the code, the recommendations as well as the reformulations of otherwise codified law, show that this form of norm setting cannot be detached from its socio-legal environment. A code commission will not only refrain from attempting a general overhaul of the corporate system because it was empanelled by the government. More importantly, a complete overhaul is not likely to be undertaken in light of traditionally grown and long established systems of corporate organization. In that respect, commissions might be seen as having reforms as their subject, not revolutions.⁷⁴

Soft Law, Hard Law, Reflexive Law

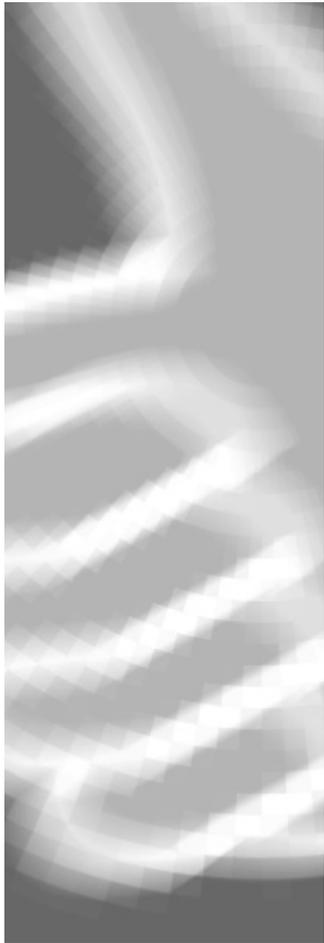
It is against this background that law making – on the national and international level – tends to transcend the black-and-white boundaries of law and *not-law*.⁷⁵ While *soft law* – as might be the most appro-

prate term used in order to qualify the recommendations and suggestions in the code⁷⁶ – can be used deliberately in order to provide for a procedure of constant revision and update, its counterpart, *hard law*, refers to a set of norms from which the rest is being distinguished but to which it optimally will lean. The tension between the policy aims pursued by legal intervention and the difficulties arising with their implementation characterize the modern state's learning experiences in steering clear of flooding civil society with regulatory law, while safeguarding a constitutionally desired level of legal and social protection.⁷⁷ Only the increasing awareness of the shortcomings of regulatory law as to the concrete circumstances and its addressees has led to a growing sensibilisation for the intrinsic value of contextually framed societal practices and customs⁷⁸, while regulatory law's claim to govern complex situations has steadily been opened for the constant pressures of revision and adaptation.

EU Governance: Law Making With Civil Society

There is a certain reflection of these developments in the contemporary, ardently discussed forms of reforming governance on the European level. The EU Commission's White Paper of 2001 has spurred a lively debate and inquiry into law making procedures aiming at more adequacy, legitimacy as well as flexibility, allowing for regular revision and reform.⁷⁹ Still, critics argue that the Commission has not gone far enough in addressing the legitimacy problems of EU law making.⁸⁰ In this context, the currently much discussed 'Open Method of Coordination' (OMC), which fully crystallized as a new form of EU governance at the European Council meeting in Lisbon in March 2000⁸¹, takes a central place in this on-going search for 'good governance', but it remains to be seen whether this balancing act between the EU bodies and Member states will in fact lead to a greater integration of civil society and, thus, to a corresponding, greater base of legitimacy for EU acts on the other.⁸²

What this shows, at any rate, is that there is a strong nexus between on-going searches for law making reform on national level via expert opinion soliciting by regulatory agencies and governments, leading to commissions' proposals



72 In this vein: Lutter, *Kontrolle der gesellschaftsrechtlichen Organe*, 86, arguing that Germany is without any relevant experience in this matter; see, for the case of the UK, the Hampel report, Sections 1.12–1.15, drawing on the work of both the priorly convened Cadbury and Greenbury Committees, which were, too, charged with conceptualizing rules for corporate governance. The reports are all available at: http://www.ecgi.org/codes/menu_europe.htm (last visited 18 July 2002).
73 See, Section 3.10 of the German Corporate Governance Code, English version available at: http://www.corporate-governance-code.de/eng/download/CorGov_Endfassung_E.pdf (last visited 18 July 2002); the German version, *id.*, and in: *Die Aktiengesellschaft 2002*, 236, at 237; for a literary interpretation, see Peltzer, *Handlungsbedarf in Sachen Corporate Governance*, 595; see, the respective section of the FSA's (Financial Services Authority) Listing? Rules, § 12.43A, available at: <http://www.fsa.gov.uk/pubs/ukla/chapt12-3.pdf> (13 August 2002); Berg/Stöcker, *Anwendungs- und Haftungsfragen*, 1570, point to the threat of delisting which a listed company faces when failing to issue this declaration.

74 Compare only the introductory assessments of the German corporate governance system in the Cromme commission's Code, *supra* note 63 Section 1: "The dual board system, also established in other continental European countries, and the internationally widespread system of management by a single management body (Board of Directors) converge in practice to the intensive interaction of the Management Board and the Supervisory Board. *Both systems are equally successful.*" (My emphasis, P. Z.) This positive assessment, however, is cast into doubt by other, foreign observers: see, Ulmer, *Der deutsche Corporate Governance Kodex*, 180 f., citing Paul Davies, *ZGR 2001*, 268 ff.
75 See, hereto, the contributions by Neyer and Gessner in: Gessner/Budak (eds.), *Emerging Legal Certainty*.
76 Even if this does not 'answer all questions as to its legal force', see, Ulmer, *Der deutsche Corporate Governance Kodex*, 161.
77 See, e. g., Teubner, *Juridification*, 6–19.
78 Hereto, see, Teubner, *Reflexives Recht*; Teubner/Willke, *Kontext und Autonomie*.

