

WISO Diskurs

Juni 2015

Expertisen und Dokumentationen
zur Wirtschafts- und Sozialpolitik

Nachhaltigkeit im Wettbewerb verankern



**FRIEDRICH
EBERT** 
STIFTUNG



Expertise im Auftrag der Abteilung Wirtschafts- und
Sozialpolitik der Friedrich-Ebert-Stiftung

Nachhaltigkeit im Wettbewerb verankern

Johannes Hoffmann

Gerhard Hofmann

Jens Lowitzsch

Christian Pitschas

Denis Suarsana

Herwig Roggemann

Inhaltsverzeichnis

Abbildungs- und Tabellenverzeichnis	4
Vorbemerkung	5
Johannes Hoffmann und Gerhard Hofmann	
Rahmenbedingungen für nachhaltigen Wettbewerb in Deutschland, der EU und der WTO	
Eine Einführung	6
Jens Lowitzsch, Herwig Roggemann, Denis Suarsana	
Rechtliche Verankerung eines eigentumsrechtlich ausgestalteten Externalisierungsverbots	13
1. Executive Summary	13
2. Einleitung	14
3. Externalisierungsverbot und Eigentumsverfassung	18
4. Rechtliche Verankerung eines eigentumsrechtlich ausgestalteten Externalisierungsverbots?	28
5. Vergleich mit dem Eigentumsrecht anderer europäischen Länder	32
6. Anknüpfungspunkt Eigentum im europäischen Recht	33
7. Europäische Lösung?	35
8. Ausblick: Rechtspolitische Optionen	40
9. Schlussfolgerungen	41
Literaturverzeichnis	43
Anhang	46

Diese Expertise wird von der Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik der Friedrich-Ebert-Stiftung veröffentlicht. Die Ausführungen und Schlussfolgerungen sind von den Autoren in eigener Verantwortung vorgenommen worden.

Impressum: © Friedrich-Ebert-Stiftung | Herausgeber: Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik der Friedrich-Ebert-Stiftung | Godesberger Allee 149 | 53175 Bonn | Fax 0228 883 9205 | www.fes.de/wiso | Gestaltung: Pellens GmbH, Bonn | Fotos: Fotolia | Druck: bub Bonner Universitäts-Buchdruckerei | ISBN: 978-3-95861-011-8 |

Eine gewerbliche Nutzung der von der FES herausgegebenen Medien ist ohne schriftliche Zustimmung durch die FES nicht gestattet.

Christian Pitschas

Verankerung von Nachhaltigkeitsgrundsätzen im Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung des Rechts der WTO und EU 50

Executive Summary 50

1. Einleitung 51

1.1 Fragestellungen 51

1.2 Nachhaltigkeit und Externalisierungsverbot 51

2. WTO-Recht und Nachhaltigkeit 51

2.1 Nachhaltigkeit als ein Auslegungsmotiv der WTO-Abkommen 53

2.2 Grundsatz der Nichtdiskriminierung 53

2.3 Nachhaltigkeitskriterien als „tarifäres“ Handelshemmnis 57

2.4 Nachhaltigkeitskriterien im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe 61

3. EU-Recht und Nachhaltigkeit 62

3.1 Mitgliedstaatliche Kompetenz zur Festlegung von Nachhaltigkeitskriterien 63

3.2 Nationale Nachhaltigkeitskriterien als mögliche Handelshemmnisse 66

3.3 Nachhaltigkeitskriterien im Vergaberecht 68

4. Schlussbetrachtung 71

Literaturverzeichnis 72

Entscheidungsregister 74

Anhang

Forschungsgruppe Ethisch-Ökologisches Rating
Für Nachhaltigkeit im Eigentums- und Wettbewerbsrecht! 75

Johannes Hoffmann

Ethische Rahmenbedingungen für die Gestaltung eines nachhaltigen Wettbewerbsrechtes 79

Die Autoren 87

Abbildungs- und Tabellenverzeichnis

Abbildung 1: Zuordnungspositionen des Eigentums in der deutschen Rechtsprechung	26
Abbildung 2: Differenzierung des Eigentums nach Abstraktionsgrad und Maß an Verantwortung	30
Abbildung 3: Wirtschaftliche Ungleichgewichte im Euroraum	36
Abbildung 4: Ordentliches Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV (ehemals Art. 251 EG)	38
Abbildung 5: Besonderes Gesetzgebungsverfahren gem. Art. 289 II 2. Alternative AEUV in Bezug auf Besteuerung	39

Vorbemerkung

Dem Anspruch auf ökologische, soziale und kulturelle Nachhaltigkeit steht immer noch die Wirklichkeit eines zu hohen Ressourcenverbrauchs in den Industrie- und Schwellenländern entgegen. Ein entscheidender Faktor dieser Fehlentwicklung ist die anhaltende Externalisierung solcher Kosten, die Unternehmen aufbringen müssten, um die Schädigung eines Gemeinguts, das sie zur Herstellung ihrer Güter benötigen, zu vermeiden oder nachträglich zu kompensieren. Um mit ihren Produkten konkurrenzfähig zu bleiben, wälzen die Unternehmen unter dem Druck des Wettbewerbs diese Kosten und Risiken in die Gemeinschaft ab. Die rechtlich legitime Externalisierung garantiert Wettbewerbsvorteile und ermöglicht es den Unternehmen, ihre Gewinne zu erhöhen. Solange unser Wirtschaftswachstum auf diesem weitgehend kostenlosen Ressourcenverbrauch basiert, wird sich daran auch nichts ändern. Um dieser Fehlentwicklung entgegenzuwirken, müssen die Rahmenbedingungen für einen zukunftsfähigen Wettbewerb neu gestaltet werden. Wir brauchen eine nachhaltige Entwicklung, und dafür müssen die externalisierten Kosten künftig internalisiert werden. Eine wichtige Frage betrifft daher die Möglichkeit einer rechtlichen Umsetzung der Nachhaltigkeitsziele: Wie können wir diesen Zielen im nationalen und internationalen Wettbewerbs- und Eigentumsrecht zu mehr Geltung verhelfen, um langfristig die Gemeingüter zu schützen?

Im Rahmen ihrer Initiative „Nehmen & Geben“ haben die Mitglieder der Forschungsgruppe Ethisch-Ökologisches Rating (FG EÖR) konkrete Vorschläge für Vorschriften erarbeitet, die Nachhaltigkeitskriterien künftig im Eigentums- und Wettbewerbsrecht verankern. Bspw. soll das im § 903 BGB geregelte Eigentumsrecht eingeschränkt und damit untersagt werden, Externalisierung als Marktleistung auszugeben (§ 4 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb – UWG). So sollen Unternehmen zu nachhaltigem Wirtschaften und zur

Internalisierung der Kosten für die Nutzung natürlicher Ressourcen angehalten werden. Für die Umsetzung dieser Vorschriften ist jedoch deren Verträglichkeit mit nationalem Recht, mit EU- und WTO-Bestimmungen zu klären. Im Rahmen des Fortschrittsforums der Hans-Böckler-, der Otto Brenner und Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) hat die FES deshalb zwei juristische Fachgutachten in Auftrag gegeben. Sie diskutieren die möglichen rechtspolitischen Optionen zur Umsetzung der Vorschläge und bewerten deren Verträglichkeit mit nationalem und internationalem Recht. Sie werden in diesem Band erstmals veröffentlicht.

Jens Lowitzsch, Herwig Roggemann und Denis Suarsana diskutieren in ihrem Gutachten mögliche rechtliche Anknüpfungspunkte, aber auch Hindernisse bei der Einführung eines Externalisierungsverbots in das Eigentums- und Wettbewerbsrecht. Ihr Gutachten „Rechtliche Verankerung eines eigentumsrechtlich ausgestalteten Externalisierungsverbots“ untersucht, welche rechtspolitischen Aspekte sowohl auf nationaler wie europäischer Ebene zu beachten wären. Anschließend befasst sich Christian Pitschas mit der „Verankerung von Nachhaltigkeitsgrundsätzen im Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung der Bestimmungen der WTO und EU“. Pitschas' Gutachten geht zunächst dem Begriff der Nachhaltigkeit im WTO-Recht nach, erörtert hier den Grundsatz der Nichtdiskriminierung und setzt sich mit Nachhaltigkeitskriterien als tarifäres Handelshemmnis auseinander, ehe das Verhältnis zwischen EU-Recht und Nachhaltigkeit betrachtet wird.

Beide Gutachten kommen zu dem Schluss, dass die Vorschläge der FG EÖR zur Änderung des Wettbewerbs- und Eigentumsrecht in Deutschland mit EU- und WTO-Recht kompatibel sein könnten.

Dr. Philipp Fink
Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik
Friedrich-Ebert-Stiftung

Rahmenbedingungen für nachhaltigen Wettbewerb in Deutschland, der EU und der WTO

Eine Einführung von Johannes Hoffmann und Gerhard Hofmann

Wie kann den Zielen ökologischer, sozialer und kultureller Nachhaltigkeit im nationalen und internationalen Wettbewerbs- und Eigentumsrecht zu mehr Geltung verholfen werden? Wie könnte eine angemessene rechtliche Umsetzung dieser Ziele aussehen? Allgemeiner gefragt: Wie kann der mehr und mehr gemeingüterschädliche Wettbewerb nachhaltig gemacht werden? Wie können wir die Gemeingüter langfristig schützen? Diese Fragen diskutierten die Mitglieder der Forschungsgruppe Ethisch-Ökologisches Rating (FG EÖR¹) und der Enquete-Kommission „Wachstum, Wohlstand und Lebensqualität“ in zwei Fachtagungen, die im Rahmen des Fortschrittsforums der Hans-Böckler-, der Otto Brenner und Friedrich-Ebert-Stiftung in Berlin stattfanden.

Auf diesen Fachgesprächen aufbauend erarbeitete die FG EÖR im Rahmen ihrer Initiative „Nehmen & Geben“ konkrete Vorschläge für solche Vorschriften, die auf eine Verankerung von Nachhaltigkeitskriterien im Eigentums- und Wettbewerbsrecht und damit vor allem auf die Vermeidung von Externalisierung zielen. Diese Vorschriften und ihr inhaltliches Zustandekommen werden im Folgenden kurz dargestellt. Die beiden daran anschließenden juristischen Gutachten in diesem Band diskutieren mögliche rechtspolitische Optionen zur Umsetzung der Vorschläge und untersuchen ihre Verträglichkeit mit nationalem Recht, mit EU- und WTO-Bestimmungen.

20 Jahre Arbeit der Forschungsgruppe Ethisch-Ökologisches Rating

Für die Bearbeitung der eingangs genannten Fragen brachte die FG EÖR gute Voraussetzungen mit: mehr als 20 Jahre erfolgreiche und international anerkannte Forschungsarbeit über die Themen *ethische Geldanlagen, Externalisierung-Internalisierung, nachhaltiger Wettbewerb, Ressourcenschutz* bzw. *Erhaltung der Gemeingüter*. Am Anfang stand 1991 die Anfrage von drei Bankmanagern der Deutschen Bank in Frankfurt an die Sozialethiker_innen am Fachbereich Katholische Theologie der Goethe-Universität, ob nicht eine Tagung geplant werden könne, die sich mit der Frage befasse, ob es möglich sei, mit „gutem Gewissen“ – d.h. unter Beachtung ethischer Kriterien – am Kapitalmarkt Gewinne zu erzielen.

Hintergrund der Überlegungen war, dass es zwar einerseits ethisch motivierte Investor_innen gab, die sich diese Fragen stellten, andererseits aber hatten institutionelle Anleger wie z.B. Kirchen, katholische Diözesen, evangelische Landeskirchen sowie evangelische und katholische Orden bei der Deutschen Bank (und anderen) Geld in zweistelliger Milliardenhöhe angelegt, ohne zu wissen, was mit dem Geld geschah, und ob möglicherweise der Schaden, der durch die Art der Anlage entstand, nicht größer war als der Nutzen, den man mit den Gewinnen zu erreichen dachte. In der Folge kam der Schutz der Gemeingüter in den

1 Die Forschungsgruppe Ethisch-Ökologisches Rating (FG EÖR) ist eine unabhängige, wissenschaftliche, interdisziplinär, transdisziplinär und interkulturell zusammengesetzte und arbeitende Forschergruppe, die sich seit 1991 Fragen des ethischen Investments und der ökologischen Modernisierung unseres Wirtschaftssystems widmet.

Blick, die Forderung, den Wettbewerb nachhaltig zu gestalten, und die Frage, wie Externalisierung zurückgedrängt werden kann.

Stichwort Externalisierung

Externalisierung bedeutet, dass Kosten nicht selbst getragen, sondern auf die ungeschützte Außenwelt, die Gemeingüter, abgewälzt werden. Die Abwälzung besteht in der Unterlassung von Aufwendungen, die nötig wären, um eine Schädigung eines Gemeinguts von vorneherein zu vermeiden oder im Nachhinein zu kompensieren (also das Gemeingut wieder auf den vorigen Stand zu bringen oder es durch ein anderes gleichwertig zu ersetzen). Schädigung eines Gemeinguts liegt vor, wenn dieses durch Produktion oder Konsum über das Maß hinaus abgenutzt wird, das es schadlos absorbieren (durch Regeneration selbst ausgleichen) kann. Sie entsteht bei Bodenschätzen oder Fischbeständen aus der Verminderung (durch Extraktion), beim Klimasystem oder der menschlichen Gesundheit aus der Schwächung des Systems (z. B. durch Emission von Schadstoffen), bei Ökosystemen auch aus Übernutzung oder Umwidmung, bei Sozialsystemen wie der gesellschaftlichen Partizipation z. B. aus einer Vorenthaltung von Bildungs- oder Erwerbchancen. Externalisierung führt zur Überschreitung der globalen Biokapazitäten. Das bewirkt eine Auszehrung der ökologischen Widerstandsfähigkeit, vernichtet die Vielfalt des Lebens, schädigt die naturgegebene Fruchtbarkeit und zerstört Gemeingüter.

Diese dramatische Fehlentwicklung darf nicht ohne Konsequenzen bleiben: Die Rahmenbedingungen für einen zukunftsfähigen Wettbewerb müssen neu geschaffen werden. Denn gut 20 Jahre nach der UNCED in Rio (United Nations Conference on Environment and Development) überschreitet der Ressourcenverbrauch von Jahr zu Jahr schneller die globale Biokapazität. Nach Berechnung der UNEP-Finanz-Initiative von 2011 entsprachen 2008 die externalisierten Umweltkosten weltweit umgerechnet rund 4.800 Milliarden Euro, etwa elf Prozent des globalen Brutto-sozialprodukts.

Earth Overshoot Day als Marke des Raubbaus

Ein Parameter für diesen – fortschreitenden – Prozess ist der sogenannte Earth Overshoot Day. Bestimmt wird damit der Tag des Jahres, an dem die Ressourcen fürs laufende Jahr eigentlich aufgebraucht sind. Man kann den Earth Overshoot Day auch den ökologischen Fußabdruck des Menschen pro Jahr nennen. Er zeigt die Aufzehrung der globalen Gemeinschaftsgüter in Jahreszyklen an und ist damit eine Art Maß für die Überschreitung der Biokapazität der Erde. Anschauliches Beispiel ist der Earth Overshoot Day deshalb, weil er im Kalender immer weiter nach vorne wandert. Fiel er 1993 noch auf den 21. Oktober, war er 2003 schon einen ganzen Monat vorgerückt. 2012 fiel er auf den 22. August, 2013 kam er zwei Tage früher – am 20. August.

An diesem Tag waren die Ressourcen erschöpft, zu deren Erneuerung die Erde ein ganzes Jahr braucht. Ab diesem Zeitpunkt begeben wir uns in den „ecological overshoot“ (Global Footprint Network 2014), das heißt, der Earth Overshoot Day markiert den Tag, an dem wir beginnen, über unsere natürlichen Ressourcen hinauszugehen. Wir beginnen, unsere globalen Ressourcenvorräte abzubauen – kurz: Wir treiben Raubbau an unseren Vorräten und den Lebensgrundlagen unserer Nachkommen. Obwohl der Earth Overshoot Day nur eine grobe Schätzung des Ressourcenverbrauches innerhalb einer bestimmten Zeit darstellt, ist er (bislang) das einzige Instrument, das uns die Lücke zwischen unserem Bedarf/Verbrauch an/von Ressourcen und der Kapazität unserer Erde veranschaulicht.

Wettbewerb verlangt Externalisierung

Im Wettbewerb verlangt es die Marktordnung nämlich von den Unternehmen immer stärker – sie erkennt es gar als *Marktleistung* an –, Risiken und Kosten zeitlich und räumlich in die Gemeinschaft abzuwälzen, wenn sie mit einem Produkt am Markt konkurrenzfähig bleiben wollen. Durch diese völlig legale Externalisierung von Kosten, anders gesagt, durch den Raubbau an den (meis-

tens endlichen) Ressourcen, werden Gewinne erhöht und Wettbewerbsvorteile erzielt. Diese Praxis ist zu einem wichtigen Wachstumsmotor geworden. Kaum ein Unternehmen ist frei von diesem Wettbewerbszwang, wenn es am Markt bestehen will.

Externalisierung von Kosten ist somit das Gegenteil von Nachhaltigkeit. „Extern“ sind ungeschützte Gemeingüter wie Atemluft, Biodiversität, Bodenfruchtbarkeit, Fischreichtum, Klimasystem, Rohstoffvorkommen, Trinkwasser – auch Arbeitskräfte und kulturelle Güter. Sie sind „natürliche Lebensgrundlagen“ (Art. 20a GG), „Güter der Allgemeinheit“ (BverfGE 93, 319). Nachhaltigkeit verlangt, dass sie auch für künftige Generationen verfügbar bleiben (Brundtland-Report). Wer sie nutzt, muss sie entweder so schonend behandeln, dass sie sich selbst regenerieren können, oder mindestens im gleichen Maß der Abnutzung wiederherstellen bzw. gleichwertigen Ersatz leisten – kurz: Erhaltungs- oder Ersatzinvestitionen tätigen. „Diese Aufwendungen selbst tragen, heißt die Kosten der Erhaltung genutzter Gemeingüter internalisieren“ (Hoffmann 2012). Daraus folgt nicht, den Wettbewerb abzuschaffen, sondern ihn zukunftsfest zu machen. Das aber ist nur möglich durch Zurückdrängung der Externalisierung, durch Internalisierung externer Kosten – durch nachhaltige Entwicklung.

Nachhaltigkeit als Staatsziel

In einem für das erste der beiden Fachgespräche vorbereiteten Positionspapier mit dem Titel „Nachhaltigkeit in das Eigentums- und Wettbewerbsrecht!“ forderte Gerhard Scherhorn, nachhaltige Entwicklung als vorrangiges Staatsziel zu etablieren.² Nachhaltigkeit verlange, dass die allgemeinen Lebensgrundlagen auch für künftige Generationen verfügbar blieben. Das heiße nicht, dass wir sie nicht verändern dürften, aber nur in verantwortbar nachhaltiger Art und Weise: Wer Gemeingüter nutze, müsse auch für ihre Erhal-

tung sorgen, dürfe also notwendige Erhaltungskosten nicht „externalisieren“. Die Grundgesetzschriften über den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen (Art. 20a GG) und der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14.2 GG) begründen laut Scherhorn „kein subjektives Recht, sondern sie bedürfen gesetzlicher Regelung. Diese müsste dem Grundrecht auf Privateigentum gleichstehen und, was die Erhaltung genutzten Gemeineigentums betrifft, sogar vorgehen.“

Zu einem vorrangigen Staatsziel werde nachhaltige Entwicklung aber erst, wenn das Eigentumsrecht durch eine Nachhaltigkeitspflicht des Eigentums ergänzt bzw. eingeschränkt werde. Dem folgend verlangte Scherhorn die verbindliche Einführung von Externalisierungsbilanzen für Unternehmen und Behörden in vorgeschriebenen Zeiträumen. Daraus sollten erforderliche Maßnahmen abgeleitet werden. Diese müssten „der öffentlichen Kritik zugänglich sein, zumindest einer teilöffentlichen Kritik durch Institutionen der Zivilgesellschaft“. Es gehe „um die Verpflichtung auf einen permanenten Prozess“, damit „sich ein Bewusstsein davon durchsetzt, dass die bisherige Praxis der Externalisierung unrecht ist, weil sie die Gemeinressourcen aufzehrt, die doch für alle da sind – für das Ganze nicht nur der Menschen, sondern auch der Erde“.

Gesetzesveränderungen für nachhaltigen Wettbewerb

Scherhorn begründete damit seine Forderung, eine Nachhaltigkeitspflicht in das BGB und das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) einzufügen. Es stelle unlauteren Wettbewerb dar, wenn Unternehmen sich einen Marktvorteil verschafften, indem sie die beim Verzehr von Gemeingütern entstehenden Kosten externalisierten – und das als Marktleistung angesehen werde. Die von ihm vorgeschlagene Änderung des BGB solle die Nutzer_innen von Gemeingütern zur Mäßigkeit verpflichten, während die Änderung des

2 Soweit nicht anders angegeben, bezieht sich die vorliegende Darstellung des Vorschlags eines Externalisierungsverbots auf das Positionspapier von Scherhorn (2012) sowie die im Anhang veröffentlichten Beiträge der FG EÖR und von Johannes Hoffmann.

UWG diese Mäßigungspflicht durch gegenseitige Überwachung im Sinne des mittelalterlichen Allmendepinzips absichern sollte. Denn moderne, industrielle Produktionsprozesse im globalen Wirtschaftssystem seien durch hohen Verbrauch endlicher natürlicher Ressourcen gekennzeichnet. Deshalb müsse der Gesetzgeber die Erhaltung der Gemeingüter vorschreiben, indem er es zur Pflicht mache, das Verbrauchte wiederherzustellen bzw. zu ersetzen oder das Gemeingut so schonend zu behandeln, dass es sich selbst regenerieren könne.

Auf Basis dieser Forderungen entwickelte die FG EÖR im Rahmen ihrer Initiative „Nehmen & Geben“ Vorschläge für Vorschriften zur Vermeidung von Externalisierung. So sollen Unternehmen durch Änderungen im Eigentums- und Wettbewerbsrecht dazu gebracht werden, nachhaltig zu wirtschaften, indem sie die Kosten für die Nutzung natürlicher Ressourcen internalisieren. Zu diesem Zweck soll u. a. das im § 903 BGB geregelte Eigentumsrecht eingeschränkt und Externalisierung als Marktleistung auszugeben verboten werden (§ 4 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb – UWG).