79 See, the contributions in: Joerges/Mény/Weiler eds., *Mountain or Molehill?*; see also the contributions in *8 European Law Journal*, No. 1 (March 2002).
80 See, Armstrong, *Rediscovering Civil Society*, *supra* note 35 with further references.
81 Ashiagbor, *Soft Harmonisation*, 226 f.
82 The OMC, originally modelled on the European Employment Strategy, is now used in other areas as well, e. g. in the field of social exclusion or pension reform: see, Scott/Trubek, *Mind the Gap*, 4: "Unlike the CCM [classical community method', P. Z.], which is designed to create law at the Union level, the OMC aims to coordinate the actions of the several Member States in a given policy domain and to create conditions for *mutual learning* that hopefully will induce some degree of voluntary policy convergence." (my emphasis, P. Z.); see also Ashiagbor, *Soft Harmonisation*, 226 ff.; Syrpis, *Legitimising European Governance*; Hodson/Maher, *Open Method as a New Form of Governance*; Dougan, *Vive la Différence?*, all with further references.

and a possibly new approach to the harmonization programmes pursued on the European level. The exhaustively long way to the adoption and passage of the European Company (*societas europaea* – SE) statute in October 2001 can be seen as reflecting the high degree of continuing divergences among Member states corporate governance systems.⁸³ While this, or to take another example, the (failed) Takeover Directive of July 2001⁸⁴, seems only to underline the problems connected with (orthodox and unorthodox theories of) harmonization⁸⁵, the contemporary inquiry into and the experimentation with new forms of governance may not only lead to a different institutional approach, but to another take on ‚integration‘ and ‚harmonization‘ in general.⁸⁶ Explicitly, even skeptical observers of the Commission’s and the Council’s proposals of new governance modes highlight the particular approach represented by the OMC, where the decisive starting point is the ‚diversity‘ of Member states’ regimes and the corresponding methodological answer to this the initiation and the deliberate permission of continuous ‚learning processes‘.⁸⁷ This theme is, by no means, a new kid on the block, as it can easily be traced back into the centre of post-industrial states’ learning experiences with regulatory law, juridification and the need for reflexive forms of law in a post-interventionist and post-regulatory environment.⁸⁸

The EEC’s founding years’ euphoria, *e. g.* in the field of company law⁸⁹, have given way to a much more sober perspective on the possibilities to create an integrated level playing field for companies in Europe.⁹⁰ But, different, firmly rooted national traditions with regard to industrial relations, firm ownership and capital markets⁹¹, which could be described negatively as ultimately resisting further harmonization, can and must also be evaluated from another angle: the EU’s harmonization programmes inevitably meet with significant developments ‚one level below‘, *i. e.* within the Member states, but also with reform processes on ‚a level above‘, *i. e.* on an international level. While Member states continue to adapt their company laws to globalized economic challenges, there is a similarly active search for common denominators with regard to corporate governance (OECD, World Bank) and accounting principles (IAS, US-GAAP) on the inter-

national level.⁹² The EU’s eventual turn towards a practice of governance that allows for *soft* coordination and is based upon enhanced learning by information and cooperation, is indicative of contemporary European policy setting and, at the same time, illustrates general challenges to law making in a multi-level regime, involving actors on the national, European, and International level.⁹³ Among the OMC’s significant elements is surely the practice of benchmarking in order to ‚share experience and to encourage the spread of best practice‘.⁹⁴ It is this, literally opened, form of governance that resembles and coincides with contemporary changes in law making on the national level. The necessity of parliamentary systems to deal with risk and uncertainty, and to accommodate societal pressure coming from a highly complex and heterogeneous social sphere, has prompted various forms of softer law making and, importantly, a greater involvement of experts and other bearers of ‚private knowledge‘. Having said this, it becomes quite obvious that our qualification of commissions and other expert groups engaged in norm setting transcend a simple public-private dualism, which we have long grown accustomed to against the background of the European tradition of separating state and society.⁹⁵

Conclusion

For the time being, however, the habitual perspective taken vis-à-vis reform issues related to corporate governance is a slightly different one. Whereas we have here emphasized the institutional and methodological side of norm setting and law making along the line of observed tendencies to delegate and to ‚privatize‘ law making competences, contemporary commentators of company law reform, *i. e.* with regard to stock corporation law, situate themselves in a differently defined field. Their *champ de travail* is demarcated by state regulation and intervention on the one hand and market order and self-regulation on the other. The German choice, then, has traditionally been: ‚To regulate or not to regulate‘. And, the traditional answer has been, indeed, to regulate.⁹⁶ The realm of options for the protection of shareholders’ interests have thus been perceived to range from coercive, binding law (‚vested rights‘) to an approach of entrusting this

83 For an account of the regulatory attempts leading to the ‚compromise of Nizza‘ in December 2000 and the Directive and Regulation of Autumn 2001, see Jahn/Herfs-Röttgen, *Europäische Aktiengesellschaft*; Thoma/Leuering, *Societas Europaea*; Hopt, *Europäische Aktiengesellschaft*.

84 See, hereto Pluskat, *Scheitern der Übernahmerrichtlinie*; see also Hommelhoff/Witt, *Bemerkungen zum deutschen Übernahmegesetz*.

85 See, for a careful assessment, Dougan, *Vive la Différence?*

86 See, hereto, already Dougan, *Minimum Harmonization*, 858 f., describing the move from Single Market harmonization policy to the integration of more policy objectives through consecutive treaties since 1986.

87 See, Syrpis, *Legitimising European Governance*, *passim*; de la Porte/Pochet, *Social Benchmarking*, 291, 293.

88 See, Teubner, *Reflexives Recht*, 13 ff.; Teubner, *Regulatorisches Recht*; Günther, *Wandel der Staatsaufgaben*, *supra* note 43; see also the contributions to Brüggemeier/Joerges (eds.), *Workshop zu Konzepten postinterventionistischen Rechts*; see Hommelhoff/Schwab, *Staats-ersetzende Pri-*

vatgremien, 714, arguing for a ‚reflective reception‘ of accounting standards provided by standard setters on the side of the legal supervisory agency. This can well imply the creation of specially educated task force agencies in order to safeguard ‚an accompanying legal supervision‘, *id.* at 717.

89 See, *e. g.*, Schmitthoff, *Future of European Company Law*; for a recent account see, Wouters, *European Company Law*, 257 ff.

90 Wouters, *European Company Law*, 276 ff. linking the staggering progress in European company law harmonization to the change of political context, not least expressed in the Treaty’s subsidiarity and proportionality provisions.

91 Wouters, *European Company Law*, at 280.

92 See, Hommelhoff/Schwab, *Staats-ersetzende Privatgremien*, 708 ff.; see also, Witherell, *Corporate Governance*, for an assessment of international cooperation in fighting governance failures and corporate misconduct, but also with regard to developing secure capital markets in emerging markets.

93 See, for a concise analysis of the possible prospects for European company law making: Deakin, *Regulatory Competition*, 190 ff.

94 Hodson/Maher, *Open Method as a New Form of Governance*, 721, citing Helen Wallace, *The Institutional Setting*, in: Wallace/Wallace eds., *Policy-Making in the European Union*, 4th Ed., 2000, at 33.

95 See, *e. g.*, Calliess, *Prozedurales Recht*, *supra* note 29.

96 See, hereto the brilliant account by Spindler, *Deregulierung des Aktienrechts?*, 53 ff., 57, stressing the different approach taken by American corporate law, which – for the most part – is state law, which is, in turn, ‚enabling‘ law, giving firms great discretion in designing their governing law. ‚Corporate law‘ as such, then, serves for one as framework providing default rules, while it does, on federal level, contain a considerable number of binding rules pertaining to safeguard investors’ interest and the trust in the capital market; Ulmer, *Der deutsche Corporate Governance Kodex*, 178 f., contemplating the code’s allegedly meager achievements as to further de-regulate corporate law. See also, Ebke, *Zukunft der Rechtsetzung*, 109–112.

97 Spindler, *Deregulierung des Aktienrechts?*, at 59.

protection into the capital market. In the latter extreme, the shareholder's position as that of a rightsholder in a corporation would basically be seen as a tradable asset, the value of which would be determined by the market, not by 'the law'.⁹⁷ There is, certainly, much more to be said to this set of alternatives, and the most recent crashes of *Enron*, *Global Crossing*, and *Worldcom* might be seen in this respect as counterparts to those corporate fallings from grace (*Balsam*, *Metallgesellschaft*, *Holzmann*), which spurred much of the contemporary German reform debate on corporate governance.⁹⁸

But it is against this background that – on both sides of the Atlantic – the search for 'good governance' in company

law will continue. It will do so by involving the wide range of public, private and hybrid law making forms which we have increasingly grown accustomed to. For this, valuable lessons can be drawn from earlier examples of commercial self-regulation (e. g. standard contracts), as well as from other, contemporary developments in other fields (environmental law, commercial arbitration⁹⁹). The rich spectrum of experiences on the national, European and international level is reflective of an on-going search for ways to adequately mobilize societal knowledge while being aware and conscious of divergent national trajectories of socio-legal and economic development.



References

- Aman Jr., Alfred C. (1997), Administrative Law for a New Century, in: The Province of Administrative Law (Taggart, M. [ed.]), 90–107.
- Armstrong, Kenneth A. (2001), Civil Society and the White Paper – Bridging or Jumping the Gaps?, in: Mountain or Molehill? A Critical Appraisal on the Commission White Paper on Governance (Joerges, C./Meny, Y./Weiler, J. H. H. [ed.]), 95–102.
- idem. (2002), Rediscovering Civil Society: The European Union and the White Paper on Governance, 8 *European Law Journal* 102–132.
- Ashagbor, Diamond (2002), Soft Harmonisation: Labour Law, Economic Theory and the European Employment Strategy (Florence: Ph. D. Thesis, European University Institute).
- Bäuerle, Michael (2001), Vertragsfreiheit und Grundgesetz. Normativität und Faktizität individueller Vertragsfreiheit in verfassungsrechtlicher Perspektive (Baden-Baden: Nomos).
- Baums, Theodor (1994), Corporate Governance in Germany – System and Recent Developments, in: Aspects of Corporate Governance (Isaksson, M./Skog, R. [ed.]), 31–54.
- idem. (2001), Interview: Reforming German Corporate Governance: Inside a Law Making Process of a very new nature, 2 *German Law Journal* No. 12 (16 July 2001), available at: http://www.germanlawjournal.com/past_issues.php?id=43.
- idem. (ed) (2001), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance. Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts (Cologne: Otto Schmidt).
- Berg, Stefan/Mathias Stöcker (2002), Anwendungs- und Haftungsfragen zum Deutschen Corporate Governance Kodex, 56 *Wertpapiermitteilungen [WM]* 1569–1582.
- Bogdandy, Armin von (1995), Sittlicher Interventions- oder vermittelnder Supervisionsstaat?, 81 *ARSP* 102–111.
- Branson, Douglas M. (2001), The Very Uncertain Prospect of 'Global' Convergence in Corporate Governance, 34 *Cornell International Law Journal* 321.
- Brüggeheimer, Gert/Christian Joerges (ed) (1984), Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts (Bremen: ZERP Materialien).
- Calliess, Graf-Peter (1999), Prozedurales Recht (Baden-Baden: Nomos).
- Collins, Hugh (1999), *Regulating Contracts* (Oxford/New York: Oxford University Press).
- de la Porte, Caroline/Philippe Pochet (2001), Social Benchmarking, policy making and new governance in the EU, 11 *Journal of European Social Policy* 291–307.
- De Ly, Filip (2001), *Lex Mercatoria* (New Law Merchant): Globalisation and International Self-Regulation, in: Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions (Gessner, V./Appelbaum, R. P./Felstiner, W. F. [ed.]), 159–188.
- Deakin, Simon (2001), Regulatory Competition versus Reflexive Harmonisation in European Company Law, in: Regulatory Competition and Economic Integration. Comparative Perspectives (Esty, D. C./Geradin, D. [ed.]), 190–217.
- Di Fabio, Udo (1996), Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, 56 *VVDStRL* 235–282.
- Dougan, Michael (2000), Minimum Harmonization and the Internal Market, 37 *Common Market Law Review* 853–885.
- idem. (2003), *Vive la Différence? Exploring the Legal Framework for Reflexive Harmonisation Within the Single European Market*, in: Annual of German & European Law (Miller, R./Zumbansen, P. [ed.]), forthcoming (Oxford/New York: Berghahn Books).
- Ebke, Werner F. (1998), Die Zukunft der Rechtsetzung in multijurisdiktionalen Rechtsordnungen: Wettbewerb der Rechtsordnungen oder zentrale Regelungsvorgabe – am Beispiel des Gesellschafts- und Unternehmensrechts, in: Die Zukunft des Rechts (Meier-Schatz, C. J. [ed.]), 106–127.
- Ehrhardt, Olaf/Eric Nowak (2002), Die Durchsetzung von Corporate-Governance-Regeln, Die Aktiengesellschaft (AG) 336–345.
- Feddersen, Dieter/Peter Hommelhoff/Uwe H. Schneider (ed) (1996), *Corporate Governance. Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen Aktienrecht* (Cologne: Otto Schmidt).
- Forsthoff, Ernst (1971), *Der Staat der Industriegesellschaft* (Munich: C. H. Beck).
- Freeman, Jody (2000), The Private Role in Public Governance, 75 *New York University Law Review* 543–675.