Das Externalisierungsverbot überwachen sollen die Wettbewerber selbst: Unternehmen, die gegen die Regelungen verstoßen, können demgemäß von jedem Wettbewerber, von Berufsverbänden, Kammern oder Umwelt- und Verbraucherorganisationen verklagt werden und müssen dann nachweisen, dass sie internalisieren. Langfristig will die FG EÖR die Forderung der Internalisierung auch auf „soziale und kulturelle Lebensgrundlagen als Gemeinressourcen“ ausweiten.

Zum Schutz des Gemeinguts

Der wirksame Schutz eines Gemeinguts ist durch das Zusammenwirken von zwei Maßnahmen zu erreichen:

- Im Eigentumsrecht muss ausdrücklich die Pflicht des Eigentümers formuliert werden, die von ihm genutzten natürlichen Lebensgrundlagen zu erhalten, auch wenn das den Verzicht auf kurzfristig ertragreichere, langfristig aber

schädliche Nutzungsweisen erfordert. In allgemeiner Form könnte das durch einen zusätzlichen Absatz 2 des § 903 BGB geschehen, der etwa folgenden Wortlaut hätte:

„Der Eigentümer kann die ihm zugänglichen natürlichen Lebensgrundlagen als Gemeinressourcen für seine Zwecke nutzen. Er muss aber organische Ressourcen ihrer Natur gemäß behandeln und dafür sorgen, dass sie sich regenerieren können, und muss verbrauchte anorganische Ressourcen entweder durch gleichwertige andere ersetzen oder durch Wiedergewinnung (Recycling in *closed loops*) erneuern.“

- Im Wettbewerbsrecht muss diese Vorschrift durch das Verbot ergänzt werden, Externalisierungen als Marktleistungen auszugeben. In § 4 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) müsste als Absatz 12 eingefügt werden:

(Unlauter handelt insbesondere, wer) „12. den Eindruck erweckt, ein niedriger Preis oder eine besondere Qualität oder Ausstattung eines Produkts sei auf die Marktleistung des Anbieters zurückzuführen, obwohl der Vorteil auf der Unterlassung von Aufwendungen zur Erhaltung genutzter natürlicher Lebensgrundlagen nach § 903 Abs. 2 BGB beruht.“

Des Verschweigens einer Externalisierung beschuldigte Unternehmen müssen dann, um sich zu verteidigen, nachweisen, dass sie die Kosten *tatsächlich internalisiert haben*. Sie können nach § 8 UWG von jedem Mitbewerber, von Berufsverbänden, Kammern, Umwelt- und Verbraucherschutzorganisationen beim zuständigen Landgericht verklagt werden. Gelingt ihnen der Nachweis der Internalisierung nicht, so können sie nach § 10 zur Herausgabe des Externalisierungsgewinns an den Bundeshaushalt verpflichtet werden. Die Mitbewerber können nach § 9 Ersatz des ihnen entstandenen Schadens und nach § 12 Ersatz der ihnen zur Anspruchsdurchsetzung entstandenen Aufwendungen fordern. Zudem kann

das Gericht nach § 12 der obsiegenden Partei die Befugnis zusprechen, das Urteil auf Kosten der unterliegenden Partei öffentlich bekanntzumachen.

Eine flankierende Regelung sollte den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nach §§ 17-19 UWG und §§ 203f StGB für diejenigen Beschäftigten des Unternehmens aussetzen, die mit Informationen dazu beitragen, dass eine Zuwiderhandlung gegen § 903 Abs. 2 aufgedeckt wird.

So kann aus dem UWG ein – auch vorbeugend – wirksames Instrument zur Durchsetzung der Erhaltungspflicht werden. Es würde den Markt dem Prinzip der Allmende annähern. Dieses besteht in der durch gegenseitige Überwachung der Nutzer_innen gesicherten Mäßigung der Ansprüche an die genutzte Gemeinressource. § 903 Abs. 2 würde die Nutzer_innen zur Mäßigung ihrer Ansprüche verpflichten, und § 4 Abs. 12 UWG würde die Mäßigung durch gegenseitige Überwachung sichern. Zur Überwachung sind die konkurrierenden Unternehmen besser befähigt als jede Behörde, denn da sie das jeweilige Produkt oder ein Äquivalent selbst herstellen bzw. vertreiben, können sie auch die Kosten genauer beurteilen als Außenstehende.

Und wenn eine zuständige Behörde ein externalisierendes Wirtschaftssubjekt nach dem erweiterten § 903 BGB unmittelbar wegen Zuwiderhandlung gegen Abs. 2 verklagt, so bietet das UWG einen Anhaltspunkt für die anzuwendenden Sanktionen. Denn auch dann müsste die Strafe zumindest in der Internalisierung der Kosten, in der Herausgabe des Externalisierungsgewinns und in der öffentlichen Bekanntmachung des Urteils bestehen.

Weiterführende Vorschläge der FG EÖR

Zur weiteren Entwicklung des Gemeingüterschutzes werden von der FG EÖR die folgenden Vorschläge für verschiedene Rechtsgebiete unterbreitet:

- **Artikel 14 GG:** Der Artikel 14, Abs. 2 GG sollte durch die Begriffe „Nachhaltigkeit“ bzw. „Naturverträglichkeit“ ergänzt werden – etwa so: „Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll nachhaltig zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.“
- **BGB:** Die zivilgesellschaftliche Reflexion über den Schutz der Gemeingüter darf nach Ansicht der FG EÖR nicht bei den natürlichen Lebensgrundlagen Halt machen. Sie muss auch die sozialen Lebensgrundlagen als Gemeinressourcen betrachten wie die *Partizipation* aller Erwerbswilligen an einem gesellschaftlichen System selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit, die soziale Integration von Neuhinzukommenden und Benachteiligten, die Gleichheit der *Bildungschancen*, die soziale und gesundheitliche Sicherung, die gerechte *Verteilung* der Einkommen und Vermögen, um nur die wichtigsten zu nennen.³ Die sozialen Lebensgrundlagen sind jedoch im allgemeinen Verständnis so verschieden von den natürlichen, dass ihr Schutz gesondert geregelt werden sollte, vorzugsweise in einem Absatz 3 des § 903 BGB, der etwa folgenden Wortlaut haben könnte:

„Der Eigentümer hat im Rahmen seiner Befugnisse auch Verantwortung für die sozialen Lebensgrundlagen, die er für seine Zwecke nutzt wie die gesellschaftliche Integration, die Gleichheit der Bildungs- und Beschäftigungschancen, die soziale und gesundheitliche Sicherung, die gerechte Verteilung der Einkommen. Er darf durch seine eigenen Handlungen nicht zu ihrer Verschlechterung beitragen.“

3 Wie die natürlichen hat auch die Erhaltung und ggf. Kultivierung der sozialen Gemeinressourcen Zielcharakter, weshalb die Erhaltungspflicht den eigenen Beitrag zur Verbesserung einschließen kann, auch wenn dieser nicht einklagbar ist. Die Erhaltung der sozialen Lebensgrundlagen begründet eine besondere Verantwortung der sie nutzenden Unternehmen.

- **GWB:** Flankierend sollten Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die einander eine Internalisierung bestimmter von ihnen bisher abgewälzter Kosten zusichern, vom Kartellverbot ausgenommen werden. § 7 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, Sonstige Kartelle) – und Art. 81 (3) des EU-Vertrags analog dazu – sollte etwa wie folgt ergänzt werden: „(3) Vereinbarungen und Beschlüsse, in denen sich Unternehmen zusichern, dass sie im Interesse der nachhaltigen Entwicklung Kosten aufwenden werden, um zur Erhaltung oder Wiederherstellung oder Substitution eines bei der Produktion oder dem Vertrieb genutzten Gemeinguts (z.B. Rohstoff, Boden- oder Luftqualität, Klima, Fischbestand, Artenvielfalt ...) beizutragen, können auf Vorschlag des zuständigen Ministeriums vom Verbot des § 1 für begrenzte Zeit freigestellt werden.“
- **AktG:** In § 76 (1) sowie Art. 4.1.1 des **Deutschen Corporate Governance Kodex** sollten die Unternehmensvorstände auf den Schutz der naturgegebenen und der gesellschaftlichen Gemeingüter verpflichtet werden, die unsere Lebens- und Produktionsgrundlagen bilden – des Natur- und Sozialkapitals. Dabei muss sichergestellt sein, dass die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ (§ 93.1) nicht verletzt wird, wenn er etwa Umweltschutzinvestitionen anordnet, die Arbeitsbedingungen verbessert oder durch Arbeitszeitverkürzung Entlassungen vermeidet. § 93 AktG sollte etwa um den Satz ergänzt werden: „Zu den Sorgfaltspflichten eines Vorstandsmitgliedes gehört es auch, sich über zwingende Erfordernisse der Gemeinverträglichkeit seiner Entscheidungen oder ihrer Auswirkungen auf die Volksgesundheit hinreichend zu informieren und sie zu beachten.“
- **KWG und InvG:** Ins Kreditwesengesetz und ins Investmentgesetz muss die Verpflichtung zu einer zertifizierten Anlageberatung aufgenommen werden, welche die Investor_innen darüber informiert, ob Anlageprodukte natur- und sozialverträglich sind. Erst dadurch kann ethische Geldanlage mit der Zeit zur allgemeinen Norm werden. Eine mögliche Formulierung:

„Bei der Wertpapierberatung ist es die Pflicht der Unternehmensleiter und der Anlageberater, auch über bekannte gemeinschädliche oder gesundheitsschädliche Folgen der Produktionsmethoden, welche das die Anlagepapiere ausgebende Unternehmen anwendet, sowie über alternative Anlagemöglichkeiten zu informieren.“

Weiter sollten Kapitalanlagegesellschaften in Abschnitt 2 § 9 InvG zu nachhaltiger Geldanlage verpflichtet werden. Dazu müsste Abs. 2 Ziff. 1 etwa wie folgt geändert werden: „Die Kapitalanlagegesellschaft ist verpflichtet, 1. bei der Ausübung ihrer Tätigkeit im Interesse ihrer Anleger, der Integrität des Marktes und der Erhaltung der naturgegebenen Gemeingüter zu handeln. Sie muss sich bei der Anlage der verwalteten Investmentvermögen an den Nachhaltigkeitsbewertungen anerkannter Ratingagenturen orientieren.“

- Schließlich sollte die **EU** entsprechende Richtlinien erlassen, indem sie die „Schwarze Liste“ der Richtlinie 2005/29/EU über unlautere Geschäftspraktiken im Binnenmarktverkehr um das Verschweigen von Externalisierungspraktiken ergänzt, also Art. 101, 3 des Lissabon-Vertrags so interpretiert wie hier für den § 1 des GWB vorgeschlagen wird, und in die Vorschriften für die Europäische Aktiengesellschaft ebenfalls eine Verpflichtung der Unternehmensführung auf nachhaltige Entwicklung einfügt.

Rechtlich kompatibel?

GG-, EU- und WTO-tauglich?

Für die Umsetzung der erarbeiteten Vorschriften ist die Beantwortung der Frage nach ihrer Verträglichkeit mit nationalem Recht, mit EU- und WTO-Bestimmungen unumgänglich. Oftmals sieht sich die FG EÖR, wenn sie ihre Vorschläge, vor allem zum Wettbewerbs- und zum Eigentumsrecht im Gespräch mit Politiker_innen vorstellt, mit dem Einwand konfrontiert: „Aber Deutschland kann keinen Alleingang in der Sache unternehmen. Sind diese Vorschläge EU- und WTO-kompatibel?“ Darauf verwies die FG EÖR zu-

nächst einmal auf den Alleingang der Japaner mit ihrem *Toprunner*⁴. Das vom METI, dem Wirtschaftsministerium in Japan, erlassene Gesetz wurde von der japanischen Industrie zunächst heftig kritisiert. Man befürchtete, im globalen Kontext nicht mehr wettbewerbsfähig zu sein. Das Gegenteil war der Fall. Für die Japaner wurde das Toprunner-Modell zu einem Erfolgsmodell. Zudem war die FG EÖR bisher einfach davon ausgegangen, dass diese Kompatibilität gegeben sei. Was die Regelungen der WTO betrifft, ist zwar ein für den Schutz von Gemeingütern relevanter Passus im TRIPS-Abkommen zu finden (Artikel 27, Abs. 2.; vgl. Correa 2000: 64). Dieser Verweis allein reicht aber natürlich nicht aus, um die rechtliche Kompatibilität von Nachhaltigkeitskriterien angemessen zu klären. Daher empfand es die FG EÖR als sehr hilfreich, dass die Friedrich-Ebert-Stiftung im Rahmen ihres Fortschrittsforums⁵ juristische Fachgutachten in Auftrag gegeben und finanziert hat. Sie werden in diesem Band erstmals veröffentlicht.

Während Jens Lowitzsch, Herwig Roggemann und Denis Suarsana die „Rechtliche Verankerung eines eigentumsrechtlich ausgestalteten Externalisierungsverbots“ untersuchen, beleuchtet Christian Pitschas in seinem Gutachten die „Verankerung von Nachhaltigkeitsgrundsätzen im Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung der Bestimmungen der WTO und EU“. Sie prüfen eine mögliche rechtliche Verankerung auf nationaler und europäischer Ebene und erörtern, ob und wie ein solches Externalisierungsverbot umgesetzt werden könnte und welche rechtspolitischen Fragen dadurch aufgeworfen werden. Beide Gutachten bescheinigen den Vorschlägen der FG EÖR zur Änderung des Wettbewerbs- und Eigentumsrecht in Deutschland EU- und WTO-Kompatibilität.

Damit ist nach Ansicht der FG EÖR eine wichtige Frage beantwortet. Zu klären ist aber noch, welche kurz- und langfristigen Veränderungen der Wirtschaft und des Arbeitsmarkts die Umsetzung der Vorschläge zur Folge hätten – hier ist Raum für weitere Untersuchungen.

Literaturverzeichnis

- Correa, Carlos Maria 2000: Intellectual Property Rights, the WTO, and Developing Countries: The TRIPS Agreement, London.
- Global Footprint Network 2014: World Footprint, http://www.footprintnetwork.org/de/index.php/GFN/page/video_overshoot_explained/ (10.8.2014).
- Scherhorn, Gerhard 2012: Nachhaltigkeit in das Eigentums- und Wettbewerbsrecht!, <http://www.nehmenundgeben.de/aufruf> (23.11.2014).

4 Der Toprunner-Ansatz basiert als Instrument des Klimaschutzes auf der Verknüpfung von staatlicher Regulierung und Verbraucherinformation durch Label, siehe: <http://oekologisches-wirtschaften.de/index.php/oew/article/view/332/332>.

5 Das Fortschrittsforum fand bis Ende 2013 statt (vgl.: <http://issuu.com/fortschrittsforum/docs/wie-wollen-wir-leben-und-arbeiten/1?e=7675801/4126172>).

Rechtliche Verankerung eines eigentumsrechtlich ausgestalteten Externalisierungsverbots

Jens Lowitzsch, Herwig Roggemann, Denis Suarsana

1. Executive Summary

Dieses Gutachten untersucht, welche möglichen rechtlichen Anknüpfungspunkte, aber auch Hindernisse bei der Einführung eines Externalisierungsverbots in das Eigentums- und Wettbewerbsrecht bestehen und welche rechtspolitischen Aspekte sowohl auf nationaler wie europäischer Ebene zu beachten wären. Wie sich für Deutschland dabei zeigt, bietet der Funktionswandel des Eigentums, der sich über die letzten Jahrzehnte in der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts (BVerfG)* manifestierte, dafür den Ausgangspunkt. Aus der in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Bedeutung der aus seiner verfassungsrechtlich verankerten Sozialpflichtigkeit (Art. 14 GG) abgeleiteten Sozialfunktion des Eigentums lässt sich ein nachhaltiger Eigentumsbegriff, der dem hier diskutierten Vorschlag der Forschungsgruppe Ethisch-Ökologisches Rating (FG EÖR) für ein Externalisierungsverbot entspricht, begründen. Die praktische Umsetzung eines solchen Verbots sähe sich gleichwohl mit erheblichen Schwierigkeiten konfrontiert. Auch sie werden hier diskutiert.

Anknüpfungspunkte für die langfristige Umsetzung eines Externalisierungsverbots finden sich auch in anderen europäischen Staaten. Ähnlich wie in Deutschland kennen manche Länder eine Sozialpflichtigkeit des Eigentums als Verfassungsschranke. In vielen anderen Staaten, in denen ein solches Verfassungsprinzip nicht existiert, kann zumindest auf verfassungsrechtlich verankerte Nachhaltigkeitsprinzipien Bezug genommen werden. Was die Ebene der EU betrifft, hält sich das europäische Vertragswerk im Eigentumsrecht zwar mit Rücksicht auf divergierende nationale Eigen-

tumsordnungen zurück (vgl. Art. 345 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV). Art. 17 der EU-Grundrechtscharta sowie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) lassen jedoch die zunehmende Entwicklung eines eigenständigen europarechtlichen Eigentumsbegriffs erkennen. Dieser umfasst insbesondere auch die vom EuGH in Anlehnung an das BVerfG entwickelte Sozialpflichtigkeit.

Trotz dieser Ansatzpunkte für eine rechtliche Umsetzung des Externalisierungsverbots auf europäischer Ebene muss angesichts der nach wie vor erheblichen rechtlichen Divergenzen und wirtschaftlichen Ungleichgewichte innerhalb der EU die tatsächliche Einführung eines solchen Verbots kurzfristig als wenig wahrscheinlich eingeschätzt werden – sowohl mit Blick auf eine gesamteuropäische Lösung wie auch für einen nationalen Alleingang Deutschlands. Dennoch ist festzuhalten, dass der in diesem Gutachten diskutierte Vorschlag der FG EÖR in einen größeren Zusammenhang einzuordnen ist, der den unbestreitbar dringlichen Forderungen nach einem Mehr an Nachhaltigkeit im globalen Wirtschaftsprozess eine immer größere Bedeutung zukommen lässt. Folglich kann der Vorschlag der FG EÖR zur Einführung eines Externalisierungsverbots in das deutsche Eigentums- und Wettbewerbsrecht ungeachtet seiner beschränkten Umsetzungschancen in naher Zukunft, angesichts dieser bisher noch sehr allgemeinen und weiterer Ausarbeitung bedürftigen Forderung nach mehr Nachhaltigkeit im Wirtschaftsprozess, als wichtiger Beitrag gewertet werden, erste konkretere Handlungsschritte zu unternehmen.

2. Einleitung

Im Rahmen ihrer Initiative „Nehmen & Geben“ hat die Forschungsgruppe Ethisch-Ökologisches Rating einen Vorschlag¹ erarbeitet, wie nachhaltiger Wettbewerb geschaffen sowie die Externalisierung ökologischer und sozialer Kosten durch Unternehmen verhindert werden soll. Kern des Vorschlags ist die Einführung einer Nachhaltigkeitspflicht ins Eigentumsrecht sowie eine Änderung des Wettbewerbsrechts, die Unternehmen zur Internalisierung von Externalisierungskosten zwingen würde.

Das vorliegende Gutachten soll im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) untersuchen, ob und wie ein solches Externalisierungsverbot umgesetzt werden könnte und welche rechtspolitischen Fragen – sowohl auf deutscher wie auch auf europäischer Ebene – durch eine solche Umsetzung aufgeworfen werden. Hierfür werden die folgenden Fragestellungen mit Blick auf den Vorschlag der FG EÖR zum Externalisierungsverbot eingehend beleuchtet:

- Wie stellt sich die Problematik einer möglichen Verletzung des Grundrechts auf Eigentum (Art. 14 GG) mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsrecht (insbesondere Sozialbindung, Schranken und Wesensgehalt der Eigentumsgarantie) dar? Inwieweit könnte ein Externalisierungsverbot mit dem Funktionswandel des Rechtsinstituts Eigentum, seiner Sozialbindung sowie aus der Institutsgarantie des Eigentums begründet werden?
- Ist die Umsetzung des vorgeschlagenen Externalisierungsverbots im nationalen Alleingang möglich und sinnvoll? Wie verhält sich das Eigentumsrecht anderer EU-Staaten zu dieser Problematik und wo sind gegebenenfalls Anknüpfungspunkte für eine europäische Lösung?
- In welcher Form hätte eine europäische Lösung eines solchen Externalisierungsverbots vor dem Hintergrund der Kompetenzen der EU

sowie der europäischen Entscheidungs- und Rechtssetzungsverfahren rechtspolitisch Aussicht auf Erfolg?

Vor dem Einstieg in die rechtliche Bewertung des Vorschlags zum Externalisierungsverbot im nationalen und europäischen Kontext wird im Folgenden zunächst noch einmal der Vorschlag selbst skizzenhaft dargestellt. Sodann folgt eine kurze Zusammenfassung der beiden bereits existierenden Stellungnahmen, die ebenfalls im Auftrag der FES zu spezifischen Aspekten des Ansatzes eines Externalisierungsverbots verfasst wurden. Schließlich werden unmittelbar vor der rechtlichen Prüfung einer Umsetzung des Vorschlags mögliche Probleme bei der praktischen Durchführbarkeit eines solchen Externalisierungsverbots dargestellt und diskutiert.