⁹⁸ Interestingly, the commentators are quick to point out the futility of premature European triumphancy with regard to the recent events in corporate America: see, *The Economist*, 13 July 2002, p. 54, denouncing any pride in 'Europe's gentle form of Capitalism' in light (or shadow, for that

matter) of highly disputable governmental interventions at the side of falling corporate giants.

⁹⁹ See, hereto Dely, *Lex Mercatoria*, 159 ff.; Zumbansen, *Piercing the Legal Veil*.

- Gessner, Volkmar/Ali Cem Budak (ed) (1998), *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law* (Brookfield: Ashgate).
- Günther, Klaus (1990), Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts, in: *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts* (Grimm, D. [ed.]), 51–68.
- Hansmann, Henry/Reinier Kraakman (2001), The End of History for Corporate Law, 89 *Georgetown Law Journal* 439–468.
- Harlow, Carol (1999), European Administrative Law and the Global Challenge, in: *The Evolution of EU Law* (Craig, P./de Búrca, G. [ed.]), 261–285.
- Hart, Dieter (1984), Zur konzeptionellen Entwicklung des Vertragsrechts, *Die Aktiengesellschaft* (AG) 66–80.
- idem. (1987), Einleitung vor §§ 116 ff. BGB, in: *Alternativkommentar BGB*, 1. Band (Wassermann, R. [ed.]),
- Havermann (2000), Private Regelsetzung aus der Sicht des Handelsbilanzrechts, *Zeitschrift für Unternehmensrecht* [ZGR] 693–701.
- Hodson, Dermot/Imelda Maher (2001), The Open Method as a New Mode of Governance: The Case of Soft Economic Policy Coordination, 39 *Journal of Common Market Studies* 719–746.
- Hommelhoff, Peter/Martin Schwab (2001), Staats-ersetzende Privatgremien im Unternehmensrecht, in: *Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag* (Drenseck, W./Seer, R. [ed.]), 693–718.
- Hommelhoff, Peter/Carl-Heinz Witt (2001), Bemerkungen zum deutschen Übernahmegesetz nach dem Scheitern der Richtlinie, *Recht der Internationalen Wirtschaft* (RIW) 561–569.
- Hopt, Klaus J. (1996), Corporate Governance und deutsche Universalbanken, in: *Corporate Governance. Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen Aktienrecht* (Feddersen, D./Hommelhoff, P./Schneider, U. H. [ed.]), 243–263.
- idem. (1997), The German Two-Tier Board (Aufsichtsrat): A German View on Corporate Governance, in: *Comparative Corporate Governance. Essays and Materials* (Hopt, K. J./Wymeersch, E. [ed.]), 3–20.
- idem. (2002), Europäische Aktiengesellschaft – per aspera ad astra?, 13 *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW) 1.
- Hopt, Klaus J./Eddy Wymeersch (1997), *Comparative Corporate Governance – Essays and Materials* (Berlin/New York: Walter de Gruyter).
- Hüffer, Uwe (2002), *Aktiengesetz* 5. Aufl. (München: C. H. Beck).
- Hunt, Murray (1997), Constitutionalism and the Contractualisation of Government in the United Kingdom, in: *The Province of Administrative Law* (Taggart, M. [ed.]), 21–39.
- Jacoby, Sanford M. (2002, forthcoming), Corporate Governance in Comparative Perspective: Prospects for Convergence, *Comparative Labor Law & Policy Journal*
- Jaffe, Louis (1937), Law Making by Private Groups, 51 *Harvard Law Review* 201–253.
- Jahn, Andreas/Ebba Herfs-Röttgen (2001), Die Europäische Aktiengesellschaft – Societas Europaea, *Der Betrieb* [DB] 631–638.
- Joerges, Christian/Yves Mény/Joseph H. H. Weiler (ed) (2001), *Mountain or Molehill? A Critical Appraisal on the Commission White Paper on Governance* (Cambridge, MA/London, UK: Harvard Law School Jean Monnet Working Paper No. 6/01).
- Kaplan, Steven N. (1996), Corporate Governance und Unternehmenserfolg: Ein Vergleich zwischen Deutschland, Japan und den USA, in: *Corporate Governance. Optimierung der Unternehmensführung und der Unternehmenskontrolle im deutschen und amerikanischen Aktienrecht* (Feddersen, D./Hommelhoff, P./Schneider, U. H. [ed.]), 301–315.
- Kessler, Friedrich (1973), Die soziale Funktion des Vertrages zugunsten Dritter, in: *Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Festschrift für Eduard Wahl zum siebzigsten Geburtstag* (Müller, K./Soell, H. [ed.]), 81.
- Kirchhof, Ferdinand (1987), *Private Rechtsetzung* (Berlin: Duncker & Humblot).
- Kirchhof, Paul (2000), Gesetzgebung und private Regelsetzung als Geltungsgrund für Rechnungslegungspflichten?, *Zeitschrift für Unternehmensrecht* [ZGR] 681–692.
- idem. (2001), Demokratie ohne parlamentarische Gesetzgebung?, 54 *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1332–1334.
- Knill, Christoph/Dirk Lehmkuhl (2002), Private Actors and the State: Internationalization and Changing Patterns of Governance, 15 *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions* 41–63.
- Ladeur, Karl-Heinz (1999), The Theory of Autopoiesis as an Approach to a Better Understanding of Postmodern Law, *EUI Working Paper Law No. 99/3*
- idem. (2000), Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation (Tübingen: Mohr Siebeck).
- idem. (2001), Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer "Logik der Netzwerke", *Die Verwaltung*, Beiheft 4 59–77.
- Lutter, Marcus (2002), Die Kontrolle der gesellschaftsrechtlichen Organe: Corporate Governance – ein internationales Thema, *Jura* 83–88.
- Markesinis, Basil/Hannes Unberath (2002), *The German Law of Torts*, 5th Ed. (Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing).
- Mülbert, Peter O. (1998), Bank Equity Holdings in Non-Financial Firms and Corporate Governance: The Case of German Universal Banks, in: *Comparative Corporate Governance. The State of the Art and Emerging Research* (Hopt, K. J./Kanda, H./Roe, M. J./Wymeersch, E./Prigge, S. [ed.]), 445–497.
- Neumann, Volker (1981), Verfassungstheorien politischer Antipoden: Otto Kirchheimer und Carl Schmitt, 14 *Kritische Justiz* (KJ) 235–254.
- Noack, Ulrich (2002), Neuerungen im Recht der Hauptversammlung durch das Transparenz- und Publizitätsgesetz und den Deutschen Corporate Governance Kodex, *Der Betrieb* [DB] 620–626.
- Ossenbühl, Fritz (2000), Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter (Opladen: Westdeutscher Verlag).
- Peltzer, Martin (2002), Corporate Governance Codices als zusätzliche Pflichtenbestimmung für den Aufsichtsrat, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* [NZG] 10–16.
- idem. (2002), Handlungsbedarf in Sachen Corporate Governance, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* [NZG] 593–599.
- Pfitzer, Norbert/Peter Oser/Christian Orth (2002), Zur Reform des Aktienrechts, der Rechnungslegung und Prüfung durch das TransPubG – Darstellung und kritische Würdigung des Referentenentwurfs vom 26.11.2001, *Der Betrieb* [DB] 157–165.
- Pluskat, Sorika (2001), Das Scheitern der europäischen Übernahmerrichtlinie, *Wertpapiermitteilungen* [WM] 1937–1942.
- Rosengarten, Joachim (2000), The Holzmüller Doctrine: Still Crazy after All These Years? – The Impact of a Doctrine in the Days of Mergers of Equals, in: *Corporations, Capital Markets and Business in the Law. Liber Amicorum Richard M. Buxbaum* (Baums, T./Hopt, K. J./Horn, N. [ed.]), 445–460.
- Schmidt-Preuss, Matthias (1996), Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, 56 *VVDStRL* 160–234.
- Schmitthoff, Clive (1973), The Future of the European Company Law Scene, in: *The Harmonisation of European Company Law* (Schmitthoff, C. [ed.]), 3–27.
- Schulze-Osterloh, Joachim (2001), Das deutsche Gesellschaftsrecht im Banne der Globalisierung, *Zeitschrift für Insolvenzpraxis* (ZIP) 1433–1441.
- Scott, Joanne/David Trubek (2002), Mind the Gap: Law and New Approaches to Governance in the European Union, 8 *European Law Journal* 1–18.
- Seibert, Ulrich (2002), Das "TransPuG", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* [NZG] 608–613.
- Shapiro, Martin (2000), Administrative Law Unbounded: Reflections on Government and Governance, 8 *Indiana Journal of Global Studies* 369.
- Spindler, Gerald (1998), Deregulierung des Aktienrechts?, *Die Aktiengesellschaft* (AG) 53–74.

Staff, Ilse (1987), Die Wahrung staatlicher Ordnung. Ein Beitrag zum technologischen Staat und seinen rechten Propheten Carl Schmitt und Ernst Forsthoff, *Leviathan* 141–162.

Syrpis, Phil (2002), Legitimising European Governance: Taking Subsidiarity Seriously within the Open Method of Coordination (Florence: EUI Working Paper Law, No. 2002/10, Florence).

Teubner, Gunther (1982), Reflexives Recht, *ARSP* 13–59.

idem. (1987), Juridification – Concepts, Aspects, Limits, Solutions, in: *Juridification of Social Spheres* (Teubner, G. [ed.]), 3–48.

idem. (1992), Regulatorisches Recht: Chronik eines angekündigten Todes, *ARSP Beiheft* 54 140–161.

Teubner, Gunther/Helmut Willke (1984), Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, 5 *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 4–35.

Thoma, Georg F/Dieter Leuering (2002), Die Europäische Aktiengesellschaft – *Societas Europaea*, 55 *NJW* 1449–1454.

Ulmer, Peter (2002), Der deutsche Corporate Governance Kodex – ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften, 166 *ZHR* 150–181.

Vitols, Sigurt (2001), Varieties of Corporate Governance: Comparing Germany and the UK, in: *Varieties of Capitalism. The Institutional Foundations of Comparative Advantage* (Hall, P. A./Soskice, D. [ed.]), 337–360.

Vos, Ellen (2000), EU Committees: the evolution of Unforeseen Institutional Actors in European Product Regulation, in: *EU Committees: Social Regulation, Law and Politics* (Joerges, C./Vos, E. [ed.]), 19–47.

Walker, Neil (2002), The Idea of Constitutional Pluralism, 65 *Modern Law Review* 317–359.

Willke, Helmut (1997), *Supervision des Staates* (Frankfurt: Suhrkamp).

Witherell, Bill (2002), Corporate Governance and the Integrity of Financial Markets: Some Current Challenges, at XXVII th Annual Conference of the International Organisation of Securities Commissions (IOSCO), Istanbul, 18–24 May 2002, available at: <http://www.oecd.org/pdf/M00029000/M00029848.pdf>.

Wolf, Martin (2002), Corporate Governance. Der Import angelsächsischer “Self-Regulation” im Widerstreit zum deutschen Parlamentsvorbehalt, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) 59–60.