Übersicht über den Ansatz zum Externalisierungsverbot

Moderne, industrielle Produktionsprozesse im globalen Wirtschaftssystem sind gekennzeichnet durch einen hohen Verbrauch endlicher natürlicher Ressourcen. Die FG EÖR bemängelt, dass Unternehmen die Kosten der übermäßigen Nutzung solcher Ressourcen auf die Gemeinschaft abwälzen bzw. externalisieren. Im Rahmen ihrer Initiative „Nehmen & Geben“ entwickelt die Forschungsgruppe daher Vorschläge, um solche Externalisierungen zu vermeiden. Unternehmen sollen durch Änderungen im Eigentums- und Wettbewerbsrecht gezwungen werden, nachhaltig zu wirtschaften, indem sie die Kosten für die Nutzung natürlicher Ressourcen internalisieren.²

Nach Überzeugung der Forschungsgruppe sind die bisher im deutschen Verfassungs- und Eigentumsrecht vorhandenen Regelungen zur nachhaltigen Nutzung des Eigentums (die Sozialpflichtigkeit des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG sowie der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen nach Art. 20 a GG) nicht ausreichend, da durch sie kein subjektives Recht begründet

1 Vgl. den Beitrag der FG EÖR „Positionspapier: Projekt Ethisch-Ökologisches Rating: Für Nachhaltigkeit im Eigentums- und Wettbewerbsrecht!“

2 Soweit nicht anders angegeben, bezieht sich die vorliegende Darstellung des Vorschlags eines Externalisierungsverbots auf den im Anhang veröffentlichten Beitrag der FG EÖR (siehe Fn. 1).

werde. Daher bedürfe es einer ausdrücklichen einfachgesetzlichen Regelung der Nachhaltigkeitspflicht des Eigentums, um nachhaltige Entwicklung nicht nur zu einem Staatsziel, sondern zu einer verbindlichen Rechtspflicht zu machen (Scherhorn 2012). Zu diesem Zweck soll das Eigentumsrecht durch einen zusätzlichen Absatz 2 des § 903 BGB wie folgt ergänzt werden³:

„Der Eigentümer kann die ihm zugänglichen natürlichen Lebensgrundlagen als Gemeinressourcen für seine Zwecke nutzen. Er muss aber organische Ressourcen ihrer Natur gemäß behandeln und dafür sorgen, dass sie sich regenerieren können, und muss verbrauchte anorganische Ressourcen entweder durch gleichwertige andere ersetzen oder durch Wiedergewinnung (Recycling in closed loops) erneuern.“

Dieses Gebot soll zusätzlich durch ein Verbot ergänzt werden, Externalisierungen als Marktleistungen auszugeben. Hierfür soll Abs. 12 in § 4 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) wie folgt eingefügt werden:

(Unlauter handelt insbesondere, wer) „12. den Eindruck erweckt, ein niedriger Preis oder eine besondere Qualität oder Ausstattung eines Produkts sei auf die Marktleistung des Anbieters zurückzuführen, obwohl der Vorteil auf der Unterlassung von Aufwendungen zur Erhaltung genutzter natürlicher Lebensgrundlagen nach § 903 Abs. 2 BGB beruht.“

Die Überwachung eines solchen Externalisierungsverbots soll durch die Wettbewerber_innen bzw. die konkurrierenden Unternehmen selbst erfolgen, da diese besser als eine Behörde in der Lage seien, die Externalisierungskosten eines Unternehmens einzuschätzen. Unternehmen, die im Verdacht stünden, gegen § 4 Abs. 12 UWG zu verstoßen, könnten demnach gemäß § 8 UWG jedem/jeder Wettbewerber_in, Berufsverbänden, Kammern oder Umwelt- und Verbraucherorgani-

sationen beim jeweilig zuständigen Landesgericht verklagt werden. Das beklagte Unternehmen müsste dann nachweisen, dass keine verbotene Externalisierung vorliegt, die Kosten also tatsächlich internalisiert wurden. Gelingt dem beklagten Unternehmen dieser Nachweis nicht, könnten Wettbewerber_innen von diesem gemäß § 9 UWG Schadensersatz und gemäß § 12 die entstandenen Kosten zur Anspruchsdurchsetzung einfordern. Darüber hinaus könnte das zuständige Gericht gemäß § 12 UWG dem/der Kläger_in das Recht zusprechen, das Urteil auf Kosten des unterlegenen Unternehmens öffentlich zu machen.

Langfristig soll ein solches Externalisierungsverbot jedoch nicht allein auf natürliche Ressourcen beschränkt bleiben. Vielmehr fordert die Forschungsgruppe eine Erweiterung der Regelungen auch auf „soziale Lebensgrundlagen als Gemeinressourcen“. Diese solle gesondert geregelt werden, nämlich in einem zusätzlichen Absatz 3 des § 903 BGB, der wie folgt lauten soll:

„Der Eigentümer hat im Rahmen seiner Befugnisse auch Verantwortung für die sozialen Lebensgrundlagen, die er für seine Zwecke nutzt, wie die gesellschaftliche Integration, die Gleichheit der Bildungs- und Beschäftigungschancen, die soziale und gesundheitliche Sicherung, die gerechte Verteilung der Einkommen. Er darf durch seine eigenen Handlungen nicht zu ihrer Verschlechterung beitragen.“

Durch diese Anpassungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie des Wettbewerbsrechts zielt der Vorschlag der Forschungsgruppe auf die Einführung eines umfassenden und zugleich eigentumsrechtlich bindenden Externalisierungsverbots. Dieses geht weit über die bisher eher punktuellen Regelungen hinaus, z. B. Verbote von gewissen Produktionspraktiken oder Emissionsbegrenzungen für den Ausstoß bestimmter Schadstoffe. Dadurch soll insbesondere die generelle Vernachlässigung des Gemeingüterschutzes durch das BGB ausgeräumt werden.

³ Scherhorn (2012) fordert in seinem Impulsreferat eine wortgleiche Ergänzung auch als Abs. 3 in Art. 17 der Grundrechte-Charta der EU. Diese Forderung findet sich allerdings nicht in dem Positionspapier der FG EÖR.

Stand und kurze Zusammenfassung der existierenden Stellungnahmen

Im Frühjahr 2013 wurden bereits zwei von der FES in Auftrag gegebene Gutachten zum oben ausgeführten Vorschlag eines Externalisierungsverbots der FG EÖR vorgelegt. Während die Studie von Felix Ekaradt von der Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik in Leipzig die „Verankerung von Nachhaltigkeitsgrundsätzen in ökonomischen Instrumenten und im Wettbewerbsrecht – auch unter Berücksichtigung des Europarechts“ (Ekaradt 2013) beleuchtet, untersucht der hier vorliegende Beitrag von Christian Pitschas die „Verankerung von Nachhaltigkeitsgrundsätzen im Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung der Bestimmungen der WTO“. Beide Gutachten gehen jedoch nur am Rande auf den konkreten Vorschlag der Forschungsgruppe ein.

Ekaradt fasst in seinem Gutachten zunächst die politische und wissenschaftliche Debatte zum Thema Nachhaltigkeit zusammen und diskutiert anschließend kritisch die unterschiedlichen ökonomischen Instrumente zur Implementierung nachhaltigen Handelns in der Wirtschaft. Insbesondere geht er hier auf mögliche Modelle der Mengensteuerung (z. B. Zertifikatsmärkte oder Verbrauchssteuern) ein, die aus seiner Sicht die beste Lösung bieten, um eine Internalisierung des natürlichen Ressourcenverbrauchs zu erreichen. In den hier zu diskutierenden Vorschlägen zu einem Externalisierungsverbot sieht er hingegen keinen Mehrwert – er übt im Gegenteil sogar scharfe Kritik daran. Hauptkritikpunkt ist die vorhandene Unschärfe eines allgemeinen Begriffs wie Externalisierung. Gemäß dem Vorschlag der Forschungsgruppe wäre es Aufgabe der zuständigen Landesgerichte, diesen Begriff in Einzelurteilen auszudifferenzieren. Nach Meinung Ekaradts ist es den Zivilgerichten jedoch nicht möglich, ein so komplexes Themenfeld wie Nachhaltigkeit und Klimapolitik angemessen zu bearbeiten und in ihrer Rechtsprechung umzusetzen. Darüber hinaus sieht er „ein erhebliches Demokratie- und Gewaltenteilungsproblem“, wenn derartig grundlegende, primär politische Fragen der Beantwortung durch die Rechtsprechung an Stelle des

eigentlich dafür zuständigen, demokratisch legitimierten Gesetzgebers überlassen werden. Dies sei auch insofern problematisch, als das ökologische Bewusstsein der Judikative wohl kaum weiter ausgeprägt sei als das der parlamentarischen Mehrheit.

Schließlich kritisiert Ekaradt, dass das vorgeschlagene Externalisierungsverbot einen gleitenden Übergang zu mehr Nachhaltigkeit ausschließe und so im Falle möglicher Implementierung ein erheblicher Anteil des Handelns von Unternehmen sowie Verbraucher_innen rechtswidrig wäre. Er sieht daher ökonomische Instrumente, insbesondere die Mengensteuerung, als sinnvollere Lösungen an. Diese könnten den Ressourcenverbrauch verteuern und so einer Externalisierung dieser Kosten entgegenwirken. Zudem seien solche Instrumente „deutlich zuverlässiger und demokratischer durch eine klare und vorhersehbare parlamentarische Vorgabe statt durch eine schwer durchschaubare Reihe dann kommender einzelner zivilgerichtlicher Urteile“.

Im Gegensatz zu Ekaradt geht das Gutachten von Pitschas nicht auf mögliche Schwachstellen bei der praktischen Durchführung des vorgeschlagenen Externalisierungsverbots ein. Es wird ausschließlich untersucht, ob und gegebenenfalls wie ein solches Verbot mit dem WTO-Recht vereinbar wäre. Pitschas kommt zu dem Schluss, dass eine solche Vereinbarung grundsätzlich gegeben sei. Ein Externalisierungsverbot wäre nämlich dann mit dem WTO-Recht vereinbar, wenn es entweder den Grundsatz der Nichtdiskriminierung – der eine zentrale Rolle in der Rechtsordnung der WTO spielt – unverletzt lasse oder aber sich auf solche Nachhaltigkeitskriterien berufe, die eine Ausnahme von diesem Grundsatz zulassen. Wenn diese Bedingungen erfüllt seien, könne ein solches Verbot im Rahmen tarifärer Handelshemmnisse (z. B. Zölle, zollgleiche und andere Abgaben) eingeführt werden. Während die Begründung eines solchen Externalisierungsverbots mithilfe ökologischer Kriterien grundsätzlich möglich wäre, sei die Zulässigkeit sozialer bzw. sozialpolitischer Nachhaltigkeitskriterien hingegen eher fraglich.

Probleme der Durchführbarkeit des Externalisierungsverbots und Prüfungsumfang

Vor der folgenden Prüfung einer Umsetzung des Externalisierungsverbots durch seine Verankerung im nationalen und europäischen Eigentumsrecht soll an dieser Stelle kurz auf mögliche Probleme bei der praktischen Durchführbarkeit eines solchen Vorschlags eingegangen werden. Ausgangspunkt dieser kritischen Begutachtung sind die Einwände Ekardts.

Es ist zunächst bedenklich, die inhaltliche Ausgestaltung eines so umfassenden und gleichzeitig unscharfen Begriffs wie dem der Externalisierung allein der fallbasierten Rechtsprechung von Zivilgerichten zu überlassen. Das wird besonders deutlich mit Blick auf die geforderte Einbeziehung sozialer Nachhaltigkeitskriterien in das vorgeschlagene Externalisierungsverbot. Fragen der gesellschaftlichen Integration, der Gleichheit von Bildungs- und Beschäftigungschancen, der sozialen und gesundheitlichen Sicherung oder der gerechten Einkommensverteilung sind originär politischer Natur und bedürfen der Ausgestaltung durch den demokratisch dazu legitimierten Gesetzgeber. Den Gerichten mangelt es zur Entscheidung dieser Fragen nicht nur an Legitimation, sondern möglicherweise auch an der notwendigen Kompetenz.

Die Problematik der Unbestimmtheit des Externalisierungsbegriffs geht jedoch über demokratiethoretische Fragen hinaus. Ein Verbot von Externalisierungen durch Unternehmen hätte ja nur dann Erfolg, wenn es auch über die Grenzen des eigenen Landes hinweg Gültigkeit hätte. Dies würde eine internationale Übereinkunft darüber erfordern, welches unternehmerische Verhalten nachhaltig ist und welches nicht. Neben den bekannten und erheblichen globalen Interessengegensätzen, die ein solches Unterfangen – wie die zahlreichen gescheiterten Umwelt- und Klimakonferenzen der Vergangenheit gezeigt haben – nicht realistisch erscheinen lassen, wirft diese Unbestimmtheit noch weitere praktische Probleme auf, die über die bestehenden Interessenkonflikte hinausgehen. Selbst wenn tatsächlich ein gemeinsamer Wille der internationalen Staatengemeinschaft zur Umsetzung eines solchen Exter-

nalierungsverbots vorläge, bliebe die Formulierung gemeinsamer Standards problematisch.

So wären beispielsweise die Kosten eines hohen Wasserverbrauchs in der Landwirtschaft in Südamerika wesentlich geringer als in einem von Trockenheit geplagten Land wie Bangladesch. Ähnliches gilt für den Bereich der Löhne und Arbeitsbedingungen, die in unterschiedlichen Teilen der Welt an oft ganz verschiedenen Nachhaltigkeitskriterien gemessen werden. Ein besonders eindrückliches Beispiel bietet auch der im Thesenpapier der Forschungsgruppe selbst prominent diskutierte Gegensatz zwischen konventioneller und ökologischer Landwirtschaft. Während in Westeuropa vor allem Tierschutz, die Regeneration der Natur sowie das Angebot möglichst „ursprünglicher“ Lebensmittel die Nachhaltigkeitsdebatte bestimmen, spielen in vielen, wirtschaftlich weniger wohlhabenden Teilen der Welt eher Fragen der Ernährungssicherheit – also bezahlbare Nahrungsmittel in großen Mengen – eine entscheidende Rolle. In solchen Ländern, die nicht selten auch unter trockenen und nährstoffarmen Böden zu leiden haben, sind konventionelle Anbaumethoden oder gar die Anwendung grüner Gentechnik möglicherweise sinnvoller und aus lokaler Perspektive auch nachhaltiger als ökologische Landwirtschaft.

Ein drittes zentrales Problem bei der praktischen Durchführung liegt in der Forderung einer Beweislastumkehrung. Die Forschungsgruppe schlägt vor, dass die beschuldigten Unternehmen nachweisen müssen, dass sie ihre Kosten internalisiert haben. Das ist nicht nur rechtlich bedenklich, sondern auch praktisch kaum durchführbar. In unserem komplexen globalen Wirtschaftssystem wird es einem Unternehmen nahezu unmöglich sein, einwandfrei nachzuweisen, dass in seiner gesamten Wertschöpfungs- und Lieferkette keine unerlaubte Externalisierung stattgefunden hat. Allein der Versuch eines solchen Nachweises wäre vermutlich mit enormen Kosten verbunden. Dieser Umstand würde Wettbewerber_innen die Möglichkeit eröffnen, ihre Konkurrent_innen durch entsprechende Klagen zu schädigen.

Diese kritische Bewertung der praktischen Durchführbarkeit des Vorschlags zum Externalisierungsverbot wirft die Frage auf, ob eine Mi-

schung aus spezifischen Verboten, Geboten und Instrumenten der Mengensteuerung nicht mehr Aussicht auf Erfolg hätte. Schließlich erscheint eine internationale Einigung mit Blick auf solche spezifischen Regelungen wahrscheinlicher – wie das Beispiel einzelner internationaler Regelungen zum Verbot von FCKW (Montreal-Protokoll von 1987) oder von Kinderarbeit (ILO Mindestalter-Konvention 138) deutlich macht. Ob solche Instrumente zielgerichtete Möglichkeiten zur Ausgestaltung nachhaltigen Wirtschaftens bieten, mag hier jedoch dahingestellt bleiben.

Schließlich sind die Gutachter der Auffassung, dass eine politische (Staats)Zielbestimmung wie die in dem neuen Absatz 3 zu § 903 BGB vorgeschlagene Erweiterung des Schutzbereiches auf „soziale Lebensgrundlagen als Gemeinressourcen“ das rechtspolitisch begründete Reformanliegen einer Nachhaltigkeitsschranke des Eigentums überfrachten würde und auch systematisch in dieser Form nicht in das Zivilrecht gehört. Eine programmatische Direktive dergestalt, dass der/die Bürger_in – und nicht etwa der Staat – bei der Ausübung des Eigentumsrechts *„gesellschaftliche Integration, die Gleichheit der Bildungs- und Beschäftigungschancen, die soziale und gesundheitliche Sicherung, die gerechte Verteilung der Einkommen“* zu berücksichtigen hat, ist mit dem Regelungsbe- reich des BGB nicht vereinbar. Eine solche, sich vorrangig an den Staat richtende Verpflichtung, die erwähnten Ziele nach Kräften anzustreben und sein Handeln danach auszurichten, wäre, wenn überhaupt, systematisch im Verfassungsrecht zu verorten. Die Gutachter beschränken sich aus diesem Grund bei der Prüfung auf die vorgeschlagene Ergänzung von § 903 BGB durch Einfügung eines zusätzlichen Absatzes 2 wie oben dargelegt.

Im Folgenden wird eine mögliche rechtliche Verankerung von Nachhaltigkeitsgrundsätzen im Eigentumsrecht auf nationaler wie auch auf europäischer Ebene geprüft und bewertet. Dabei geht es insbesondere um:

- die Einbeziehung eines rechtlichen Externalisierungsverbotes in den Rechtsrahmen des Sozialstaats;

- die Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Ergänzungen der zivilrechtlichen Eigentumsregelung des § 903 BGB durch einen neuen Abs. 2 mit dem bisherigen Eigentumsbegriff und den Eigentumsfunktionen;
- die Vereinbarkeit mit den Grundlagen und Schranken der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie des Art. 14 GG.

Darüber hinaus werden mögliche rechtspolitische Optionen zur Umsetzung des Vorschlags aufgezeigt und diskutiert.

3. Externalisierungsverbot und Eigentumsverfassung

Im Hinblick auf eine mögliche eigentumsrechtliche Ausgestaltung des Externalisierungsverbots einerseits sowie auf eine mögliche Verletzung des Grundrechts auf Eigentum andererseits ist vor allem der Funktionszusammenhang des Eigentums wichtig. Im Folgenden werden daher nach einführenden rechtspolitischen Erwägungen sowie einer begrifflichen Abgrenzung zunächst immanente Grenzen des Eigentums aufgezeigt. Davon ausgehend werden die Teilfunktionen des Eigentums beschrieben, wobei die Entwicklung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und der einhergehende Funktionswandel des Eigentums besonders mit Blick auf die Sozialfunktion dargestellt wird. Die Analyse der stattgefundenen Differenzierung des Einheitseigentums führt schließlich zur Verortung des Novellierungsvorschlags zu § 903 BGB hinsichtlich von Schrankensystem und Wesensgehalt des Eigentums.

Eigentum und Sozialstaat

Das bisherige Modell des Sozialstaats ist bereits seit der deutschen Wiedervereinigung, aber vor allem vor dem Hintergrund der Staatsschuldenkrise in Europa in eine Finanzierungs- und Legitimationskrise geraten (vgl. Depenheuer 2009, Roggemann 2011). Vor allem in den besonders von der Krise betroffenen Staaten Südost-, Süd-

und Südwesteuropas, aber auch in Deutschland ist zu befürchten, dass der Sozialstaat in seiner bisherigen Form und seinem Umfang ohne tief greifende Reformen nicht dauerhaft aufrechtzuerhalten sein wird.

Zunehmende und mit Recht bereits vielfach kritisierte Asymmetrien in der Einkommensentwicklung und damit verbunden in der Eigentumsstruktur, wie sie u. a. der jüngste Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung dokumentiert (BMAS 2013), bedrohen das soziale Gleichgewicht und sind geeignet, mit dem sozialen Konsens auch den gesellschaftlichen Frieden – eins der höchsten Gemeinschaftsgüter jedes Staatswesens – infrage zu stellen.

Derartige Fehlentwicklungen widersprechen ganz verschiedenen Erwägungen, insbesondere:

- rechtsethischen und verfassungsrechtlichen (Menschenwürde, Gleichheitssatz);
- arbeits- und sozialrechtlichen (Anspruch auf fairen und gleichen Lohn für gleiche Arbeit und zureichende existenzielle Sicherung);
- sozialökonomischen (Erhaltung von Arbeitskraft als „Humankapital“ und Wirtschaftsfaktor);
- sowie nicht zuletzt gesamtgesellschaftlichen (Erhaltung des sozialen und inneren Friedens).

Sie sind weder mit dem Verfassungsgrundsatz des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1; 28 Abs. 1 S. 1 GG) noch mit der dem Eigentum als Institution (gem. Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG) immanenten Sozialpflichtigkeit und seiner (gem. Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG) auf das Gemeinwohl verpflichteten Rechtsausübung, ebenso wenig mit dem Nachhaltigkeitsprinzip, das als inhärenter Verfassungsgrundsatz durch Art. 20 a und auch 109 Abs. 2 und 4 GG seit Längerem ebenfalls geltendes Verfassungsrecht ist, vereinbar.

Umgekehrt könnte die Forderung, gesetzgeberisch insbesondere auch im Sinne des hier in Rede stehenden Vorschlags zur Einführung einer gesetzlichen Verpflichtung zu nachhaltiger Eigentumsnutzung tätig zu werden, vor allem aus den folgenden Regelungen abgeleitet werden:

- dem allgemeinen Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1; 28 Abs. 1 S. 1 GG und der speziellen Sozialbindung des Eigentums in Art. 14 Abs. 2 S. 1 und 2 GG;
- den mit dem Umweltschutz und dem darin enthaltenen Nachhaltigkeitsgrundsatz als *Verfassungsauftrag* (Huster/Rux 2009) gem. Art 20 a GG an den einfachen Gesetzgeber verbundenen Schutz- und Gewährleistungspflichten.⁴

Dies gilt umso mehr angesichts bisheriger offensichtlicher Wirkungsdefizite mit der Folge zunehmender Erschöpfung der natürlichen Lebensgrundlagen und Ressourcen.

Eine derartige Gesetzesinitiative wäre, wie im Folgenden darzulegen, im Rahmen der geltenden Eigentumsverfassung und ihres Schutzsystems verfassungsmäßig. Sie ist daher langfristig auch geboten. Ob sie allerdings gegenwärtig auch in dieser Form rechtspolitisch sinnvoll oder besser gegebenenfalls zunächst durch andere, sozialstaatlich vorrangige Alternativen zu ersetzen oder zumindest zu ergänzen sei, bleibt hier dahingestellt.

Begriff und Inhalt des Eigentums

Eigentum nimmt als systemkonstituierendes Rechtsinstitut einer jeden entwickelten Wirtschaftsgesellschaft und Rechtsgemeinschaft einen zentralen Platz ein und vermittelt ihre ökonomischen, sozialen und rechtlichen Strukturen.⁵ Auch in der hier geführten Diskussion um eine einfachgesetzliche Umsetzung des Verfassungsgrundsatzes der Nachhaltigkeit ist die Vereinbarkeit mit der geltenden Eigentumsverfassung und die Einbeziehung in diese eine Kernfrage.

Dabei wird vor allem diskutiert, ob, und wenn ja, inwieweit ein den Eigentümer_innen von Produktionsmitteln zukommender Nutzen aus den natürlichen Ressourcen (Externalisierung) und somit aus der Lebensgrundlage der Allgemeinheit diese gleichzeitig verpflichtet, als Ausgleich für diese Ressourcennutzung Aufwendungen zur Er-

4 Vgl. dazu Scholz in MDH (2013), Art. 20 a, Rdn. 5ff., insofern jedoch widersprüchlich und nicht folgerichtig, als er in Art. 20 a keinen Verfassungsauftrag sehen will.