Wouters, Jan (2000), European Company Law: Quo Vadis?, 37 *Common Market Law Review* 257–307.

Zumbansen, Peer (2000), Drittschützende Wirkung eines Anwaltvertrages und verdeckte Sacheinlage, 55 *Juristenzeitung* (JZ) 442–446.

idem. (2000), Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat. Lernerfahrungen zwischen Staat, Gesellschaft und Vertrag (Baden-Baden: Nomos).

idem. (2002), Piercing the Legal Veil: Commercial Arbitration and Transnational Law In: 8 *European Law Journal* 400–432 (2002).

Zürn, Michael (2001), Sovereignty and Law in a Denationalised World, in: *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions* (Gessner, V./Appelbaum, R. P./Felstiner, W. F. [ed.]), 39–71.

Dr. Peer Zumbansen teaches at the University of Frankfurt and has been a Jean Monnet Fellow at the European University Institute, Florence, 2001–2002



The Dominant View

Writing in 4 B. C. E. (Before the Conflagration of Enron), or 1997 as it is more commonly known, Stephen Bainbridge, a self-described "conservative contractarian" corporate legal theorist boasted that law and economics scholars had "mounted a largely successful hostile takeover of the corporate legal academy."¹ This group had purportedly deconstructed the public corporation into a "nexus of contracts," express and implied, and their view had become the dominant paradigm. Unfortunately, this triumph of private ordering went much too far in pushing corporate law onto the "private" side of a false private/public dichotomy. Too much emphasis on private ordering helped to hide the public implications of how these powerful institutions actually behave, and why they must be regulated.

Espousing the dominant view represented more than a "hostile takeover" of the academy. More accurately, many contractarian scholars sought to privatize how we understand the public corporation. Thinking about the corporation as a nexus of private contracts, combined with the rhetoric of shareholder wealth maximization tended to legitimize behavior that favored short term and often selfish concerns over more valuable long term cooperative relationships among corporate constituents.

Exaggerating the private nature of the firm causes two major areas of distortion. First, it devalues the importance of trust and loyalty among corporate constituents. Non-shareholder constituents, whose participation is crucial to the long term viability of the enterprise, were not to receive any protection from corporate law. This ignores both the gross discrepancies of bargaining power and the importance of reciprocity in long term relationships.

To paraphrase Anatole France, this exclusively private contracting would even-handedly prohibit the rich as much as the poor from sleeping under bridges. As I have suggested elsewhere, non-shareholder corporate constituents who accept the prescription of the dominant theorists that they must look to the political process for redress of grievances and not to private corporate law for any benefit for which they did not expressly contract are making a "sucker's bet" on a game that has been rigged against them.² Instead, as Kent Greenfield has written, "corporate law should be considered as any other regulatory tool and evaluated on the basis of whether it can bring about preferred policy outcomes in a cost effective way."³ It is also misleading to stress private ordering (for which government regulation is an anathema and supposedly always inefficient) while ignoring the real and important role of government regulation of markets, and while welcoming the government as customer and provider of corporate welfare.

The privatizers have tried to make very real public corporations disappear into a web of privately ordered contracts and market relationships. The excessively blunt application of principles of microeconomics to these complex social institutions has tried to treat them as mere bundles of selfish contracting groups, each behaving like *Homo Economicus*.⁴ We must recognize that corporations are not merely relationships of contracting parties. As Melvin A. Eisenberg has explained, to "describe firms as a set of reciprocal arrangements misses the extent to which firms are organized by bureaucratic rules and operate by hierarchical directions issued by superiors to subordinates."⁵ Corporations are not merely the result of private ordering. Indeed crucial attributes of the corporation, like limited liability, flow directly from the state. The claim by contractarians that limited liability could be privately achieved by contract but for transaction costs, is as accurate as my claim that I can fly but for gravity.

Too much emphasis on short term self-interested contracting in a game for which success is measured by short

Corporations as Citizens

Peter C. Kostant

term increases in share price justifies greed and harms cooperation and trust. The narrow and dessicated understanding of rational self interest that permeates the contractarian model devalues loyalty in these long term relationships. To quote Eisenberg again, loyalty "is not likely to run to a set of contracts."⁶ Greed is an extreme form of self-interest, and some greed helps to keep economies expanding. Nevertheless, greed must be kept in check. When senior Enron executives, and those in other recent corporate disasters, grabbed hundreds of millions of dollars while their corporations collapsed they were, in effect, "defying the social contract that underpins a system which despite its faults has lasted almost two hundred years."⁷ After Enron it is harder to believe in a system driven only by unregulated self interest. The fixation on maximizing shareholder value, as measured by often short term changes in stock price, must be mitigated by a recognition of the importance of preserving trusting, long term relationships that make corporations viable. Finally, the Panglossian belief that large public corporations had optimally reduced agency costs by giving senior managers stock options has been tempered by reality therapy. Post-Enron, it seems "hopelessly naive [to assume] that executive stock options wouldn't be abused. If the past thirty years have demonstrated anything, it is that the avarice of

¹ Stephen M. Bainbridge, *Community and Statism: A Conservative Contractarian Critique of Progressive Corporate Law Scholarship*, 82 Cornell L. Rev. 856 (1997).
² Peter C. Kostant, *Team Production and the Progressive Corporate Law Agenda*, 35 U.C. Davis L. Rev. 667, 680 (2002).

³ Kent Greenfield, *Using Behavioral Economics to Show the Power and Efficiency of Corporate Law as a Regulatory Tool*, 35 U.C. Davis L. Rev. 581, 589 (2002).
⁴ Kostant, *supra* note 2, at 681.

⁵ Melvin A. Eisenberg, *The Conception that the Corporation is a Nexus of Contracts, and the Dual Nature of the Firm*, 24 J. Corp. L. 819, 830 (1999).
⁶ *Id.* at 835.
⁷ John Cassidy, *The Greed Cycle*, *The New Yorker Magazine*, September 23, 2002 at 64.