5 Vgl. hierzu und zum Folgenden m. w. N. Roggemann (2010: 61ff.).

haltung dieser natürlichen Lebensgrundlage (Internalisierung) zu treffen. Der Forderung nach ihrer Verpflichtung zur Nachhaltigkeit der Eigentumsnutzung steht das Argument der Verletzung des grundgesetzlich garantierten Schutzbereichs des Eigentums gegenüber. Verletzt sein könnte das Eigentum oder Anteilseigentum von Unternehmenseigentümer_innen, Miteigentümer_innen, Anteilseigner_innen als Gesellschafter_innen oder Aktieneigentümer_innen.

Zivilgesetz- und Verfassungsgeber haben in § 903 BGB und Art. 14 GG von einer Begriffsdefinition des Eigentums abgesehen, setzen diese vielmehr voraus und bleiben damit offen für Entwicklung und Funktionswandel des Eigentums als Rechtsinstitut. Sie bestätigen damit die Tatsache, dass „*Eigentum eine historische, keine logische Kategorie*“ ist (Gierke 1889). Die Rechtsqualität des Eigentumsrechts als Grund- und Menschenrecht ist zwar seit Langem anerkannt⁶, und Eigentum als Rechtsinstitut hat weit in die Antike reichende Wurzeln (Kaser 1960: 103ff.). Gleichwohl sind Eigentum und Eigentumsverfassung keine Konstanten, sondern historisch und sozialökonomisch abhängige Variablen – und damit auch künftiger Entwicklung und Veränderung in einem postindustriellen europäischen Sozialstaat offen.

Eigentum im Sinne des Zivilrechts regelt die Zuordnung der Sachgüter zu den Rechtssubjekten und damit zu einem wesentlichen Teil das Verhältnis von Mensch und Umwelt. Während der Eigentumsinhalt des § 903 BGB sich auf Sachen und Tiere im Sinne von § 90 und 90a BGB beschränkt⁷, umfasst die weit darüber hinausgehende verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie neben Sachen auch alle anderen vermögenswerten privatrechtlichen sowie solche durch eigene Leistung erworbenen, subjektiven öffentlichrechtlichen Rechtspositionen, über die ihr/ihre Inhaber_in privatnützig verfügen kann⁸.

Der Wirkungsbereich des Sacheigentumsrechts gem. § 903 BGB betrifft das Verhältnis des/der Eigentümer_in zu anderen Privatrechtssubjekten, der Wirkungsbereich des durch Art. 14 GG geschützten Eigentumsrechts betrifft in erster Linie das Verhältnis des Eigentümers zum Staat.⁹ Infolge der weitgreifenden Grundrechtsdrittwirkung und der die gesamte Rechtsordnung erfassenden Gestaltungswirkung der (Eigentums) Rechtsprechung des BVerfG reicht die Wirkung der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie jedoch über diesen klassischen Wirkungsbereich eines Grundrechts als Abwehrrecht hinaus und prägt auch die Privatrechtsordnung (beispielsweise BVerfG vom 26.5.1993, 1 BvR 208/93, BVerfGE 89, 1, 6).

Der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG wird eine doppelte Wirkung zugeschrieben:

- Als *Individualgarantie* soll sie als subjektives Recht das dem/der einzelnen Eigentümer_in zustehende Eigentum in seinem/ihrer vorhandenen Bestand schützen.
- Als *Institutsgarantie* soll sie den Bestand des Rechtsinstituts Eigentum als Privateigentum in der objektiven Rechtsordnung sichern (BVerfGE 24, 367, 389).

Beide Schutzzwecke sind inhaltlich und zeitlich determiniert und insofern weder total noch absolut:

- Inhaltlich umfasst der Eigentumsschutz nur, was die derzeit geltende Eigentumsgesetzgebung kraft ihrer gesetzlichen Definitionsmacht gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG als Eigentum definiert (vgl. Pieroth/Schlink 2002: 225).
- Zeitlich umfasst der Schutzbereich nur den aktuell vorhandenen Bestand des Eigentums, nicht aber Gewinnchancen, Erwartungen und künftige Aussichten.¹⁰

Diese Inhaltsschranke des verfassungsrechtlichen Eigentumsschutzes ist von besonderer Bedeutung

6 Vgl. Art. 17 der französischen Erklärung der Menschenrechte vom 24.8.1789.

7 Der eigentumstheoretische Sonderfall des menschlichen Körpers bleibt hier außer Betracht.

8 Vgl. dazu nur Wolf/Wellenhofer (2008: 22); Westermann et al. (2011: 182f.), kritisch Rittstieg (1975: 313ff.).

9 „§ 903 gilt zwischen Eigentümer und Privatpersonen. Art. 14 GG regelt in erster Linie das Verhältnis zwischen Eigentümer und Staat“, so bündig, aber verkürzt Wolf/Wellenhofer (2008: 21).

10 Vgl. BVerfGE 68, 193, 222; 74, 129, 148, dazu Pieroth/Schlink (2002: 227).

für die Bewertung der vorgeschlagenen Gesetzesänderung durch Einfügung einer ergänzenden Nachhaltigkeitspflicht in § 903 BGB¹¹. Da künftige Gewinnerwartungen nicht dem verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz unterfallen, ist die Einführung einer derartigen Ergänzungsnorm nicht deswegen verfassungswidrig, weil sie – wovon auszugehen ist – bisherige Gewinnchancen und künftige Gewinnerwartungen verringert. Dies gilt jedenfalls, soweit durch die Novellierung nicht die Wesensgehaltsgrenze berührt wird (vgl. die folgenden Ausführungen zum Schranken-system und Wesensgehalt des Eigentums).

Immanente Rechtsgrenzen des Eigentumsrechts

Ausgehend vom ursprünglichen, bürgerlich-rechtlichen Eigentumsgegenstand wird der inhaltliche Kern des Eigentums in der umfassenden Zuordnung einer Sache und damit als absolutes, gegen alle anderen Nichtberechtigten gerichtetes, diese ausschließendes „Sachherrschaftsrecht“¹² gesehen.

Diese verbreitete Formulierung ist insofern ungenau, als Rechte aus Rechtsverhältnissen nur zwischen Rechtssubjekten, nicht aber zwischen diesen und Sachen bestehen können (Säcker 2013: 415ff., 430). Es handelt sich also beim sogenannten Sachherrschaftsrecht seinem Inhalt nach ebenfalls um ein interpersonelles Rechtsverhältnis in Gestalt eines aktuellen oder potenziellen Personenherrschaftsrechts als Herrschaftsrecht des Eigentümers gegenüber dem Eigentümer, der von der Sachherrschaft über dieselbe Sache ausgeschlossen ist, oder, soweit der Eigentümer sein Sachherrschaftsrecht übertragen hat, dem Sachherrschaftswillen dieses Eigentümers unterworfen ist. Eigentum stellt daher einen wesentlichen sozialen, wirtschaftlichen und politischen Machtfaktor dar (Levy 1983: 145ff.).

Dieses Eigentumsverständnis nicht nur als „absolutes“, alle Nichteigentümer_innen ausschließendes, sondern auch umfassendes, d.h. „an sich“ anscheinend unbegrenztes Sachherrschaftsrecht ebenfalls im Verhältnis zur Natur und ihren nichtmenschlichen Lebewesen und Ressourcen, findet seine bis heute fortwirkende ideelle Überhöhung in der Philosophie des Idealismus, die Eigentum als „die äußere Sphäre der Freiheit“ des Individuums¹³ ansieht, da zwei Personen sich von sich selbst und voneinander unterscheidend, „nur als Eigentümer füreinander Dasein“ hätten (Hegel 1979: § 40). Diese Auffassung vom Eigentum als materieller Voraussetzung für die Verwirklichung persönlicher Freiheit des Individuums prägt bis heute die Eigentumstheorie und Praxis: „Für die Rechtsprechung und die herrschende Lehre ist ein tragender, wenn nicht der eigentlich tragende, innere Grund der Eigentumsgarantie die enge Verbindung von Eigentum und Freiheit“ (Wendt 1985: 80ff.)¹⁴.

Die individualrechtliche Eigentümerbefugnis wird positiv als Besitz-, Nutzungs- und Verfügungsrecht und negativ als alle anderen Nichtberechtigten ausschließendes Abwehrrecht angesehen. Diesen absoluten und idealistischen Eigentumsbegriff, der durch „Totalität (Ungeteiltheit) und Abstraktheit der Sachherrschaftsbefugnis sowie Absolutheit des Klageschutzes“ gekennzeichnet ist (Säcker 2013: Rdn. 4ff.), gilt es angesichts zunehmender Verwerfungen und Fehlentwicklungen – evident in den hochgradig asymmetrischen Sozialstrukturen einer kleinen Eigentümergesellschaft und einer großen Nichteigentümergeellschaft wie auch in den bis zu ihrer Erschöpfung ausgebeuteten Ökosystemen – kritisch zu hinterfragen und nach rechtspolitischen Auswegen zu suchen. Das gilt auch und erst recht gegenüber einer eindimensionalen, anthropozentrisch reduzierten und damit verfehlten Sicht der

11 Wonach Absatz 2 des § 903 BGB wie folgt ergänzt werden soll: „Der Eigentümer kann die ihm zugänglichen natürlichen Lebensgrundlagen als Gemeinressourcen für seine Zwecke nutzen. Er muss aber organische Ressourcen ihrer Natur gemäß behandeln und dafür sorgen, dass sie sich regenerieren können, und muss verbrauchte anorganische Ressourcen entweder durch gleichwertige andere ersetzen oder durch Wiedergewinnung (Recycling in closed loops) erneuern.“

12 Ausführlich Hecker (1990: 220ff.); kritisch gegenüber diesem anthropozentrischen, auf ihrem Wesen nach unbeschränkte Herrschaft gegenüber Sachgüterwelt und Natur gerichteten Eigentumsverständnis (ders.: 243ff.).

13 So Hegel (1979: § 41): „Die Person muss sich eine äußere Sphäre ihrer Freiheit geben, um als Idee zu sein“; dazu näher Meyer (1983: 69ff., 83).

14 Zur Entwicklung dokumentarisch Margedant/Zimmer (1993).

Dinge, die das Ganze irdischer Existenzbedingtheit, fasse man es nun als „Schöpfung“ oder als „Ökosystem“, aus dem Auge verloren hat: „Die Rechtsdogmatik hat Menschenwürde allzu oft nur in Freiheit gesehen. Sie muss sich auf den eigentumsfähigen Menschen besinnen, der sich die Erde untertan machen kann“ (Leisner 1996: 14).

Die Brisanz des Reformvorschlages durch Ergänzung des § 903 um ein rechtsverbindliches Nachhaltigkeitspostulat besteht darin, dass damit dem anthropozentrischen, abstrakt grenzenlosen Sachherrschaftsanspruch des Menschen („mit der Sache nach Belieben verfahren“) auch gegenüber Natur und Umwelt als Teilen der von ihm beherrschten Sachgüterwelt eine der Sache nach zwar immer schon existente und jedem Eigentumsrecht immanente, doch bisher nicht als solche wahrgenommene Rechtsgrenze entgegengesetzt wird. Damit würde die seit Beginn an diesem sozial defizitären, wirtschaftsliberalen Ansatz des BGB geübte Grundsatzkritik¹⁵ ein Instrument der Eigentumsauslegung und Rechtsanwendung erhalten.¹⁶

Funktionswandel des Eigentums

Eigentum ist ein multifunktionales Rechtsinstitut im Wandel.¹⁷ Die einzelnen Eigentumsfunktionen können wie folgt kurz charakterisiert und zusammengefasst werden.

Sozialökonomische Doppelfunktion des Eigentums

Eigentum bildet zugleich eine rechtliche und eine wirtschaftliche Kategorie. Ein Aspekt dieser Dualität ist die generelle Risiko- und Haftungsordnung. Einerseits liegt die wirtschaftliche Essenz

des Eigentums in dem Recht des/der Eigentümer_in auf die mit ihm gewonnenen Einkünfte.¹⁸ Andererseits bildet Eigentum die Grundlage für Wertungskalkül, dient als Risiko- sowie Haftungsordnung und ist die Grundlage eines Kreditwesens mit Kreditsicherungsmöglichkeiten, insbesondere auf der Grundlage von Grundpfandrechten an privatem Bodeneigentum. Das Rechtsinstitut Privateigentum stellt nicht nur den unentbehrlichen Rahmen für Markt- und Wettbewerbswirtschaft, sondern liefert auch die Grundlage und den Ausgangspunkt für daran anknüpfende ökonomische Kategorien: „Eigentum steht nicht neben der Ökonomie, sondern erzeugt alle Begriffe, die in Nichteigentumsökonomien sinnlos sind. Das gilt insbesondere für Zins, Geld und Kredit, aber auch für Wert, Preis, Profit und Markt“ (Heinsohn/Steiger 1997: 346).¹⁹

Ein weiterer Aspekt der genannten Dualität ist die Ein- und Abgrenzung des Individuums in seiner Beziehung zur Gesellschaft. Die Grenzen von Inklusion und Exklusion laufen eben häufig auch kongruent zu denen von Eigentümer_in und Nichteigentümer_in, da gesellschaftliche Integration in der modernen Konsumgesellschaft mehr und mehr auch mit wirtschaftlichen Möglichkeiten einhergeht, kurz: durch Eigentum vermittelt wird. Als Spiegelseite der Ermöglichung von Partizipation fördert Eigentum gleichzeitig einen wichtigen emanzipatorischen Impuls – den der Abgrenzung.²⁰ Beide Gesichtspunkte sind untrennbar mit der Bedeutung des Eigentums für die politische Stabilität einer funktionierenden Demokratie verbunden: Bereits 1788 schrieb Alexander Hamilton in den Föderalistischen Schriften: „... Macht über die Lebensgrundlage eines Menschen bedeutet Macht über seinen Willen“²¹.

15 Dazu Hecker (1990: 244) unter Hinweis auf Otto v. Gierke, Léon Duguit und Rudolf von Ihering.

16 Die wahrscheinlich weitestgreifenden Auswirkungen insbesondere im wirtschaftlichen Bereich sind allerdings kaum übersehbar und noch schwerer abschätzbar und kalkulierbar – und bedürfen daher womöglich weiterer, auch transnationaler Modellrechnungen.

17 Zu den einzelnen Eigentumsfunktionen näher Roggemann (2010: 64ff.).

18 Vgl. Kelso/Adler (1958: 15); unter Bezug auf Pollock vs. Farmers' Loan & Trust Co., United States Supreme Court Reports (Bd. 157, 1895, S. 429ff.): „For what is the land but the profits thereof? A devise of the rents and profits or of the income of lands passes the land itself both at law and in equity“.

19 Siehe auch Höscher (1996: 109): „Geld und Privateigentum bilden den kategorialen Rahmen des Marktprozesses, in dem die Akkumulation durch das Verhältnis von Zinssatz und erwarteter Profitrate bestimmt wird.“

20 Vgl. Charles (1964): „[P]roperty performs the function of maintaining independence, dignity and pluralism in society by creating zones within which the majority has to yield to the owner. Whim, caprice, irrational and 'antisocial' activities are given the protection of law ...“

21 Vgl. Hamilton (1788): „In the main, it will be found that a power over a man's support is a power over his will.“

Wirtschaftliche Unabhängigkeit wird damit zu einer wichtigen Bedingung für die Entfaltung persönlicher und politischer Freiheit.

Teilfunktionen des Eigentums

In diesem Zusammenhang lassen sich zusammenfassend vier rechtliche Teilfunktionen des Eigentums unterscheiden (Roggemann 2010: 64ff.; ders. 1997: Heft 6, 194f.; Heft 7, 225f.):

- die primäre sachenrechtliche Zuordnungs- und Abwehrfunktion durch Zuordnung der vierfachen Rechtsmacht des/der idealtypischen Eigentümer_in: zu besitzen, zu nutzen, zu verfügen sowie alle nichtberechtigten Nichteigentümer_innen hiervon auszuschließen;
- die ökonomische Funktion der Zuordnung von Eigentumswert, Haftung und Risiko;
- die Individualfunktion der personenrechtlichen Existenz- und Freiheitssicherung;
- die gesellschaftliche Integration und Wahrung sozialen Friedens: die Sozialfunktion.

Diese Teilfunktionen und die hinter ihnen stehenden Verfassungsrechtsgüter stehen zueinander in einem permanenten Spannungsverhältnis und müssen immer wieder gegeneinander ausgewogen werden.

Fokus: Die Sozialfunktion des Eigentums

Positivrechtlich ist die Sozialfunktion des Eigentums unübersehbar im Verfassungsprinzip des Sozialstaats (Art. 20 Abs. 1 GG) sowie in den Sozialbindungs- und Gemeinwohlklauseln des Art. 14 Abs. 2 S. 1 und 2 GG verankert.²² In einer Reihe richtungweisender Entscheidungen hat das Bundesverfassungsgericht einerseits den Schutzbereich der grundgesetzlichen Eigentumsgarantie den Bedürfnissen der gegenwärtigen Wirtschaftsgesellschaft und den Anforderungen des Sozialstaatsgrundsatzes entsprechend ausgeweitet, andererseits die aus der Sozialfunktion folgenden Schranken des Eigentums und seiner Rechtsausübung konkretisiert und enger gezogen. Diesen sozial-

staatlichen Interpretationsfortschritt illustrieren insbesondere folgende Entscheidungen:

- (1) Dem Wohnraumzweckentfremdungs-Beschluss vom 21.1.1974 (BVerfGE 38, 348) lag ein Streitfall wegen der Umwandlung eines Wohnhauses in Frankfurt/Main in ein Bordell zugrunde. Gegen den Hauseigentümer war wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot der Zweckentfremdung von Wohnraum ein Bußgeldbescheid ergangen.

Das BVerfG erklärte das gesetzliche Zweckentfremdungsverbot für verfassungsmäßig: Die verfassungsrechtliche Forderung einer am Gemeinwohl ausgerichteten Nutzung des Privateigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) umfasst das Gebot der Rücksichtnahme auf die Belange derjenigen Mitbürger_innen, die auf die Nutzung der betreffenden Eigentumsgegenstände angewiesen sind (BVerfGE 37, 132, 140). Dieses Angewiesensein der Mitbürger_innen begründet einen sozialen Bezug und eine besondere soziale Funktion dieser Eigentumsgegenstände.

- (2) *Im Mitbestimmungsurteil* vom 1.3.1979 (1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290 = NJW 1979, 699) erklärt das BVerfG die erweiterte Mitbestimmung der Arbeitnehmer_innen nach dem Mitbestimmungsgesetz vom 4.5.1976, wonach in Unternehmen in der Form von Kapitalgesellschaften mit in der Regel mehr als 2.000 Arbeitnehmer_innen der Aufsichtsrat je zur Hälfte aus Mitgliedern der Anteilseigner_innen und der Arbeitnehmer_innen besteht, jedoch im Konfliktfall die Zweitstimme des/der Vorsitzenden stets den Ausschlag gibt, für verfassungsmäßig.

Das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum, so argumentiert das Gericht in diesem viel diskutierten Urteil, sei zwar durch Privatnützigkeit, d. h.

²² Dazu grundlegend unter Einbeziehung des englischen und amerikanischen Rechts Rudolph (1960: 12ff., 41ff.).

Zuordnung zu einem Rechtsträger gekennzeichnet und habe die Aufgabe, diesem einen Freiraum im vermögensrechtlichen Bereich zu sichern. Das BVerfG differenziert jedoch die Funktion des Eigentums und seinen verfassungsrechtlichen Schutz je nach dem, ob es unmittelbar als Element der Sicherung der persönlichen Freiheit diene oder nicht: „Dagegen ist die Befugnis des Gesetzgebers zur Inhalts- und Schrankenbestimmung umso weiter, je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht“. Zwar umfasse der Schutz des Art. 14 GG auch das Anteilseigentum und das Eigentum der Unternehmens-träger_innen. Deren Beschränkungen durch das Mitbestimmungsgesetz seien jedoch als Inhalts- und Schrankenbestimmung im Rahmen zulässiger Sozialbindung des gesellschaftsrechtlich vermittelten Anteilseigentums an größeren Unternehmen hinzunehmen.

(3) Als bedeutsamer und viel diskutierter Wendepunkt in der Rechtsprechung ist der berühmte *Nassaukiesungs-Beschluss* des BVerfG vom 15.7.1981 (BVerGE 58, 300) angesehen worden. Einem Eigentümer, der seit 1936 auf seinen Grundstücken Kiesbaggerei betrieb, war die von ihm zur Fortsetzung des Kiesabbaus beantragte Erlaubnis nach dem Wasserhaushaltsgesetz verweigert worden, da dies die Trinkwasserversorgung einer nahegelegenen Stadt gefährdete. Ein Antrag auf Entschädigung wurde ebenfalls abgelehnt.

Das Gericht erklärte die aus dem Wasserschutzrecht folgenden Beschränkungen des Grundeigentums für verfassungsmäßig: „Das Grundgesetz hat dem Gesetzgeber den Auftrag zugewiesen, eine Eigentumsordnung zu schaffen, die sowohl dem privaten Interesse des einzelnen als auch denen der Allgemeinheit gerecht wird.“ – „Die Gewährleistung des Privateigentums als Rechtseinrichtung verbietet zwar, daß solche Sachbereiche der Privatrechtsordnung entzogen wer-

den, die zum elementaren Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören, und daß damit der durch Art. 14 gesicherte Freiheitsbereich aufgehoben oder wesentlich geschmälert wird. Daraus folgt jedoch nicht, daß jedes Rechtsgut von Verfassungen wegen einer privatrechtlichen Herrschaft unterworfen sein müsse. Die Gewährleistung des Rechtsinstituts wird nicht angetastet, wenn für die Allgemeinheit lebensnotwendige Güter zur Sicherung überragender Gemeinwohlbelange und zur Abwehr von Gefahren nicht der Privatrechtsordnung, sondern einer öffentlich-rechtlichen Ordnung unterstellt werden“ (BVerGE 58, S. 339).

Dieser vom BVerfG begründete sozialstaatliche Funktionswandel des Eigentums²³ dokumentiert den offenen Entwicklungsprozess des Rechtsinstituts Eigentum. Dieser Interpretationsprozess bedarf der Ergänzung und Fortführung durch den ökologischen Verfassungsgrundsatz der Nachhaltigkeit. Ob und wann verfassungsrichterliche Rechtsfortbildung den Weg auch zu einem solchen ökologischen Funktionswandel des Eigentums finden wird, ist offen. Die vorgeschlagene Gesetzesänderung könnte diesen fälligen Entwicklungsprozess beschleunigen. Weitgehend ungeklärte rechtliche und wirtschaftliche Auswirkungen der vorgeschlagenen Ergänzung des § 903 BGB, insbesondere im Hinblick auf Gleichbehandlung und Wettbewerbsfähigkeit, lassen jedoch die Unterstützung eines vorangehenden Interpretationswandels in Rechtsliteratur und Rechtsprechung als empfehlenswert erscheinen.

Einheitseigentum und seine Differenzierung

Die herrschende Auffassung geht (noch) von einem einheitlichen Inhalt des Eigentums aus, der nicht nach Eigentumsobjekt, d. h. den unterschiedlichen Eigentumsgegenständen (wie z. B. beweglichen Sachen und Grundstücken) oder nach Eigentumssubjekt, d. h. den unterschiedlichen Trägern des Eigentumsrechtes (wie z. B. Wohnungs- oder Aktieneigentümer_innen) unterscheidet.²⁴

23 Zu dieser „kopernikanischen Wende“ vgl. grundlegend Böhmer (1988: 2561ff.).

24 Zum Ausgangspunkt, „daß der zentrale und einheitliche Eigentumsbegriff auf einer rechtspolitischen Grundentscheidung“ beruhe, vgl. Westermann et al. (2011: 42); klarer Westermann (1953: 112f.) unter Hinweis auf vorangegangene Gegenmeinungen. Exemplarisch für das normativistische, sozialökonomische Voraussetzungen negierende Verständnis des Eigentumsbegriffs Palandt/Bassenge, § 903 BGB, Rdn. 1: „als formaler Zuordnungsbegriff ist er [der Eigentumsbegriff] unwandelbar und für alle Sachen gleich“.

Anstelle dieses mit Recht kritisierten „allgemeinen, entleerten Eigentumsbegriffs“ wird seit Langem eine Ausdifferenzierung des Eigentumsbegriffs und der ihm zugeschriebenen Rechtsfolgen entsprechend der „Abstufung verschiedener Eigentumsinhalte“ und ihrer „modifizierte(n), qualitativ unterschiedliche(n) Zuordnungspositionen“ vorgeschlagen.²⁵ Geteilte Eigentumsbegriffe mit verschiedenen Eigentumsarten wurden insbesondere unter dem Einfluss gemeinschaftsbezogener Rechtsideologien des Nationalsozialismus nach 1933 und des Staatssozialismus nach 1945²⁶ entwickelt. Das in den staatssozialistischen Wirtschaftssystemen angestrebte und weitgehend auch durchgesetzte Konzept der Beseitigung des Privateigentums an den Produktionsmitteln erwies sich als erfolglos.²⁷ „Statt von einem Extrem des isolierten Einzelnen wird zeitweilig das andere Extrem, die ‚Volksgemeinschaft‘ zum Ausgangs- und Mittelpunkt der Eigentumsordnung“ (Hecker 1990: 245). Das Ende des Staatssozialismus vor einem Vierteljahrhundert leitete mit Privatisierung und Reprivatisierung der Staatswirtschaften eine allgemeine Renaissance des Privateigentums ein.

Im Wirtschaftsverkehr der (postsozialistischen) sozialen Marktwirtschaft treten heute vor allem drei Eigentumsformen in Erscheinung:

- Privateigentum im engeren Sinne garantiert persönliche und wirtschaftliche Freiheit.
- Gesellschaftsrechtlich vermitteltes Anteils-Eigentum organisiert wirtschaftliche Kraft unabhängig von individueller Leistungsfähigkeit der Anteilseigner_innen.
- Staatseigentum sichert ein Mindestmaß an Gleichheit aller Bürger_innen.

Das in Kapitalgesellschaften verfasste Anteils-Eigentum gewinnt erst mit der breiten Einfüh-

rung der beschränkten Haftung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts an Bedeutung.²⁸ Damit einher geht die Möglichkeit der Trennung von Eigentum am Unternehmensträger und Unternehmensleitung, aber auch der damit verbundene Verlust an direkter Kontrolle (sogenanntes Prinzipal-Agent-Problem).

Die hier zur Diskussion gestellte eigentumsrechtliche Ausgestaltung des Externalisierungsverbots kann nach dem Gesagten als Konsequenz der in Art. 14 (2) GG bestimmten Sozialpflicht des Eigentums begründet werden. Seit Langem ist evident und wird auch von der Eigentumstheorie zunehmend anerkannt, dass die Funktion des Eigentums über den schlichten „Sachbezug“ naturbesitzender und -unterwerfender Sachherrschaft hinaus einen spezifischen „Sozialbezug“ besitzt²⁹ und in dieser Dimension für die soziale Integration als Element sozialer Stabilität, Demokratie und ökonomischer Gerechtigkeit von zentraler Bedeutung ist. Eine weitergehende Rezeption der neueren Erkenntnisse der Sozialwissenschaften, insbesondere der Soziologie und Politikwissenschaften, aber auch der Ökologie durch die Rechtswissenschaft, könnte diese Entwicklung verstärken.

Einen Ausweg aus dem Dilemma eines erstarrten Eigentumsbegriffs und zugleich einen Weg zur unabdingbaren Weiterentwicklung des Eigentumsrechts, zur allmählichen sozialstaatlichen Korrektur der bedrohlich zunehmenden Fehlentwicklung der Eigentumsstruktur und der aus dieser resultierenden wirtschaftlichen und sozialen Machtstrukturen hat das BVerfG in seiner Eigentumsrechtsprechung insbesondere in seinem richtungweisenden Mitbestimmungs-Urteil v. 1.3. 1979³⁰ gewiesen. Aus dem in dieser Entscheidung angesprochenen funktionalen Zusammenhang, in

25 So Schultze von Lasaulx, AcP 151 (1950-51: 454), Besprechung von Westermann (1953: 113).

26 Das sozialistische Zivilrecht der DDR, das hier stellvertretend für andere staatssozialistische Rechtsordnungen herangezogen wird, kannte neben dem Individualeigentum in Form des persönlichen Konsum-Eigentums und der „absterbenden“ Form des Privateigentums drei weitere Formen kollektiven Eigentums in Gestalt des Staatseigentums (Volkseigentum, Staatsbetriebe), des genossenschaftlichen Eigentums (landwirtschaftliche und handwerkliche Genossenschaften) und des gesellschaftlichen Eigentums (Parteien, Gewerkschaften, Sportvereine). Dazu näher Roggemann (1996: 24ff.).

27 Das staatssozialistische Eigentumssystem scheiterte mit seiner dysfunktional wirkenden Zuordnung von geteilten oder nur rudimentären Eigentümerkompetenzen an Staatsbetriebe und Staatsverwaltungen und der Auflösung des Haftungsverbands von individueller und damit dezentraler Verfügungsmacht und (persönlichem) Eigentümersrisiko.

28 Die Unternehmensform der Kapitalgesellschaft tauchte erstmals Ende des 16. Jahrhunderts in Großbritannien auf (Ferguson 2009).

29 Vgl: dazu und zur Dogmatik- und Ideengeschichte des Eigentums sowie dessen historischer Relativität Hecker (1990: 18, 204, 252).

30 1 BvR 532/77, BVerfGE 50, 290 = NJW 1979, 699.

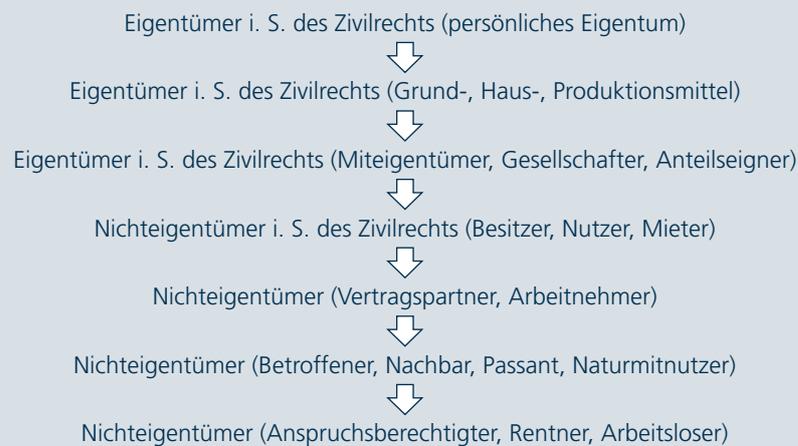
dem ein Eigentumsobjekt entweder der unmittelbaren Sicherung des persönlichen Freierraums (z. B. in eigenem, selbst genutztem Wohnraum) oder (nur) der Einkommenserzielung, unternehmerischer Tätigkeit und allgemeinen Vermögensinteressen

dient, lässt sich mit dem BVerfG eine Rang- und Stufenfolge aufstellen und aus „unterschiedlichen Zuordnungspositionen“ und zugeordneten Rechten auf eine unterschiedliche Definitionsmacht des Gesetzgebers schließen:

Abbildung 1:

Funktionalität des Eigentums in der deutschen Rechtsprechung

Zunehmender Sozialbezug



Abnehmender Sachbezug



Quelle: Roggemann (1997), weiterentwickelt in Lowitzsch et al. (2008: Annex IV, 114).

31 Vgl. zu diesem Zusammenhang treffend Badura (1983: § 10, 386f.): „In Großunternehmen ist der personale Bezug auf individuell ausgeübte Eigentumsrechte mehr oder weniger abgeschwächt. In allen diesen Richtungen ist die Gemeinschaftsbezogenheit des Wirtschaftseigentums augenfällig.“

- Dem abnehmenden personalen Sachbezug zwischen Eigentumsobjekt und Eigentümer_in entspricht ein
- zunehmender Sozialbezug zwischen Eigentumsobjekt und Gesellschaft.

Dieser Zusammenhang begründet eine dementsprechend zunehmende eigentumsgestaltende oder die Eigentumsausübung einschränkende Kompetenz des Gesetzgebers. Innerhalb dieses Koordinatensystems steht auch der Rechtsprechung zur Konfliktlösung eine große Bandbreite von Abwägungsargumenten zur Verfügung. Die hier zur Diskussion stehende Novellierung des § 903 BGB kann als Fortsetzung dieser Entwicklungslinie angesehen werden.

Schrankensystem und Wesensgehalt des Eigentums im Kontext des Novellierungsvorschlag zu § 903 BGB

Eigentum kommt sowohl als subjektives Recht in seiner konkreten Ausprägung eines dem/der einzelnen Eigentümer_in zustehenden Individualrechts wie auch als Rechtsinstitut und objektiver Bestandteil einer sozialstaatlich verfassten Marktwirtschaft in einem System von Inhaltsbestimmungen, Schranken und „Schranken-Schranken“ zur Wirkung:

Inhaltsbestimmung durch Gesetzgeber (Art. 14 Abs. 1 S.2 GG)

Unter Berücksichtigung:

- der „Interessen der Allgemeinheit“ (Nassauskiesungs-Beschluss des BVerfG);
- des Sozialstaatsgrundsatzes (Art. 20 Abs. 1; 28 Abs. 1 GG) als allgemeine inhaltliche Schranke;
- der Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 Abs. 2 S.1 GG) als spezielle Inhaltsschranke;
- Gemeinwohlbindung als spezielle Schranke der Rechtsausübung (Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG).

„Schranken-Schranken“ dieser potenziell Schranken setzenden Inhaltsbestimmungskompetenz des Gesetzgebers sind:

- Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG);
- Verhältnismäßigkeitsgrundsatz;
- generell abstrakte gesetzliche Regelung (keine Enteignung).

Die Wirkung der Wesensgehaltsgarantie sowohl der Individual- wie der Institutsgarantie des Eigentums wird gesehen³² in:

- einem unentziehbaren „Mindestinhalt“ und „Kernbestand“ der Eigentümerbefugnisse, insbesondere der Verfügungsbefugnis;
- fortdauernder Privatnützigkeit (Mindestmaß einer „Eigentumsrendite“);
- zeitlicher Unbegrenztheit des Eigentums.

Diese Wesensgehaltsgarantie des Eigentums, insbesondere der darin enthaltene – theoretische – „Ewigkeitsanspruch“ im Gegensatz zum grundsätzlich verjähren schuldrechtlichen Anspruch, macht die vorstehend umrissene verfassungsrechtliche Institutsgarantie des Privateigentums zugleich zu einem – bisher in der Eigentumstheorie verkannten – Hauptargument für die hier diskutierte Novellierung des § 903 BGB durch Einführung einer verbindlichen Regelung der Rechtsausübung und unter Berücksichtigung des Nachhaltigkeitsgrundsatzes. Eine rechtlich wie bisher in ihrer Verfügung über Naturressourcen schrankenlose Fortsetzung der Eigentumsrechtsausübung bezogen auf natürliche Ressourcen im Produktionsprozess, der zugleich immer auch notwendig einen Eigentumsproduktionsprozess darstellt, schließt nicht nur, entsprechend bisheriger Rechtsauffassung, den Sachzugriff anderer Nichtberechtigter gem. § 903 Satz 1, 2. Halbs. BGB und deren Teilnahme an diesem Eigentumsproduktionsprozess aus. Mit zunehmendem Verbrauch

³² Vgl. Pieroth/Schlink (2002: 69, 238); zu den folgenden Elementen vgl. BVerfG v. 7.7.1971, 1 BvR 765/66, NJW 1971, 2163, dazu Rösch (2009, § 903 BGB, Rdn. 5).

und schließlicher Erschöpfung der für den Produktionsprozess notwendigen Ressourcen würde die Fortsetzung derartiger Rechtsausübung unvermeidlich zur voraussehbaren Einschränkung und zunehmenden Aufhebung des Privateigentums im Produktionsprozess führen.

Zusammengefasst heißt das, ohne gesetzgeberische Inhaltsbestimmung durch Einführung des Nachhaltigkeitsgrundsatzes in das Eigentumsrecht würde das Privateigentum als Produktiv-eigentum sich mangels Rohstoffressourcen in absehbarer Zukunft selbst aufheben. Die Verfassungsgarantie des Privateigentums als Wirtschaftseigentum wäre damit im wahrsten Sinne des Wortes gegenstandslos.

4. Rechtliche Verankerung eines eigentumsrechtlich ausgestalteten Externalisierungsverbots?

Bereits aus der diskutierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Sozialpflicht des Eigentums lässt sich das Externalisierungsverbot rechtfertigen:

(1) Im Hinblick auf die Begründung der Verfassungsmäßigkeit des Externalisierungsverbots begründet das Angewiesensein der Mitbürger_innen auf die Lebensgrundlage der Allgemeinheit einen sozialen Bezug. Bezugspunkt der verfassungsrechtlichen Forderung einer am Gemeinwohl ausgerichteten Nutzung des Privateigentums (Art. 14 Abs. 2 GG, s.o. Wohnraumzweckentfremdungs-Beschluss des BVerfG) umfasst hier das Gebot der Rücksichtnahme auf den Anspruch der Mitbürger_innen auf eine intakte Umwelt. Diese Rücksichtnahme manifestiert sich dann in einem Nachhaltigkeitsgebot mit korrespondierendem Externalisierungsverbot.

(2) Ein Verbot wäre auch als Eingriff in Art. 14 als zulässige Inhaltsbestimmung verfassungsgemäß. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Abstufung

der Eingriffstiefe, die eine weitergehende Befugnis zur Inhaltsbestimmung bei abnehmendem persönlichem Bezug annimmt (s.o. Mitbestimmungsurteil des BVerfG), analog beim Spannungsverhältnis zwischen Anteilseigentum und Externalisierungsverbot zu einer ebenfalls sehr weitgehenden Befugnis führt.

(3) Eine solchermaßen ausgestaltete Inhaltsbestimmung würde auch keine Entschädigungspflicht – etwa als enteignungsgleicher Eingriff – nach sich ziehen. Eine Verpflichtung zur Nutzung nur unter der Voraussetzung der Internalisierung ist als Minus bereits in einer mit dem Schutz natürlicher Ressourcen gerechtfertigten Inhaltsbestimmung als – entschädigungsloser – Beschränkung des Eigentumsrechts (s.o. Nassauskiesungs-Beschluss des BVerfG) enthalten. In dem zitierten Fall hatte die Inhaltsbestimmung für den Eigentümer sogar zur Wertlosigkeit des Eigentumsobjektes geführt.

Das Externalisierungsverbot muss sich jedoch am Maßstab des ausgewogenen Verhältnisses der Interessen der Beteiligten messen lassen. Diese multifunktionelle Wirkung des Eigentums, insbesondere im Hinblick auf seine Sozialfunktion, formuliert das Bundesverfassungsgericht als rechtspolitischen Auftrag an den inhaltsbestimmenden und schrankensetzenden Gesetzgeber wie folgt³³: *„Der Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmende Gesetzgeber genießt keine unbeschränkte Gestaltungsfreiheit (vgl. BVerfGE 101, 239, 259). Er hat bei der Erfüllung des ihm in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG erteilten Gestaltungsauftrags sowohl der verfassungsrechtlich garantierten Rechtsstellung des Eigentümers als auch dem aus Art. 14 Abs. 2 GG folgenden Gebot einer sozialgerechten Eigentumsordnung Rechnung zu tragen und muss deshalb die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Eine einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung steht mit den verfassungsrechtlichen Vorstellungen eines sozialgebundenen Privateigentums nicht in Einklang.“*

33 In seinem Beschluss vom 22.2.2001 – 1 BvR 198/98. Vgl. auch BVerfGE 101, 54, 74.

Hier kommt es darauf an, wo das Externalisierungsverbot zu verorten ist. Als sachgerechte Annahme erscheint, dass hauptsächlich Unternehmen, insbesondere Kapitalgesellschaften oder aber ähnlich strukturierte Unternehmensträger wie etwa eine GmbH & Co. KG, betroffen sein werden. Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auf das vermittelte Eigentum an Produktionsmitteln; Handwerk und Dienstleistungssektor werden bewusst nicht behandelt. Im Zusammenhang mit dem ausgewogenen Verhältnis der Interessen der Beteiligten kommt daher einerseits der spezifischen Form des Anteilseigentums an Produktionsmitteln an sich und andererseits der Manifestation der Sozialfunktion im Verhältnis zwischen (Anteils-)Eigentümer_innen und Manager_innen eine besondere Bedeutung zu.

Eigentum und Kontrolle des Eigentums an Produktionsmitteln

Gerade im Hinblick auf den Zusammenhang zwischen Eigentum und der Kontrolle über Produktionsmittel traten Defizite der Eigentumsrechte zutage, wie die nachfolgenden Zitate anschaulich belegen:

„In den wichtigsten Bereichen unserer politischen Ökonomie wird die Mehrzahl natürlicher Personen zunehmend von jeglicher Eigentümerbeziehung zu Produktionsmitteln effektiv ausgeschlossen: Das Eigentumsverhältnis zu einem Unternehmen ist bereits schwach, in dem Fall, daß das Individuum Aktionär bzw. Anteilseigner ist. Es hört auf zu existieren, wenn das Individuum lediglich als vertraglich Berechtigter einen Anspruch auf Rentenzahlungen oder andere Leistungen gegen einen Trust oder ein ähnliches Institut besitzt, welches das dingliche Recht an den Aktien bzw. Anteilen und an anderen von dem Unternehmen ausgegebenen Wertpapieren hat“ (Berle 1959: 22).

Und unter Bezug auf das obige Zitat:

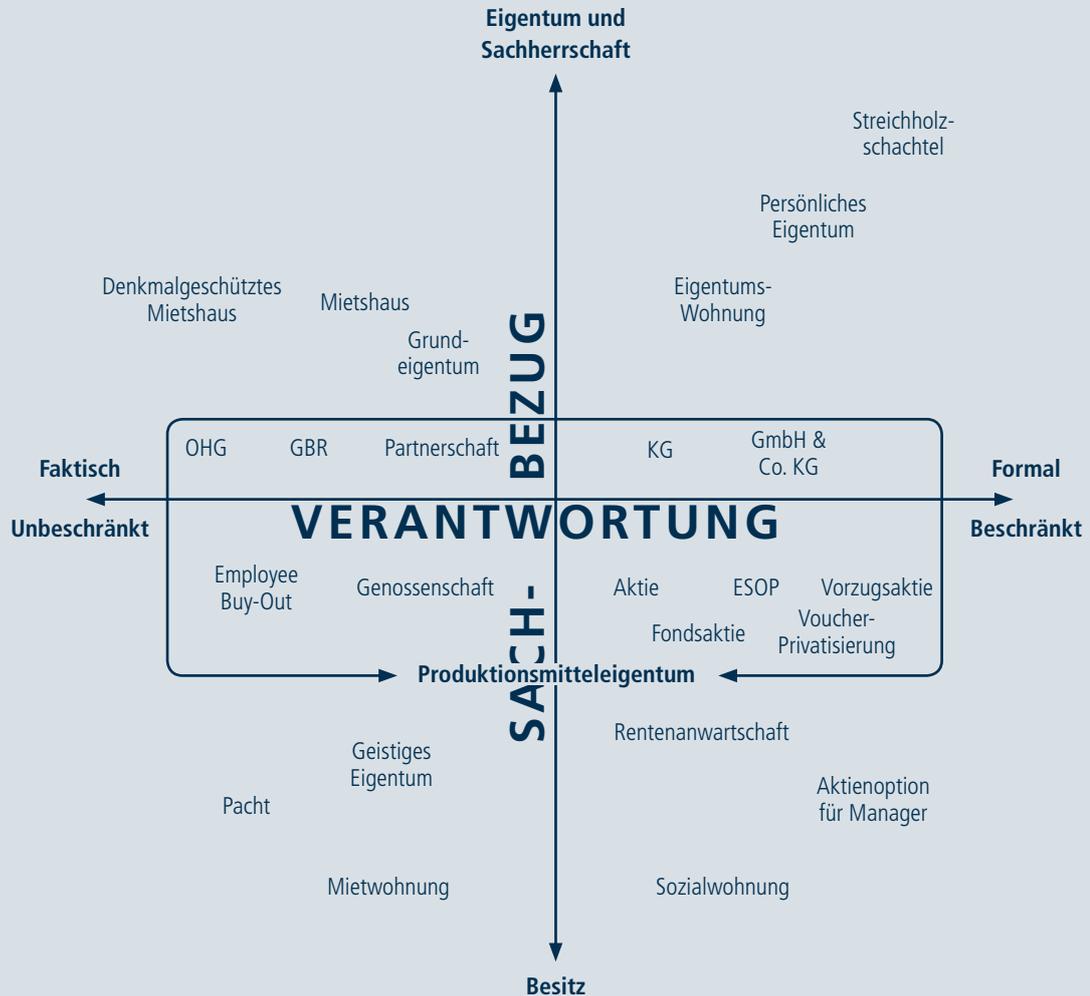
„Heutzutage ist diese Feststellung aus den späten 50er Jahren, daß das Eigentum von der Kontrolle an den Produktionsmitteln getrennt worden ist, ein Gemeinplatz. Vielmehr halten wir jetzt, mit der Verbreitung von Pensionsfonds, Trusts und Fonds auf Gegenseitigkeit sowie der hohen Konzentration von Unternehmenswertpapieren im treuhänderischen Besitz der Banken, den Beweis in den Händen, daß das Eigentum selbst als operatives Institut schwindet. Wir haben in der Entwicklung des Eigentums – hinsichtlich des Eigentums an Produktionsmitteln – eine Stufe erreicht, auf der eine Person als Eigentümer gilt, weil sie ein Stück Papier besitzt, das dies bestätigt. Allerdings ist die einzige wirkliche Befugnis für den Inhaber dieses Papiers das Recht, unter bestimmten Bedingungen, Einkünfte daraus zu erhalten“ (Kelso 1960: 3).