America's corporate leaders is practically unlimited, and so is their power to run companies in their own interest."⁸

The second distortion caused by viewing public corporations through a simplistically privatizing lens is a lack of recognition that corporations must be law abiding entities. By exaggerating the duty to maximize short term wealth for shareholders, destructive behavior is encouraged, or at least justified. While the American Law Institute's Principles of Corporate Governance permit corporate directors to consider the ethical ramifications of corporate policy,⁹ the norm of shareholder wealth maximization does little, if anything, to encourage ethical behavior.¹⁰ The focus on private agreements and short term wealth maximization for shareholders obscures the citizenship obligations of these powerful entities. James Boyd White has written eloquently on the importance of corporate citizenship.¹¹ Just as the public/private dichotomy can be false, so, White argues, is separating a corporation's money-making purposes from its social responsibilities. "The corporation is and always has been a collective citizen. It serves not only its shareholders, but its bondholders and creditors of other kinds, as well as its employees and future employees, its suppliers and its customers. It has the proper aim not only of making money but of maintaining the conditions that make meaningful economic and social activity possible, for itself and for others. It is a citizen, and I believe it should be spoken of as having both the responsibilities and the benefits of that status."¹²

The Team Production Model

Recent events have helped challenge the myth that public corporations lie completely on the private side of a stark private/public dichotomy and perhaps we now have the opportunity for a richer and more nuanced analysis of corporations as hybrids to be governed by both private ordering and public regulation. One promising development in our theoretical understanding of the public corporation is the Team Production Model ("TPM").¹³ TPM suggests that the agency model for corporate governance is defective because shareholders have forfeited too much power to control corporations to be considered owners, and can hardly be deemed to be principals when they are powerless to direct or control their so-called agents. Instead, corporate governance is derived not from a primary emphasis on reducing agency costs but instead on solving the "team production" problem. The team production problem arises because the different constituents of a public corporation invest firm-specific resources to produce a non-separable output. Therefore, the key problem is how to allocate the output. Because it is impossible to agree in advance on how to divide the wealth resulting from these joint efforts, the participants prefer to relinquish con-

trol of the enterprise to an independent third party whose duty is to represent the entire enterprise and to allocate rewards among the investing team members. TPM describes the modern public corporation as an entity in which the corporate constituents, or stakeholders, such as shareholders, managers, employees, suppliers, customers, and even local communities have made firm specific investments and have given the exclusive power to allocate outputs and resolve disputes to the board of directors. The board is an independent, non-stakeholder, mediating hierarch that must act in the best interests of the corporate entity.

A key insight of TPM is that all stakeholders, including shareholders, surrender control to the board, not for the benefit of the board but for their own benefit because this is the most efficient way to govern a complex public corporation. The board acts as trustee, holding the ultimate power to administer the combination of material and intellectual properties that stakeholders have contributed to the public corporation. TPM recognizes the board as an independent mediating hierarch that all stakeholders calculate will endeavor to treat them fairly. This reduces transaction costs that might interfere with the formation of complex productive organizations that involve long-term relationships.¹⁴

TPM is a contractarian model that recognizes the importance of private ordering, but it also recognizes that corporate constituents can participate in a political process before a disinterested board of directors. This deliberative, political process should occur within corporate governance, and can be nurtured by procedural fairness and transparency. In the wake of the Post-Enron recognition of the enormity of senior managerial greed, applying TPM may help to shift control away from senior inside managers who are interested only in their own self-aggrandizement.¹⁵

Thus, under TPM corporate governance involves private entities that are citizens with responsibilities to the public. The deliberations among constituents can increase trust, fairness, loyalty and cooperation in their long term reciprocal relationships, and may also help the corporation to behave as a responsible citizen. Corporations governed in this way might also be better able to avoid the harmful opportunism by powerful senior inside managers that the current contracting and monitoring regime has failed to prevent. The Team Production Model offers rich possibilities for understanding the not entirely private nature of the public corporation, and its responsibilities in the public arena.

Peter C. Kostant is currently a Visiting Professor of Law at the University of Iowa College of Law

⁸ *Id.* at 76.

⁹ Melvin A. Eisenberg, Corporate Philanthropy Symposium: Corporate Conduct That Does Not Maximize Shareholder Gain, Legal Conduct, Ethical Conduct, the Penumbra Effect, Reciprocity, the Prisoner's Dilemma, Sheep's Clothing, Social Conduct and Disclosure, 28 Stetson L. Rev. 1, 2 (1998).

¹⁰ Kostant, *supra* note 2, at 687.

¹¹ James Boyd White, How Should We Talk About Corporations? The Languages of Economics and Citizenship, 94 Yale L.J. 1416 (1985).

¹² *Id.* at 1418.

¹³ See Margaret M. Blair & Lynn A. Stout, A Team Production Theory of Corporate Law, 85 Va. L. Rev. 247 (1999).

¹⁴ Kostant, *supra* note 2, at 672-673.

¹⁵ *Id.* at 695.

Versprochen ist versprochen . . .

Iris Kugler

Die Wahlen rücken näher und all jene Versprechungen, die StaatsbürgerInnen dazu bewegen sollten, Schwarzblau wieder zu wählen, wurden auch bei großzügiger Betrachtung nicht eingehalten. Ob hierfür das Hochwasser allein zuständig zu machen ist, sei dahingestellt. Jedenfalls ist kaum abstreitbar, dass es als Erklärung für das Aufschieben der Steuerreform und die endgültige Verabschiedung vom Nulldefizit mehr als gelegen kam.

Nun ist aber Österreich kein einsamer Punkt in den Weiten des Ozeans, sondern als Teil einer Staatengemeinschaft auch international verpflichtet, ratifizierte Vereinbarungen durchzusetzen. Auch diese sind als Versprechungen zu sehen, die von der jeweiligen Bundesregierung einzulösen wären. Vor über 20 Jahren wurde die Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) von Österreich unterschrieben. Damit hat sich der Staat verpflichtet, auf den Gebieten der Arbeit, Wirtschaft, Politik, Sozialbereich, Bildung, Ehe, Familie und Staatsbürgerschaft jede rechtliche und faktische Diskriminierung zu beseitigen, sowie vorübergehende Sondermaßnahmen zur beschleunigten Herbeiführung tatsächlicher Gleichheit der Geschlechter, wenn nötig, zu ergreifen.