Im Zuge der Ausdifferenzierung des Wirtschaftsverkehrs, insbesondere mit dem Aufkommen der Kapitalgesellschaft, reichten die einfachen Formen des Eigentumserwerbs und der Eigentumsnutzung durch den Eigentümer-Besitzer nicht mehr aus. Daraus entwickelten sich wirtschaftsrechtliche Eigentumsurrogate (z. B. verbrieftes Anteilseigentum), die an Abstraktion zunahmen (siehe Abbildung 2). Wirtschaftliches Eigentum führt im Ergebnis dazu, dass der/die Besitzer_in das Recht zur (nicht missbräuchlichen) Nutzung, zum Besitz und teilweise auch zur Verfügung darüber behält. Dem/der formalen Eigentümer_in kommt anstelle von „Sachherrschaft“ eine abstrakte, vermittelte Kontrollbefugnis zu; sein/ihr formales Eigentum stimmt nicht mehr mit dem idealtypischen Bild des/der Eigentümer_in überein.³⁴

³⁴ Konsequenterweise erwog der Gesetzgeber bei Verabschiedung der neuen deutschen Insolvenzordnung, das Sicherungseigentum anders als „echtes“ Eigentum zu behandeln, was ihm denn auch den Vorwurf der Enteignung auf kaltem Wege eintrug.

Abbildung 2:

Differenzierung des Eigentums nach Abstraktionsgrad und Maß an Verantwortung



Quelle: Lowitzsch et al. (2008: Annex IV, 116).

Der ursprüngliche unternehmerische Haftungszusammenhang wurde also zerschnitten durch die von unternehmerischen Haftungsbezügen eines individualisierbaren Eigentumssubjekts und dessen allgemeinen und speziellen Sozialbindungen weitgehend gelösten internationalen Kapitalkonzentrationen, etwa in Form von Investitionsfonds. Diese stellen eine neue Form nunmehr internationaler, suprastaatlicher Vergesellschaftung und daraus resultierender Anonymisierung von Pri-

vateigentum mit ebenfalls negativen Folgen dar. Gleichzeitig sind unmittelbare (negative) Auswirkungen der Produktionsprozesse in den immer länger werdenden Wertschöpfungsketten der Globalisierung immer schwieriger nachzuverfolgen. Dieser besonderen Struktur mit ihren Defiziten hinsichtlich des Haftungszusammenhangs ist insbesondere bei der erwähnten Interessenabwägung Rechnung zu tragen.

Das Externalisierungsverbot als Ausfluss der Sozialfunktion

Das Externalisierungsverbot kann in diesem Zusammenhang als Spiegelseite der immer abstrakter werdenden Beziehung zwischen Eigentümer_in und Unternehmensträger_in gesehen werden: Auf der einen Seite steht die Beziehung von Unternehmenstätigkeit und tatsächlicher Auswirkung der Externalisierung, die immer abstrakter und schwieriger zu fassen ist. Auf der anderen Seite lebt aber der/die Eigentümer_in – wie eben auch der/die Nichteigentümer_in – in derselben Umwelt, die davon immer langfristiger und zunehmend irreversibel betroffen ist. In demselben Maße, in dem das Angewiesensein der Mitbürger_innen auf die Lebensgrundlage der Allgemeinheit im sozialen Bezug der Gesellschaft nicht mehr, z. B. durch den Protest gegen die fassbar lokale Auswirkung der Externalisierung, ausreichend Ausdruck finden kann, ist eine abstrakte Inhaltsbestimmung des Eigentums am Unternehmensträger an und für sich notwendig.

Dieser Grundgedanke findet sich eben auch in der Rechtsprechung des BVerfG wieder: Nach den Grundsätzen aus dem Mitbestimmungsurteil (s. o.) nimmt die Eingriffsbefugnis des Gesetzgebers zur Inhaltsgestaltung und Schrankenbestimmung, wie das BVerfG in ständiger Rechtsprechung herausgearbeitet hat, mit fortschreitendem Sozialbezug zu.³⁵ Im Hinblick auf die Auswirkungen ungehemmter Externalisierung heißt das, dass diese schlichtweg alle Bürger_innen – nicht etwa nur Anwohner_innen oder Verbraucher_innen – betreffen. Anders ausgedrückt, führt das gesellschaftliche Bedürfnis aller Generationen nach Nachhaltigkeit damit zu maximalem Sozialbezug. Mit dieser Rechtsprechung nimmt das BVerfG implizit die unvermeidbare Modifikation der herrschenden Vorstellung vom „Ein-

heitseigentum“ vor. Zugleich bestätigt es die These vom ursprünglichen personalen Legitimationsgrund des durch eigene Arbeit des/der Eigentümer_in erworbenen Privateigentums: Dessen verfassungsrechtlicher Schutzanspruch gem. Art. 14 GG nimmt proportional zu dessen zunehmender Entpersönlichung durch mehrfach vermittelte, anonymisierte „Eigentümerrechtspositionen“ in Gestalt von eigentumsobjektfernen „Finanzprodukten“ ab. Nicht so sehr die undurchschaubare Wertschöpfungskette, sondern vielmehr der Abfluss von Gewinnen über die Investorenkette bei gleichzeitig schwindender Einflussmöglichkeit des/der Einzelnen ist also entscheidend.

An diesem Punkt setzt das eigentumsrechtlich ausgestaltete Externalisierungsverbot an, indem es als Ausfluss der Sozialfunktion des Eigentums hier Kompensation schafft. Es gleicht das immer dünner werdende Band zwischen formalem/formaler Eigentümer_in, der/die aber seine/ihre eigentlichen Eigentumsrechte und auch die damit verbundene Sozialpflichtigkeit gar nicht wahrnehmen kann, und dem vom Management verwalteten Eigentumsobjekt aus und trägt somit dazu bei, die Balance wiederherzustellen. Anders gesagt kann das Externalisierungsverbot als Konsequenz des Prinzipal-Agent-Problems durch Einhegung der Marktkräfte dazu beitragen, ein Minimum an Nachhaltigkeit zu gewährleisten. Ein solcher Eingriff, durch die (verlängerte) Sozialfunktion des Eigentums begründet, steht auch – wie dargelegt – prinzipiell in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und wäre somit als Eigentumschranke nach Art. 14 (1) S. 2 GG legitim. Ob freilich eine Durchsetzung dieses Verbots im nationalen Alleingang auch als Gegengewicht zur Globalisierung sinnvoll ist, mag dahin stehen. Daher scheint es geboten, eine europäische Lösung, ggf. auch eine europarechtliche anzustreben.

³⁵ Grundlegend hierzu das „Mitbestimmungsurteil“ des BVerfG vom 12.2.1979 (BVerfGE 50, 290, 342); dazu Thormann (1996: 188ff.).

5. Vergleich mit dem Eigentumsrecht anderer europäischer Länder

Aufgrund der transnationalen Dimension einer Durchsetzbarkeit des Externalisierungsverbots stellt sich die Frage nach einer Begründbarkeit eines solchen Verbots auch in anderen EU-Mitgliedstaaten. Da an dieser Stelle nicht im Einzelnen auf die Ausgestaltungen des Eigentumsrechts in allen europäischen Ländern eingegangen werden kann, sollen anhand einiger Beispiele (Österreich, Frankreich, Polen, Italien, Spanien und Schweden) die unterschiedlichen Charakteristika des Eigentumsrechts in den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen in Europa in großen Zügen dargestellt werden. Auf diese Weise können mögliche Anknüpfungspunkte für die Implementierung eines Externalisierungsverbots in anderen europäischen Staaten identifiziert werden.

Der Schutz des Eigentums ist im Verfassungsrecht aller untersuchten Mitgliedstaaten gewährleistet. Dabei hat die Einschränkung des Eigentumsrechts in allen Fällen zwei Hauptkomponenten. Zum einen erlaubt das jeweilige Verfassungsrecht eine Enteignung privater Eigentümer_innen aus berechtigten bzw. dringlichen Gründen des öffentlichen Interesses und des Allgemeinwohls. Gleichzeitig ist eine solche Möglichkeit der Enteignung stets an die Pflicht gekoppelt, den/die Eigentümer_in für den Verlust seines/ihres enteigneten Eigentums entsprechend zu entschädigen. Zum anderen sehen alle Verfassungen die Möglichkeit vor, die Nutzung von Eigentum aus Gründen des öffentlichen Interesses einzuschränken, wobei diese Schranken stets durch Gesetze zu regeln sind.

Ein möglicher Anknüpfungspunkt für die Einführung eines Externalisierungsverbots in anderen europäischen Ländern könnte eine wie in Deutschland verfassungsrechtlich verankerte Sozialpflicht des Eigentums bieten. Eine solche Sozialpflicht lässt sich jedoch explizit nur in wenigen Verfassungen anderer EU-Staaten finden. Unter den hier untersuchten Ländern verfügen neben Deutschland lediglich Italien und Spanien über eine in der Verfassung festgeschriebene soziale Funktion des Eigentums.

Neben einer verfassungsrechtlichen Sozialpflicht des Eigentums, die in den nationalen

Rechtsordnungen Europas nur wenig verbreitet ist, könnten aber andere Anknüpfungspunkte zur Implementierung eines Externalisierungsverbots in den EU-Mitgliedstaaten bestehen. Vielversprechend sind diesbezüglich etwa verfassungsrechtliche Vorgaben zum Umweltschutz oder zur nachhaltigen Wirtschaftsentwicklung, wie sie im deutschen Grundgesetz in Art. 20a zu finden sind. Tatsächlich verfügen die meisten untersuchten Länder über entsprechende verfassungsrechtliche Regelungen (Österreich, Frankreich, Polen, Italien und Schweden). Hierbei sind zwei Länder besonders hervorzuheben. In Italien verpflichtet die Verfassung in Art. 41 die Regierung ausdrücklich dazu, die öffentliche und private Wirtschaftstätigkeit nach dem Allgemeinwohl auszurichten. In Frankreich wurde im Jahr 2005 sogar eine sogenannte Umweltcharta verabschiedet, die Teil des französischen Verfassungsrechts ist. Sie verpflichtet jeden Menschen, „zur Erhaltung und Verbesserung der Umwelt“ (Art. 2) sowie „zur Beseitigung der von ihm verursachten Umweltschäden“ (Art. 4) beizutragen. Schließlich verpflichtet sie die Politik, eine nachhaltige Entwicklung zu fördern sowie „Schutz und Erschließung der Umwelt, Wirtschaftsentwicklung und sozialen Fortschritt miteinander in Einklang zu bringen“ (Art. 6). Zwar enthält die Umweltcharta weitreichende Vorgaben für die Regierung wie auch für die Einzelnen, doch muss in diesem Zusammenhang die Frage gestellt werden, ob und wenn ja, welche Bindungswirkung das Recht der Charta tatsächlich hat.

Die hier diskutierten Beispiele (vgl. die Übersicht im Anhang) zeigen, dass – trotz vieler Gemeinsamkeiten in Einzelaspekten – die Ausgestaltung des Eigentumsrechts in europäischen Ländern heterogen ist. Obwohl eine Begründung des Externalisierungsverbots aus einer expliziten Sozialpflichtigkeit des Eigentums wie in Deutschland wohl die Ausnahme ist, bieten jedoch andere verfassungsrechtliche Vorgaben zu Umweltschutz, Nachhaltigkeit oder Allgemeinwohl in den meisten EU-Ländern Anknüpfungspunkte für eine Implementierung. Inwieweit eine Umsetzung in diesen Ländern erfolgreich sein könnte, kann hier jedoch nicht diskutiert werden.

6. Anknüpfungspunkt Eigentum im europäischen Recht

Die Rechtsquellen der Europäischen Union enthielten zunächst keine Eigentumsverfassung.³⁶ Allerdings entwickelte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg seine eigene Doktrin des umfassenden Eigentums-schutzes, die auf der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950, dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) und dem Vergleich der nationalen Verfassungen beruht. Die Rechtsprechung des EGMR hat grundlegende Gemeinsamkeiten mit der Auffassung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, obwohl einige westeuropäische Verfassungen Inhalt, Schranken und soziale Verantwortung des Eigentums nicht in gleichem Umfang anerkennen (s.o. IV). 2001 wurde diese Entwicklung durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union ergänzt und vorangebracht, die schließlich mit Inkrafttreten des Reformvertrags von Lissabon Ende 2009 bindendes europäisches Recht wurde.

Europäisches Gemeinschaftsrecht im engeren Sinne

Eigentumsrecht ist als Europarecht vom Gründungsvertrag der Europäischen Gemeinschaft zunächst nicht formuliert worden. Vielmehr hält sich der EGV in der Eigentumsfrage bewusst zurück und stellte in Art. 295 EGV (heute Art. 345 AEUV) fest: „Dieser Vertrag läßt die Eigentumsordnung in den verschiedenen Mitgliedstaaten unberührt.“ Andernfalls wäre das Projekt der europäischen Integration auch kaum von Beginn an in Anbetracht vielfältiger Gegensätze und unterschiedlicher Traditionen im Eigentumssystem mehrheitsfähig gewesen.³⁷ Indes setzt die Gesamt-

logik der Verträge (Einschränkung nationaler Subventionen, Dienstleistungsfreiheit, Warenverkehrsfreiheit³⁸) trotz der staatsinterventionistischen Tendenzen (besonders im Agrarbereich) ein auf Marktwirtschaft und (mindestens auch) Privateigentum (Beutler et al. 1993: 63) beruhendes Wirtschaftssystem voraus. Dies kommt weiter in Art. 119 AEUV (ex-Artikel EGV) zum Ausdruck, der durch den Maastricht-Vertrag von 1992 eingefügt wurde. Demnach ist die gemeinsame Wirtschaftspolitik dem „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ verpflichtet, was die Anerkennung von Privateigentum nahelegt. Ebenso nimmt Art. 50 AEUV (ex-Art. 44 EGV), der die Freiheit, Grundeigentum zu erwerben und zu besitzen, verbietet, im Zusammenhang mit der Freiheit des Unternehmertums auf eine private Eigentumsordnung Bezug.

In Übereinstimmung mit Art. 345 AEUV und der Aussparung eigentumsrelevanter Rechts- und Politikbereiche sowie den Kompetenzzuweisungen des Vertrags enthält auch das Sekundärrecht der EU (Verordnungen, Richtlinien) kein spezifisches Eigentumsrecht. Da das gesetzte EU-Eigentumsrecht schwach ausgeprägt ist, stellen sich die geltenden Eigentumssysteme der Mitgliedstaaten im Einzelnen nach wie vor recht unterschiedlich dar. Ungeachtet des Vorbehalts zugunsten nationaler Eigentumsordnungen in Art. 345 AEUV haben sich jedoch längst vergleichbare Grundlinien und Standards eines europäischen Eigentumsschutzes entwickelt und das Eigentumsrecht ist als Gemeinschaftsgrundrecht anerkannt.³⁹

Eigentum und Europäische Grundrechte

Eine teilweise abweichende und weitergehende Entwicklung hat sich im Bereich der „Europäischen Grundrechte“ vollzogen. Die Gründungsverträge, die „Verfassung der EG“, enthielten keinen Grund-

36 Dies gilt auch für das verfassungsrechtliche und politische Problem der Privatisierung/Enteignung, das mit dem Eigentum zusammenhängt (Art. 345 AEUV (ex-Art. 295 EGV)).

37 Thiel (1991: 274ff.) untersucht die Frage, ob Art. 222 EGV (nunmehr Art. 295 EGV) nur die Verteilung der Eigentumsverhältnisse (Privatisierung oder Sozialisierung der Produktionsmittel) den Mitgliedstaaten überlässt, oder ob sämtliche eigentumsrelevanten Garantien aus dem EG-Regelungsbereich definitiv ausgeschlossen werden sollen.

38 Die Wechselwirkung von Eigentumsrecht und Niederlassungsfreiheit untersucht Riegel (1986: 2999).

39 Siehe EuGH, Slg. 1979, 3727 (Fall Hauer). Zum Rahmen eines europäischen Binnenmarktes in Gestalt einer „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft“ vgl. Art. 3 Abs. 3 EUV.

rechtskatalog⁴⁰ Jedoch hat der EuGH in seiner Rechtsprechung nach dem Vorbild des englischen Common Law EG-Grundrechte durch Entscheidungen in Einzelfällen herausgearbeitet. Er ist dabei ausgegangen von den Grundfreiheiten der Verträge und den Bestimmungen der EMRK sowie den übereinstimmenden Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten. Dieses Voranschreiten des EuGH wurde inzwischen positivrechtlich erhärtet. Nach den Gemeinsamen Erklärungen der Gemeinschaftsorgane zu den Grundrechten von 1977 (ABl. EG, C 103/77: 1; „soft law“), bestätigt nun Art. 6 Abs. 1 EUV (eingeführt mit Art. F Abs. 2 des Maastricht Vertrags), dass [d]ie Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, [...] als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts [sind]“. Des Weiteren bestimmt nunmehr Art. 6 Abs. 1 EUV, „(d)ie Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig“. Damit haben die nationalen Gerichte und der EuGH hinreichende Mittel in der Hand, um Akte der EU an Grundrechten zu prüfen.⁴¹

Eine wichtige Rolle spiele bei der Entfaltung der Eigentumsfunktion im europäischen Rechtsraum die Rezeption der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) und ihrer Auslegung durch den EGMR (Peukert 1992). Art. 1 des Zusatzprotokolls von 1952 zur EMRK garantiert jedermann die „Achtung des Eigentums“. Enteignungen sind nur im öffentlichen Interesse und aufgrund eines Gesetzes möglich; unberührt bleiben aber staatliche Gesetze, welche die Be-

nutzung des Eigentums im Allgemeininteresse beschränken. Der Systematik der Eigentumsrechtsprechung des BVerfG vergleichbar, sind Enteignungsschranken einerseits und Schrankenbestimmungsregeln andererseits in ihrem Wirkungsmechanismus zu unterscheiden – Nutzungseinschränkungen begründen keine Entschädigungspflicht (Villiger 1993: 385). Auch die personenrechtliche Schutzfunktion des Eigentums hat Anerkennung auf europäischer Ebene gefunden: Der EGMR legt die Konvention so aus, dass die Eigentumsgarantie nicht nur dingliche Rechte, sondern sämtliche wohlerworbenen Rechte einschließlich der Immaterialgüterrechte umfasst (Skouris 1995: 441; Villiger 1993: 384ff.).

Europäische Grundrechtscharta und Sozialpflichtigkeit des Eigentums

Als Art. 17 der Europäischen Grundrechtscharta 2001 in den Nizza-Vertrag übernommen wurde, wurde die Definition in Bezug auf den Inhalt des Eigentumsbegriffs präzisiert.⁴² Zu diesem Zeitpunkt war die Grundrechtscharta kein zwingendes Recht und konnte daher von den Gerichten nicht angewendet werden. Mit dem Inkrafttreten des Europäischen Reformvertrages – einschließlich der Grundrechtscharta – am 1.12.2009 ist die Charta zu einem Teil des bindenden europäischen Rechts geworden. Die EU-Grundrechte-Charta erkennt in Art. 17 das Eigentumsrecht an. Auch hier sind Beschränkungen, welche die Nutzung des Eigentums zeitlich, räumlich oder sachlich einschränken, zulässig. Der Gesetzgeber ist weiterhin nach Art. 17 Abs. 1 S. 3 befugt, die Benutzung des Privateigentums im Allgemeininteresse zu regeln, was der Eigentumsgarantie der EMRK und den mitgliedstaatlichen Ausformungen des Eigentumsgrundrechts entspricht (vgl. Calliess/Ruffert 2011).

40 Bemühungen, einen solchen nachträglich zu etablieren, sind fehlgeschlagen; die EG/EU als Organisation zum Signatar der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) zu machen, wurde diskutiert, aber nicht realisiert.

41 Dagegen noch skeptisch zur Möglichkeit, aus der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen einen Grundrechtsschutz herauszudestillieren, Wassilios Skouris, Werbung und Grundrechte in Europa, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1995, S. 438, 439).

42 Artikel 17. Eigentumsrecht. (1) Jede Person hat das Recht, ihr rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist. (2) Geistiges Eigentum wird geschützt.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann die unionsrechtliche Eigentumsgarantie keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen, sondern muss im Hinblick auf ihre gesellschaftliche Funktion gesehen werden.⁴³ Daraus lässt sich auch im Unionsrecht eine Ergänzung der Gewährleistung des Eigentums durch das Prinzip der Sozialpflichtigkeit ableiten.⁴⁴ In der Rechtssache T-65/98, Van den Bergh Foods/Kommission, Slg. 2003, II-4653, Rn. 170 führt der EuGH in seiner Entscheidung vom 23.10.2003 aus:

„Das Eigentumsrecht gehört nach ständiger Rechtsprechung zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts; es ist aber nicht schrankenlos gewährleistet, sondern muss im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen werden. Folglich kann die Ausübung des Eigentumsrechts Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet (u.a. Urteile des Gerichtshofes in der Rechtssache Hauer, Randnr. 23, vom 11. Juli 1989 in der Rechtssache 265/87, Schröder, Slg. 1989,2237, Randnr. 15, und vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-280/93, Deutschland-Rat, Slg. 1994, I-4973, Randnr. 78).“

Damit käme für eine europarechtliche Begründung des Externalisierungsverbots prinzipiell ebenfalls die Sozialpflichtigkeit des Eigentums infrage.

7. Europäische Lösung?

Das Problem: Ungleiche Auswirkungen auf einzelne Mitgliedstaaten innerhalb der EU

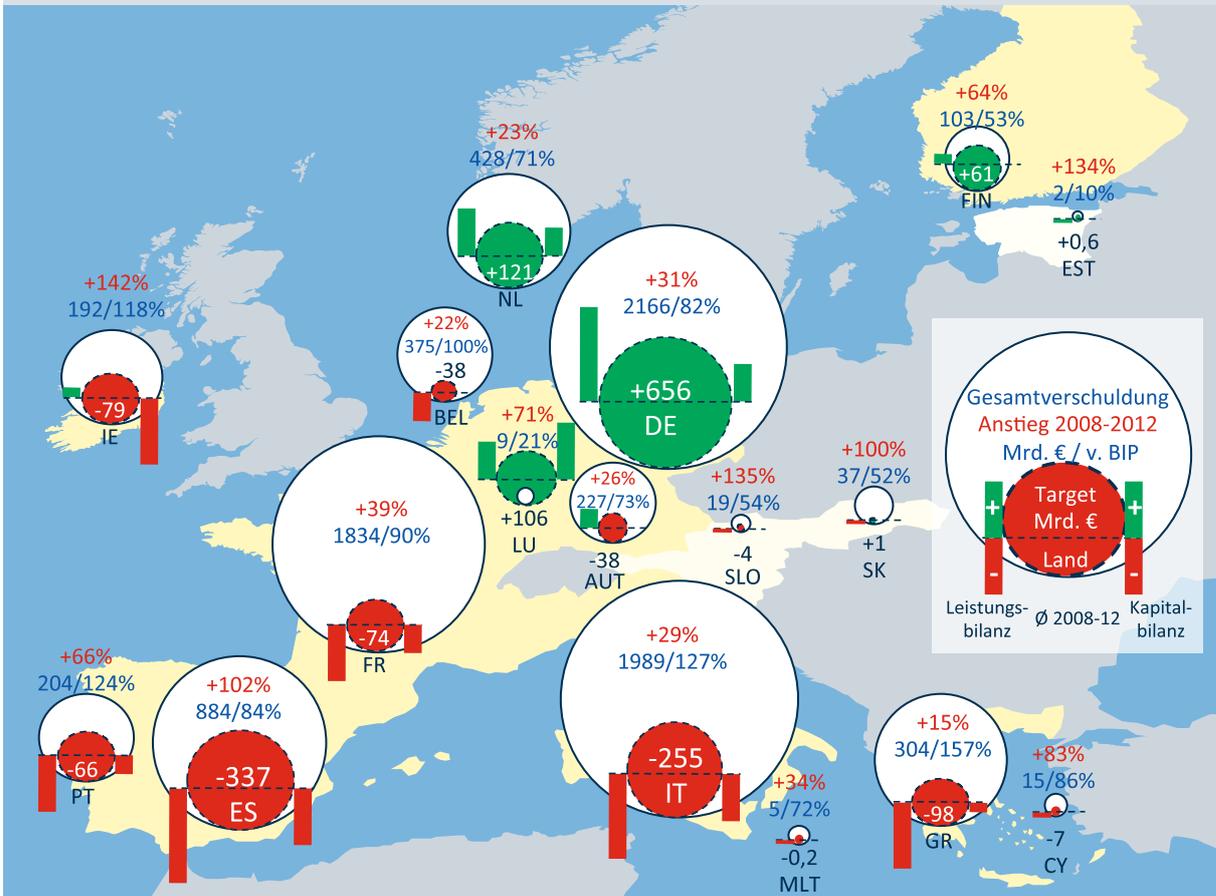
Im Hinblick auf das Externalisierungsverbot geht es, wie oben dargelegt, auch auf europäischer Ebene um die Forderung einer aus der Sozialpflicht des Eigentums abgeleiteten Verpflichtung des/der Eigentümer_in auf Nachhaltigkeit. Eine solche zusätzliche Belastung von Unternehmen wird einerseits im Verhältnis der EU zu anderen Wirtschaftsmächten, andererseits aber auch unter den Mitgliedstaaten kontrovers und meist ablehnend beurteilt. Während diese Frage nämlich in den aufstrebenden, sich wirtschaftlich äußerst dynamisch entwickelnden Schwellenländern meist nur eine untergeordnete Rolle spielt, bleibt die Diskussion und ihre Bedeutung für die Rechts-, Wirtschafts- und Steuerpolitik in Deutschland und in den EU-Mitgliedstaaten heftig umstritten. Insbesondere im Hinblick auf die wirtschaftlichen Ungleichgewichte in der Eurozone (siehe Abbildung 3) steht dabei die Frage der ungleichen Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit einzelner Länder im Mittelpunkt.

43 Vgl. EuGH, Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237, Rn. 15 (Schröder); Rs. C-368/96, Slg. 1998, I-7967, Rn. 79 (Generics); EuG, Rs. T-65/98, Slg. 2003, II-4653, Rn. 170 (Van den Bergh Foods/Kommission).

44 Siehe dazu insbesondere Orfanidis (2006: 52) und im Hinblick auf Art. 17 GRCh Calliess/Ruffert (2011: Rdn. 12).

Abbildung 3:

Wirtschaftliche Ungleichgewichte im Euroraum



Quelle: eigene Darstellung unter Mitarbeit von Sebastian Wurst.

Vorausgesetzt der politische Prozess innerhalb der EU erreicht eine „kritische Masse“ und vonseiten der Kommission das Stadium konkreter gesetzgeberischer Vorschläge, ist daher vor allem die Frage von Bedeutung, ob eine solche Regelung Einstimmigkeit im Rat voraussetzt oder aber ggf. durch Mehrheitsbeschluss erreicht werden könnte. Dies hängt maßgeblich von den Kompetenzen, Ermächtigungsgrundlagen und dem dann zur Anwendung kommenden Rechtsetzungsverfahren ab.

Kompetenzen und Ermächtigungsgrundlagen hinsichtlich des Externalisierungsverbots⁴⁵

Als Rechtsgrundlage eines auf Nachhaltigkeit zielenden Externalisierungsverbots kämen die Bestimmungen zu den Bereichen „Binnenmarkt“ (Artikel 114, ex-Artikel 95 EGV) und „Umwelt“ (192 AEUV, ex-Artikel 175 EGV) in Betracht. Beide unterfallen gem. Art. 4 Abs. 2 a und e AEUV der geteilten Zuständigkeit, d.h. die „Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit wahr, sofern

45 Vgl. dazu ausführlich Pitschas (2013: 21ff.).

und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat“ (Art. 2 II AEUV). Es kommt daher mitunter zu einer Sperrwirkung von Rechtsakten der Union hinsichtlich der Kompetenzwahrnehmung durch die Mitgliedstaaten.⁴⁶ In den von der EU geregelten Materien sind davon nur noch solche Elemente ausgenommen, die von den Unionsrechtsakten nicht erfasst sind. Soweit also ein genuin europäisches Externalisierungsverbot in den *Acquis Communautaire* aufgenommen würde, stellte sich die Frage, inwieweit für eine nationale Regelung noch Raum bliebe. Artikel 114 Abs. 4 AEUV (Binnenmarkt) und Artikel 193 AEUV (Umwelt) gestatten bei Beachtung inhaltlicher wie verfahrensbezogener Bedingungen parallele Maßnahmen der Mitgliedstaaten und sehen somit eine partielle Durchbrechung der von Unionsrechtsakten ausgehenden Sperrwirkung vor. Sollte also einer europäischen Lösung der Vorzug gegeben werden, wäre der verbleibende Spielraum für den nationalen Gesetzgeber in den beiden Bereichen im Einzelnen gesondert zu prüfen.⁴⁷

Naturgemäß ist es schwierig, einen einstimmigen supranationalen Kompromiss im Europäischen Rat zu erreichen. Daher ist für eine mögliche Harmonisierung hinsichtlich einer Nachhaltigkeitspflicht durch Einführung eines Externalisierungsverbots etwa in Form einer Richtlinie besonderes Augenmerk auf die Vorschriften über Entscheidungen durch qualifizierte Mehrheit zu richten.

Übersicht über die infrage kommenden Rechtsetzungsverfahren

Das Vertragswerk der Europäischen Union erlaubt grundsätzlich Mehrheitsentscheidungen in bestimmten Fällen, deren Katalog bereits im Nizza-Vertrag erweitert wurde.⁴⁸ Die meisten Rechtssetzungsmaßnahmen, die diesem Vertrag zufolge einen Ratsbeschluss mit qualifizierter Mehrheit erforderten, wurden demnach im Mitentscheidungsverfahren beschlossen. Mit dem Reformvertrag wird die Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit auf 32 weitere Politikbereiche ausgedehnt, darunter etwa Energiepolitik, Katastrophenschutz, humanitäre Hilfe, öffentliche Gesundheit und Tourismus (Zentrum für Europäische Politik 2008).

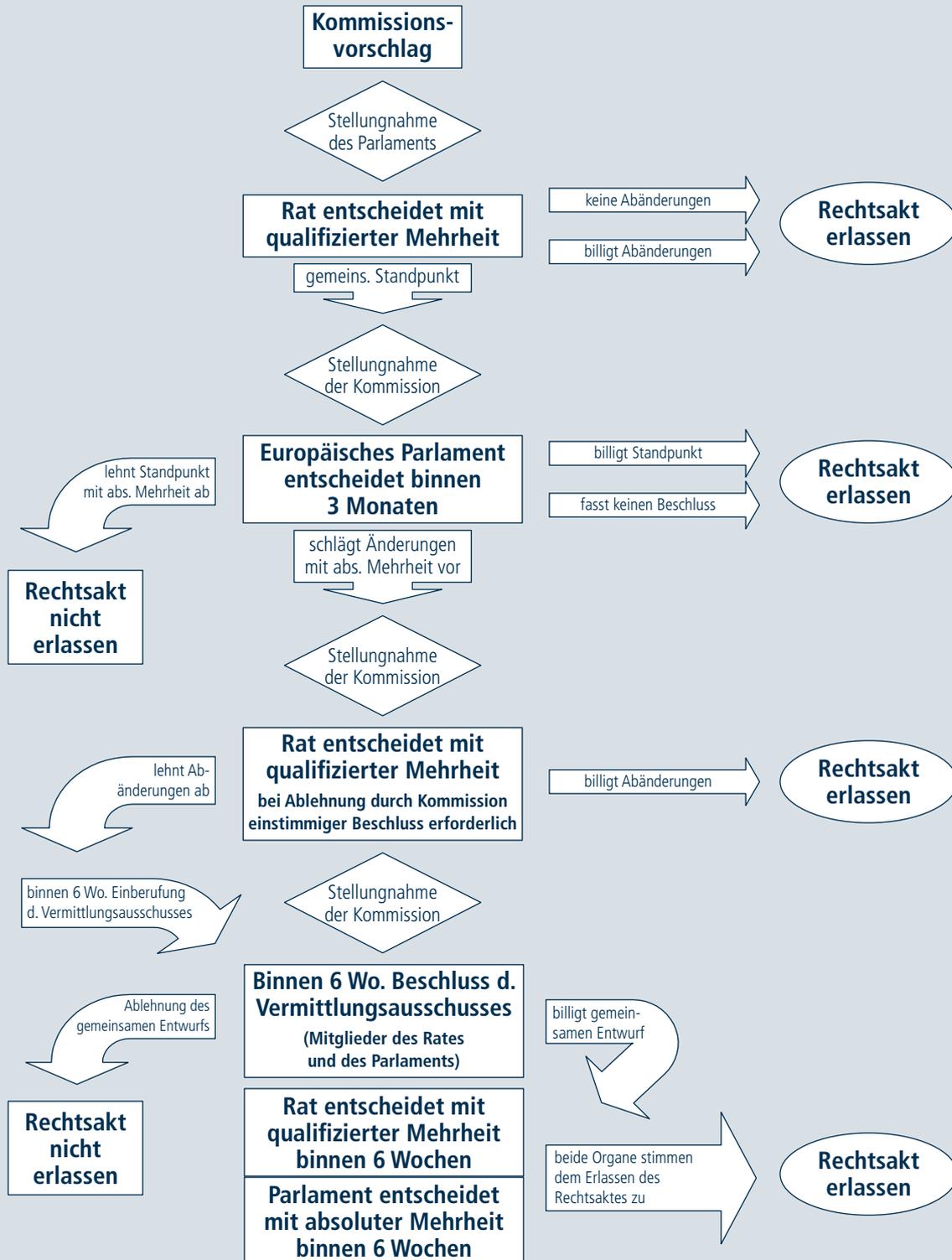
46 Dabei ist die Regelungstiefe und damit die Reichweite einer solchen Sperrwirkung für jeden Rechtsakt der EU gesondert zu prüfen.

47 Diese Schutzverstärkungsmöglichkeit fällt in beiden Bereichen unterschiedlich aus; vgl. jeweils m. w. N. für Art. 192 AEUV C. Calliess/Ruffert (2011: Art. 193 AEUV, Rdn.5 ff.) sowie für Art. 114 Tietje (2013: Art. 114 Rdn. 156ff. AEUV).

48 2001 wurde in 27 geänderten Vorschriften das Erfordernis der Einstimmigkeit durch Mehrheitsentscheidung ersetzt, unter anderem in den Vorschriften über die Freizügigkeit (Art. 18 EGV) und die Industriepolitik (Art. 157 EGV) und der Anwendungsbereich des sogenannten Mitentscheidungsverfahrens erweitert.

Abbildung 4:

Ordentliches Gesetzgebungsverfahren nach Art. 294 AEUV (ex Art. 251 EGV)



Quelle: Lowitzsch et al. (2008: Annex II, 76).

Konsequent wird nunmehr das „Mitentscheidungsverfahren“ (siehe Abbildung 4) nach Art. 289 AEUV (ehemals Art. 251 EGV) im neu eingeführten ordentlichen Gesetzgebungsverfahren gemäß Art. 294 AEUV zum Regelfall und das Europäische Parlament dem Rat als Mitgesetzgeber gleichgestellt. Trotzdem ist in wichtigen Bereichen, insbesondere Steuern, Außenpolitik, Verteidigung und sozialer Sicherheit sowie etwa dem mehrjährigen Finanzrahmen oder den Eigenmittelbeschlüssen weiterhin Einstimmigkeit vorgeschrieben.⁴⁹

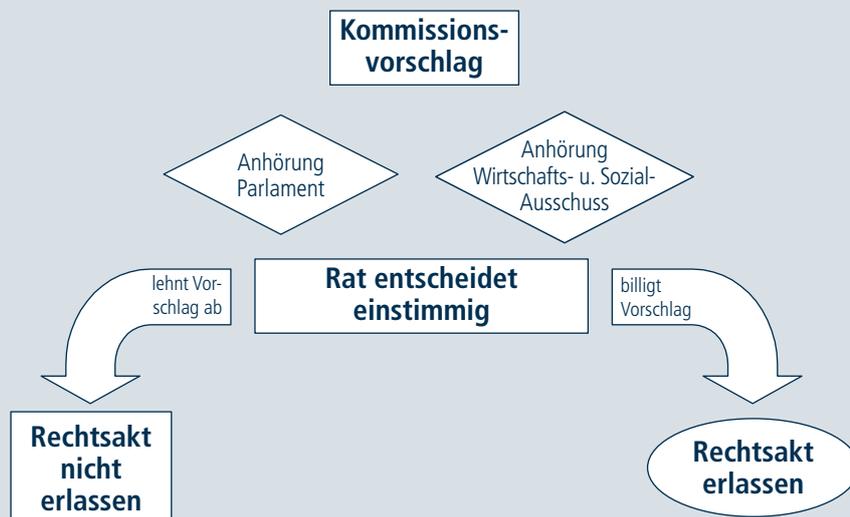
Darüber hinaus wurde auch die Abstimmungs- methode im EU-Rat ganz wesentlich vereinfacht: Seit dem 1. November 2014 ist für einen EU-Beschluss mit qualifizierter Mehrheit eine sogenannte „Doppelte Mehrheit“ erforderlich. Nunmehr erfordert es 55 Prozent der Mitgliedstaaten (in bestimmten Fällen 72 Prozent) und 65 Prozent der Bevölkerung, damit ein Beschluss zustande kommt.

Das Europäische Parlament ist mit zwei Le- sungen an der Entscheidungsfindung beteiligt; bei fehlender Einigung mit dem Rat kann ein Ver- mittlungsausschuss angerufen werden. Das Parla- ment hat zudem das Recht, am Ende des Gesetz- gebungsverfahrens mit absoluter Mehrheit einen Gesetzesvorschlag endgültig abzulehnen. Mit der Aufwertung des Mitentscheidungsverfahrens zum Regelfall entscheiden das Europäische Parla- ment (Bürgerkammer) und der Rat (Staatenkam- mer) gleichberechtigt über das europäische Se- kundärrecht.

Auf dem Gebiet der Umweltpolitik (Art. 192 Abs. 1 AEUV außer bei Bestimmungen steuer- licher Art⁵⁰) und im Hinblick auf Regelungen des Binnenmarktes (Art. 114 Abs. 1 AEUV, ex-Artikel 95 EGV) wurden die Entscheidungsverfahren im Wesentlichen beibehalten. In beiden Bereichen werden Maßnahmen mit qualifizierter Mehrheit unter Beteiligung des Parlaments im ordentli- chen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet.

Abbildung 5:

Besonderes Gesetzgebungsverfahren gem. Art. 289 II 2. Alternative AEUV in Bezug auf Besteuerung



Quelle: Lowitzsch et al. (2008: Annex II, 77).

49 Es verbleiben immer noch 112 Fälle, an denen das Europäische Parlament an der Gesetzgebung nicht beteiligt ist. Die Zahl der Beteiligungen durch das Mitentscheidungsverfahren ist seit seiner Einführung 1993 von 15 auf 85 Fälle angestiegen (vgl.: Lieb et al. 2008: 37).

50 Dem Rat stehen Verordnungen oder Richtlinien zur Verfügung, er entscheidet grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit. Er entscheidet einstimmig, wenn steuerliche oder bodenrechtliche Belange betroffen sind.

In Bezug auf die Besteuerung (Art. 113, 114 Abs. 2 und 173 AEUV) besteht das Erfordernis der Einstimmigkeit fort (im nunmehr besonderen Gesetzgebungsverfahren gem. Art. 289 II AEUV; siehe Abbildung 5). Damit würde – obwohl Steuern und Abgaben das am meisten verbreitete Steuerungsinstrument im Bereich von Umweltschutz sind – eine entsprechende gesamteuropäische Regelung, die zwingende Regelungen in diesem Bereich enthielte, gegen die Steuerautonomie der Mitgliedstaaten verstoßen.⁵¹

8. Ausblick: Rechtspolitische Optionen

Empfehlung gemäß Art. 288 S. 1 Alt. 4, S. 5, Art. 292 AEUV

Ein europäisches Externalisierungsverbot könnte in Form einer Empfehlung gemäß Art. 288 S. 1 Alt. 4, S. 5, Art. 292 AEUV (ehemals Art. 249 S. 1 Alt. 4, S. 5, EGV) eingeführt werden. Allerdings ist der Nachteil einer solchen Lösung, dass Empfehlungen gemäß Art. 288 S. 5 AEUV nicht verbindlich sind, und daher die Umsetzung in einzelnen Mitgliedstaaten fraglich sein wird. Andererseits wäre allein die Definition eines solchen Externalisierungsverbots, unabhängig von der Art der Rechtsnorm, bereits ein wesentlicher Fortschritt, da in den Staaten, welche die Empfehlung umsetzen, auf diese Weise ein vereinheitlichtes eigentumsrechtlich definiertes Externalisierungsverbot und somit ein rechtlicher Rahmen für Entscheidungen und Handlungen auf Unternehmensebene entsteht.⁵²

Eine mögliche Lösung des Problems der Verbindlichkeit könnte ein gegenseitiges Anerkennungsverfahren sein.⁵³ Das Ergebnis des Verfahrens wäre, dass einzelne Mitgliedstaaten das in der Empfehlung formulierte Externalisierungsverbot umsetzen und es zunächst bilateral als äquivalent zu dem eines weiteren der Empfehlung folgenden Mitgliedstaates anerkennen. In einem weiteren Schritt einigen sich die beiden Mitgliedstaaten

sodann, das in ihrer beider nationaler Gesetzgebungen geregelte Externalisierungsverbot mit den entsprechenden Sanktionsmechanismen auszustatten. Dadurch würde zunächst für eine Gruppe von Mitgliedstaaten ein rechtlich verbindlicher für Unternehmen entstehen. Die Anerkennung ist jedoch ein kompliziertes Verfahren, das einen hohen und intensiven Kooperationsaufwand zwischen den betreffenden Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission erfordert. Zudem ist die politische Umsetzbarkeit eines solchen Anerkennungsverfahrens fraglich. Vermutlich wären solche nationalen Externalisierungsverbote von erheblich unterschiedlicher Qualität bzw. setzen sehr verschiedenen Standards, was in diesem Bereich einen ungewollten Standortwettbewerb auslösen könnte (Gefahr eines „Race to the Bottom“).

EU-Richtlinie: Ergänzung geltenden europäischen Gesellschaftsrechts

Da der Erlass und die Umsetzung einer EU-Richtlinie mit Schwierigkeiten verbunden sind, insbesondere in den problematischen Bereichen, in denen einstimmige Entscheidungen erforderlich sind, erscheint es vorzugswürdig, eine geltende Richtlinie zu ändern. Die wettbewerbsrechtliche Ausgestaltung des Externalisierungsverbots gehört im Wesentlichen zum Gesellschaftsrecht, sodass seine Regelung durch eine Änderung der Vorschriften über die Europäische Gesellschaft möglich wäre. Das Statut der Europäischen Gesellschaft (SES)⁵⁴, das die Gründung einer supranationalen Gesellschaft ermöglicht, könnte dahingehend geändert werden, dass es solchen supranationalen Gesellschaften die Einführung einer „Nachhaltigkeitsklausel“ auferlegt. Die Ausgestaltung einer solche Klausel könnte je nach politischem Willen und Konsensfähigkeit positiv oder negativ („Gebot der Verhinderung von Externalisierung“/„Externalisierungsverbot“) oder gegebenenfalls auch zweistufig erfolgen. Dieses Modell könnte dann später auf andere Unternehmen übertragen wer-

51 Dies lässt eine europäische Umsetzung des Alternativvorschlags von Ekaradt ebenfalls zweifelhaft erscheinen.

52 Darüber hinaus verleihen sowohl die Unionstreue als auch die Einbeziehung von Empfehlungen in die Rechtsprechung des EuGH der Empfehlung unabhängig von ihrer nicht bindenden Natur durchaus Bedeutung.

53 Ein ähnliches Verfahren wurde in einer vom Europäischen Parlament in Auftrag gegebenen Studie zu möglichen europarechtlichen Regelungen finanzieller Mitarbeiterbeteiligung vorgeschlagen (siehe Lowitzsch/Hashi 2012).

54 Verordnung 2157/2001 vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE); OJ, L 294/1.

den, die nicht dem SES unterliegen, soweit das nationale Gesellschaftsrecht den Anforderungen des supranationalen Statuts genügt.