Eine der ersten Maßnahmen dieser Koalition war, obwohl Österreich weiter denn je von einer faktischen Gleichstellung der Geschlechter entfernt ist, das ohnehin nie existierende Frauenministerium abzuschaffen und eine zusätzliche Männerabteilung im Sozialministerium einzurichten. Zusätzlich deshalb, weil Männer mit ihren Anliegen in den Führungsetagen mehr als überproportional vertreten sind. Während in weiterer Folge all jene Abteilungen, in denen frauenpolitische Agenden wahrgenommen wurden, rationalisiert oder hinwegorganisiert wurden. Der lange Arm politischer

Kompromisse reichte und reicht bis zur Auflösung der Frauenabteilung in der Arbeiterkammer. Dafür dürfen sich schlagende Burschenschaften einer großzügigen Subventionierung durch den Sozialminister erfreuen.

Frauen als politische Kategorie gibt es, wenn überhaupt, dann, wenn einmal mehr über sinkende Geburtenraten geklagt wird. Wie überhaupt Frauen einfach konsequent mit Kind definiert und somit der derzeit viel gepriesenen Privatheit überantwortet werden. Die gesamte Frauenpolitik findet ihren Anfang und gleichzeitig ihr Ende im Kinderbetreuungsgeld, das aber, ausbezahlt ohne flankierende Maßnahmen, eine regelrechte Falle darstellt.

So gibt es nach wie vor keine flächendeckende ausreichende Kinderbetreuung, zu wenige Jobs, die Kinderbetreuung und Arbeit vereinbaren lassen und weiterhin die irrierte Annahme, dass nicht nur Gebären sondern auch die Pflege und Erziehung von Kindern allein Frauensache seien. Auch im Jahr 2002 ist es für Durchschnittsväter kein Problem, Familie und Arbeit zu vereinbaren und stellt dies, anders als für Frauen, auch keine Wahloption, sondern selbstverständliches Lebenskonzept dar. Wird diese Grundungerechtigkeit in Frage gestellt, wird dumpfer Biologismus bemüht oder mit Sachzwang argumentiert und gebetsmühlenartig wiederholt, „dass dies eben so sei“.

Dass dies jedoch ganz und gar nicht „so sei“, beweisen freilich immer wieder die skandinavischen Länder und die wenigen Partnerschaftsmodelle mit Kind, wo sich Väter nicht als alleinige Familienerhalter aus der Nahebeziehung zum Nachwuchs hinausdefinieren.

Und an diesem Punkt wäre eine visionäre Politik gefragt, die die Reproduktionsarbeit nicht konsequent der Privatheit zuweist, damit die Frauen

mit ihren Nöten völlig alleinlässt und sich so aus der Verantwortung stiehlt. Wenn das Kinderkriegen schon so eine höchstprivate Angelegenheit sein soll, dann ist auch oben erwähntes Wehklagen über die konsequent sinkende Geburtenrate nicht schlüssig.

Selbst die Formulierung „Kind oder Karriere“ ist höchst irreführend, da es für Frauen nur in den seltensten Fällen um eine Karriere im klassischen Sinn geht, sondern vielmehr um ökonomisches Überleben. Im schlimmsten Fall als Alleinerzieherin mit Kind und unterhaltssäumigem Erzeuger. Angesichts der Tatsache, dass in Wien jede zweite Ehe und österreichweit jede dritte Ehe geschieden wird, ist es geradezu fahrlässig, Männer als ökonomische Perspektive zu betrachten. Zumal Frauen mit einem Eherecht konfrontiert sind, das sie nach 20 Jahren Familienarbeit schlechter aussteigen lässt, als eine Reinigungskraft, die silberne Löffel gestohlen hat.

Insofern ist es blanker Zynismus, wenn die jetzige Regierung Frauen die Familie und somit die relativ rechtlose und geldlose Privatheit als Alternative zum Berufsleben anbietet.

Dass Selbständige, Bäuerinnen und Studentinnen nicht bereits längst in die alte Karenzgeldregelung miteinbezogen waren, ist nur ein Versäumnis, dass der alten Koalition anzulasten ist. Dass nun aber diese längst fällige Maßnahme von dieser Regierung als große frauenpolitische Errungenschaft verkauft wird, und Wählerinnen binden soll, ist weniger denn ein Scherz.

Die Existenz jener frauenpolitischen Defizite, die es seit Amtsantritt bereits gegeben hat und die seither noch verschärft wurden, sind auch mit einer Sintflut nicht zu rechtfertigen.

Die **GeS aktuell** informiert Sie über **Gesellschafts- und Steuerrecht**

- schnell !
- praxisnah !
- umfassend !

Welche **Neuerungen** gibt es im Gesellschafts- und Steuerrecht?

Welche neuen **Erlässe** und **Verordnungen** sind ergangen?

Wie lautet die neueste **Judikatur**?

Die **GeS aktuell** gibt Ihnen die **Antworten**, die Sie für Ihre tägliche Arbeit brauchen!



Nutzen Sie daher noch heute unser **Einführungsangebot** und bestellen Sie die **GeS aktuell** für 2003 **um nur 98,- Euro!** (statt regulär 123,- Euro) - Sie **sparen** damit **20 %** gegenüber dem regulären Bezugspreis!

jusline.at
Direkt zu Ihrem Recht

online-Meldeanfrage

Der direkte Weg zur Meldeauskunft

Wollen Sie Ihre Forderung betreiben und sicher sein, daß der Brief an der richtigen Adresse landet?

Ist Ihr Mahnschreiben bereits mit dem Vermerk zurückgekommen, daß der Empfänger „unbekannt wohin“ verzogen sei?

Wollen Sie sich die Suche nach dem zuständigen Meldeamt und den mühsamen Weg dorthin ersparen?

www.jusline.at/meldeanfragen

- interaktives Eingabeformular
- elektronische Übermittlung der Daten
- direkt auf Ihren PC
- schnell und kostengünstig
- keine Wartezeiten vor Ort
- von 0 bis 24 Uhr
- ohne Grund- oder Anmeldegebühr
- keine Registrierung