Die EU-Mitgliedstaaten hätten dann ein Interesse, die Regeln der „Nachhaltigkeitsklausel“ aus dem SES umzusetzen, wobei sie die Sanktionsmechanismen, einschließlich möglicher Steuervergünstigungen oder anderer Vorzugsbedingungen für Unternehmen, die dem Gebot/Verbot folgen, freiwillig wählen könnten:

- Entsprechend den Ergänzungen des SES die Mitbestimmung betreffend, wären die Regeln der „Nachhaltigkeitsklausel“ zwingend; sie fänden für Neugründungen sofort und für bestehende Unternehmen nach einer Übergangsphase (z. B. von drei Jahren) Anwendung.
- Wie im Fall der Ergänzung des SES die Mitbestimmung betreffend⁵⁵, würde das Unternehmen die individuelle Ausgestaltung als Vorschlag unterbreiten; mit anderen Worten, es handelte sich um ein auszuhandelndes Angebot. Falls das vorgeschlagene Modell dem Katalog der Mindestanforderungen im SES nicht entspräche, würden statutarische Standardregeln als „safe harbour“ Anwendung finden.

Der Mechanismus subsidiär anwendbarer „Standardregeln“, wie er auch im Zusammenhang mit der Mitbestimmung in der Ergänzung zum SES zur Beilegung potenzieller Konflikte enthalten ist, wäre auch für die „Nachhaltigkeitsklausel“ geeignet, da er keine Lösungen zwingend vorschreibt. Das Problem eines solchen Gebots im Rahmen einer Ergänzung des SES liegt jedoch darin, dass dieses die ohnehin schon geringe Attraktivität des Statuts noch weiter verringern könnte.

Nationale Ebene: Anknüpfung an geltendes nationales Eigentumsrecht

Aus den oben genannten Gründen dürfte es schwierig sein, einen supranationalen Kompromiss in der Europäischen Kommission oder gar im Rat zu erreichen. Daher besteht die einfachste Lösung darin, auf geltendem nationalen Recht aufzu-

bauen. Dies würde jedoch bedeuten, deutschen und in Deutschland operierenden Unternehmen eine Bürde aufzuerlegen, die sie im europäischen und globalen Wettbewerb benachteiligt. Ob dazu ausreichender politischer Wille motiviert werden kann, mag jedoch dahin stehen. Einerseits sind schon im Hinblick auf die aktuelle politische Konstellation und insbesondere auf das Fehlen einer echten wirkungsvollen parlamentarischen Opposition Zweifel angebracht. Vielleicht ist aber ein solch grundsätzliches Vorhaben gerade hinsichtlich der Auswirkungen auf die Wirtschaft nur von einer Großen Koalition mit der notwendigen politischen Legitimation erfolgreich umsetzbar.

9. Schlussfolgerungen

Der hier diskutierte Vorschlag der Forschungsgruppe Ethisch-Ökologisches Rating zur Einführung eines Externalisierungsverbots in das Eigentums- und Wettbewerbsrecht muss sowohl in rechtlicher als auch in politischer Hinsicht als ambitioniert bezeichnet werden. Die praktische Umsetzung des Vorschlags sähe sich mit erheblichen Schwierigkeiten konfrontiert. Das voranstehende Gutachten hat ungeachtet dieser grundsätzlichen Bedenken untersucht, ob grundsätzlich rechtliche Hindernisse insbesondere eigentumsrechtlicher Art bestehen, wo sich mögliche rechtliche Anknüpfungspunkte finden lassen und welche rechtspolitischen Aspekte – sowohl auf nationaler wie auch auf europäischer Ebene – bei einer möglichen Umsetzung eines Externalisierungsverbots zu beachten sind.

In Deutschland bietet der sich in der Rechtsprechung des BVerfG manifestierende Funktionswandel des Eigentums einen Anknüpfungspunkt für die Umsetzung eines Externalisierungsverbots. Die zunehmend in der Rechtsprechung und Rechtsliteratur erkannte und anerkannte Bedeutung der aus der verfassungsrechtlich verankerten Sozialpflichtigkeit des Eigentums (Art. 14 GG) abgeleiteten Sozialfunktion des Eigentums

⁵⁵ In diesem Fall ist es das Ergebnis von Verhandlungen zwischen dem/der Arbeitgeber_in und den Arbeitnehmervertreter_innen.

eröffnet Möglichkeiten zur Entwicklung eines weniger anthropozentrischen Eigentumsverständnisses unter Berücksichtigung der ökologischen Voraussetzungen und Schranken des Rechtsinstituts Privateigentum. Diesem neuen, nachhaltigen Eigentumsbegriff entspricht der Vorschlag des hier diskutierten Externalisierungsverbots.

Doch nicht nur in Deutschland, sondern auch in anderen europäischen Staaten finden sich Anknüpfungspunkte für eine langfristige Umsetzung des vorgeschlagenen Externalisierungsverbots. Während manche Länder ähnlich wie Deutschland eine Sozialpflichtigkeit des Eigentums als Verfassungsschranke kennen, kann in vielen anderen Staaten, in denen ein solches Verfassungsprinzip nicht existiert, zumindest auf verfassungsrechtlich verankerte Nachhaltigkeitsprinzipien Bezug genommen werden.

Auch auf EU-Ebene lassen sich solche Anknüpfungspunkte ausmachen. Zwar hält sich das europäische Vertragswerk im Eigentumsrecht mit Rücksicht auf divergierende nationale Eigentumsordnungen zurück (vgl. Art. 345 AEUV), doch lassen Art. 17 der EU-Grundrechtscharta sowie die Rechtsprechung des EuGH insbesondere zu Art. 1 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK die zunehmende Entwicklung eines eigenständigen europarechtlichen Eigentumsbegriffs erkennen. Dies gilt insbesondere für die vom EuGH in Anlehnung an das BVerfG entwickelte Sozialpflichtigkeit auch in Bezug auf das europäische Eigentumsrecht.

Auch wenn damit gewisse transnationale Ansatzpunkte für eine künftige rechtliche Umsetzung des Externalisierungsverbots auf europäischer Ebene gegeben sind, so muss die tatsächliche Einführung eines solchen Verbots vor dem Hintergrund der nach wie vor erheblichen rechtlichen Divergenzen und vor allem der wirtschaftlichen Ungleichgewichte innerhalb der EU doch als wenig wahrscheinlich eingeschätzt werden. Dies gilt sowohl mit Blick auf eine im europäischen Gesetzgebungsprozess zu verwirklichende gesamteuropäische Lösung wie auch für einen nationalen Alleingang Deutschlands, der deutsche Unternehmen einseitig belasten würde – ungeachtet der möglichen europarechtlichen Probleme eines solchen Alleingangs.

Trotz der ernüchternden Einschätzung der kurzfristigen Umsetzungsmöglichkeit des Vorschlags der FG EÖR bleibt festzuhalten, dass der Vorschlag in einen größeren Zusammenhang einzuordnen ist, der den unbestreitbar dringlichen Forderungen nach einem Mehr an Nachhaltigkeit im globalen Wirtschaftsprozess eine immer größere Bedeutung zukommen lässt.

Würde nämlich der anhaltende Ressourcenraubbau im bisherigen Umfang uneingeschränkt fortgesetzt, so müsste dieser Prozess mit zunehmendem, unwiederbringlichen Ressourcenkonsum langfristig, wenn nicht bereits mittelfristig zu zunehmender Verknappung im Produktionsprozess entstehender Produkte als künftiger Gegenstände frei verfügbaren Privateigentums führen. Die Fortsetzung des Endverbrauchs der natürlichen Lebensgrundlagen der Gesellschaft auf der Grundlage eines durch das wirtschaftsliberale Sozialmodell des BGB geprägten Eigentumsverständnisses der Sachherrschaftsfreiheit der Privateigentümer_innen würde damit zwangsläufig auf die Selbstabschaffung dieses Privateigentums als Rechtsinstitut in seinem Wesensgehalt, insbesondere als Wirtschafts- und Rohstoffeigentum, hinauslaufen.

In vorausschauender Erkenntnis dieser Entwicklung und des daraus folgenden Regelungsbedarfs hat die EU dem Thema Nachhaltigkeit nicht nur im Rahmen ihrer Nachhaltigkeitsstrategie besondere Wichtigkeit eingeräumt, sondern postuliert die nachhaltige Gestaltung des europäischen Wirtschaftsraums als integralen Bestandteil ihrer Strategie Europa 2020. Soziale und ökologische Fragen sollen danach zu einem selbstverständlichen und verbindlichen Bestandteil des wirtschaftlichen Denkens in der EU und der künftigen Gestaltung des europäischen Rechtsraumes werden (Diebold et al. 2013).

In eine ähnliche Richtung zielt die Forderung des deutschen Entwicklungshilfeministers Gerd Müller nach einer Reform des Welthandels und der Integration sozialer und ökologischer Standards als grundlegende Prinzipien in die Statuten der WTO (Zeit-Online 2013). Der im vorliegenden Gutachten diskutierte Vorschlag der FG EÖR zur Einführung eines Externalisie-

rungsverbots in das deutsche Eigentums- und Wettbewerbsrecht kann folglich ungeachtet der Frage seiner Umsetzungschancen als Versuch gewertet werden, in Anbetracht dieser bisher noch sehr allgemeinen und weiterer Ausarbeitung bedürftigen Forderung nach mehr Nachhaltigkeit im Wirtschaftsprozess erste konkretere Handlungsvorschläge zur Erreichung dieses Ziels vorzulegen.

Die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen der Gesellschaft als Forderung gesellschaftlicher Selbsterhaltung gewinnt damit konkretere wirtschafts- und rechtspolitische, insbesondere auch eigentumspolitische Gestalt. Insofern verdient der hier diskutierte Vorschlag grundsätzlich Unterstützung, verlangt jedoch gleichzeitig nach weiterer rechtstheoretischer und rechtspolitischer Bearbeitung.

Literaturverzeichnis

- Badura, Peter 1983: Eigentum, in: Benda, Ernst; Maihofer, Werner; Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.): Handbuch des Verfassungsrechts, Berlin.
- Berle, Adolf Augustus 1959: Toward the Paraproprietal Society, The Twentieth Century Fund.
- Beutler, Bengt; Bieber, Roland; Pipkorn, Jörn; Streil, Jochen 1993: Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, Baden-Baden.
- Böhmer, Werner 1988: Grundfragen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Neue Juristische Wochenschrift, S. 2561 - 2574.
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales 2013: Der Vierte Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung, vorgelegt vom BMAS am 6.3.2013 (ISSN 1614-3639).
- Calliess, Christian; Ruffert, Matthias 2011: EUV/AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, Kommentar, München.
- Centrum für Europäische Politik 2008: Übersicht über die wesentlichen Änderungen durch den Reformvertrag von Lissabon unter besonderer Berücksichtigung der EU-Kompetenzen und Entscheidungsverfahren, <http://www.cep.eu/analysen-zur-eu-politik/institutionelles-recht/rechtsvergleich/> (26.11.2014).
- Deppenheuer, Otto 2009: Eigentumsverfassung und Finanzkrise, Berlin/Heidelberg.
- Diebold, Céline; Fischer, Thomas; Dierks, Benjamin 2013: Europas Nachhaltigkeitsstrategie – Abschied in der Eurokrise oder ambitionierter Neustart?, Zukunft Soziale Marktwirtschaft Policy Brief #2013/06, Bertelsmann Stiftung.
- Ekardt, Felix 2013: Verankerung von Nachhaltigkeitsgrundsätzen in ökonomischen Instrumenten und im Wettbewerbsrecht – auch unter Berücksichtigung des Europarechts, Kurzstudie zur Enquête-Kommission „Wachstum, Wohlstand, Lebensqualität“ des Deutschen Bundestages im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik, <http://www.sustainability-justice-climate.eu/files/texts/FES-Studie-end.pdf> (26.11.2014).
- Ferguson, Niall 2009: Der Aufstieg des Geldes, Berlin.
- Gierke, Otto von 1889: Privatrecht, Frankfurt.
- Hamilton, Alexander 1788: The Federalist Papers Nr. 73, 1788.
- Hecker, Damian 1990: Eigentum als Sachherrschaft – Zur Genese und Kritik eines besonderen Herrschaftsanspruchs, Paderborn/München.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 1979: Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Moldenhauer, Eva; Michel, Karl Markus (Hrsg.), Hegel, Werke, Bd. VII, Frankfurt.
- Heinsohn, Gunnar; Steiger, Otto 1997: The Paradigm of Property, Interest and Money and its Application to European Economic Problems: Mass Unemployment, Monetary Union and Transformation, IKS Discussion Paper Nr. 10.

- Hölscher, Jens 1996: Privatisierung und Privateigentum, Bedingungen ökonomischer Entwicklung in Zentralosteuropa, Bd. 4, Marburg.
- Huster, Stefan; Rux, Johannes 2009: Art. 20, in: Epping, Volker; Hillgruber, Christian (Hrsg.): Grundgesetz: GG, Kommentar, München.
- Kaser, Max 1960: Römisches Privatrecht, München.
- Kelso, Louis O. 1960: Lawyers, Economists and Property, San Francisco.
- Kelso, Louis O.; Adler, Mortimer J. 1958: The Capitalist Manifesto, New York.
- Leisner, Walter 1996: Eigentum: Schriften zu Eigentumsgrundrecht und Wirtschaftsverfassung 1970-1996, Berlin.
- Levy, R. 1983: Eigentum und Macht in der modernen Industriegesellschaft, in: Holzhey, Helmut; Kohler, Georg (Hrsg.), Eigentum und seine Gründe, Bern/Stuttgart.
- Lieb, Julia; Maurer, Andreas; Ondarza, Nicolai von 2008: Der Vertrag von Lissabon. Kurzkomentar, Diskussionspapier der FG 1, 2008/07, SWP Berlin.
- Lowitzsch, Jens; Hashi, Iraj 2012: Employee Financial Participation in Companies' Proceeds, Policy Department Economic and Scientific Policy, European Parliament, Brussels.
- Lowitzsch, Jens et al. 2008: Mitarbeiterbeteiligung für ein Neues Soziales Europa, Berlin.
- Margedant, Udo; Zimmer, Matthias 1993: Eigentum und Freiheit. Eigentumstheorien im 17. und 18. Jahrhundert, Reese, Armin; Uffelman, Uwe (Hrsg.), Idstein.
- Meyer, R.W. 1983: Das Verhältnis von „Person“ und „Eigentum“ in Hegels Philosophie des Rechts, in: Holzhey, H.; Kohler, G. (Hrsg.): Eigentum und seine Gründe, Bern/Stuttgart.
- Oertmann, Paul 1892: Der Dinglichkeitsbegriff, Jherings Jahrbuch 31, Jena.
- Orfanidis, Dimitrios 2006: Eigentumsproblematik und Mitbestimmung hinsichtlich der Europäischen Verfassung, Frankfurt am Main.
- Palandt, Otto; Bassenge, Peter; Brudermüller, Gerd et al. 2011: Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurzkomentare, München.
- Peukert, Wolfgang 1992: Zur Notwendigkeit der Beachtung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes in der Rechtsprechung des EGMR zu Eigentumsfragen, Europäische Grundrechte-Zeitschrift 19.
- Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard 2002: Grundrechte Staatsrecht II, Heidelberg.
- Reich, Charles A. 1964: The New Property, Yale Law Journal, Volume 73, Number 5.
- Riegel, Reinhard 1986: Zur Bedeutung der Niederlassungsfreiheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Neue Juristische Wochenschrift.
- Rittstieg, Helmut 1975: Eigentum als Verfassungsproblem, Darmstadt.
- Roggemann, Herwig 2011: Das Mitarbeiterkapitalbeteiligungsgesetz von 2009, Eine rechtspolitische Kritik, Zeitschrift für Rechtspolitik, Jg. 44.
- Roggemann, Herwig 2010: Mitarbeiterbeteiligung und Eigentum, Ein Diskussionsbeitrag zur Wirtschaftskrise, Berlin.
- Roggemann, Herwig 1997: Funktionswandel des Eigentums in Ost und West – vergleichende Anmerkungen zur postsozialistischen Transformation in Ost- und Westeuropa, in: Recht in Ost und West 1997, Heft 6, S.194f.; Heft 7, S. 225f.
- Roggemann, Herwig 1996: Eigentum in Osteuropa, Berlin.
- Rösch, U. 2009: § 903 BGB, in: Herberger, Maximilian; Martinek, Michael; Rüßmann, Helmut; Weth, Stephan (Hrsg.): Juris-Praxiskommentar BGB Sachenrecht, Saarbrücken.
- Rudolph, Kurt 1960: Die Bindungen des Eigentums. Eine rechtsvergleichende Studie, Tübingen.
- Säcker, Franz Jürgen; Rixecker, Roland; Oetker, Hartmut 2013: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München.
- Scherhorn, Gerhard 2012: Nachhaltigkeit in das Eigentums- und Wettbewerbsrecht!, <http://www.nehmenundgeben.de/aufruf> (23.11.2014).

- Scholz, Rupert 2013: Art. 20a; in: Maunz, Theodor; Düring, Günter (Hrsg.): Grundgesetz, Hauptordner, Art. 20a, Rdn. 5ff.
- Schulze-Fielitz, Helmuth 2006: Art. 20a; in: Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar – Band II: Artikel 20-82, Tübingen.
- Schultze-von Lasaulx, H. (1950-51), Besprechung, Harry Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, AcP 151, S. 449-461.
- Schweitzer, Michael; Hummer, Waldemar 1993: Europarecht, Frankfurt am Main.
- Wassilios, Skouris 1995: Werbung und Grundrechte in Europa, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht S. 438-443.
- Tietje, Christian 2013: Art. 114 AEUV, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV.
- Thiel, Jürgen Michael 1991: Grundrechtlicher Eigentumsschutz im EG-Recht, Juristische Schulung: 31.
- Thormann, Martin 1996: Abstufungen in der Sozialbindung des Eigentums, Stuttgart.
- Villiger, Mark 1993: Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich.
- Wendt, Rudolf 1985: Eigentum und Gesetzgebung, Hamburg.
- Westermann, Harm Peter; Gursky, Karl-Heinz; Eickmann, Dieter 2011: Sachenrecht, 8. Aufl., Müller, Heidelberg; Westermann (1953): 2. Aufl., Karlsruhe 1953.
- Wolf, Manfred; Wellenhofer, Marina 2008: Sachenrecht, München.
- ZEIT-Online 2013: Neuer Entwicklungshilfeminister kritisiert einseitigen Welthandel, 27. Dezember 2013, <http://www.zeit.de/wirtschaft/2013-12/entwicklungsminister-mueller-wto> (19.1.2014).

Anhang: **Vergleichende Übersicht des Eigentumsrechts Deutschlands, Österreichs, Frankreichs, Spaniens und Schwedens**

	Verfassungsrecht	Zivilrecht	Sozialpflicht	Anknüpfung für Nachhaltigkeit (ggf. als Staatszielbestimmung)
DE	<p>Art. 14 Grundgesetz (1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt. (2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. (3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen.</p>	<p>§ 903 Befugnisse des Eigentümers Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen. Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten.</p>	<p>Art. 14. 2 GG („Eigentum verpflichtet“) (2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.</p>	<p>Art. 20a GG („Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen“) Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung.</p>
A	<p>Art. 5 Staatsgrundgesetz Das Eigentum ist unverletzlich. Eine Enteignung gegen den Willen des Eigentümers kann nur in den Fällen und in der Art eintreten, welche das Gesetz bestimmt.</p>	<p>§ 353 - § 379 ABGB Begriff. (353 Objektiv) § 354. Im subjektiven Als ein Recht betrachtet, ist Eigentum das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten, und jeden andern davon auszuschließen. § 362 Rechte des Eigentümers Kraft des Rechtes, frei über sein Eigentum zu verfügen, kann der vollständige Eigentümer in der Regel seine Sache nach Willkür benützen oder unbenutzt lassen; er kann sie vertilgen, ganz oder zum Teile auf andere übertragen, oder unbedingt sich derselben begeben, das ist, sie verlassen. Beschränkungen derselben § 364. (1) Überhaupt findet die Ausübung des Eigentumsrechtes nur insofern statt, als dadurch weder in die Rechte eines Dritten ein Eingriff geschieht, noch die in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohles vorgeschriebenen Einschränkungen übertreten werden. § 365. Wenn es das allgemeine Beste erheischt, muß ein Mitglied des Staates gegen eine angemessene Schadloshaltung selbst das vollständige Eigentum einer Sache abtreten.</p>	<p>111. Bundesverfassungsgesetz über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung § 1. Die Republik Österreich (Bund, Länder und Gemeinden) bekennt sich zum Prinzip der Nachhaltigkeit bei der Nutzung der natürlichen Ressourcen, um auch zukünftigen Generationen bestmögliche Lebensqualität zu gewährleisten. § 3. (1) Die Republik Österreich (Bund, Länder und Gemeinden) bekennt sich zum umfassenden Umweltschutz. (2) Umfassender Umweltschutz ist die Bewahrung der natürlichen Umwelt als Lebensgrundlage des Menschen vor schädlichen Einwirkungen. Der umfassende Umweltschutz besteht insbesondere in Maßnahmen zur Reinhaltung der Luft, des Wassers und des Bodens sowie zur Vermeidung von Störungen durch Lärm.</p>	

Legende: Schranken, Inhaltsbestimmung, Sozialpflichtigkeit



	Verfassungsrecht	Zivilrecht	Sozialpflicht	Anknüpfung für Nachhaltigkeit (ggf. als Staatszielebestimmung)
<p>PL</p>	<p>Art. 21 Verfassung 1. Die Republik Polen schützt das Eigentum und das Erbrecht. 2. Eine Enteignung ist nur dann zulässig, wenn sie zu öffentlichen Zwecken und gegen gerechte Entschädigung durchgeführt wird. Art. 64 1. Jedermann hat Recht auf Eigentum und andere Vermögensrechte sowie das Erbrecht. 2. Das Eigentum, andere Vermögensrechte und das Erbrecht unterstehen dem für alle gleichen rechtlichen Schutz. 3. Das Eigentum darf nur im Gesetzeswege und nur soweit eingeschränkt werden, dass das Wesen des Eigentumsrechts nicht verletzt wird.</p>	<p>§ 222 - § 231 Zivilgesetzbuch Art. 222 § 1. Der Eigentümer kann die Herausgabe der Sache von demjenigen verlangen, der die tatsächliche Herrschaft über sie ausübt, es sei denn, dass dieser dem Eigentümer gegenüber hierzu berechtigt ist. § 2. Der Eigentümer hat gegenüber demjenigen, der das Eigentum in anderer Weise als durch Entziehung der tatsächlichen Sachherrschaft verletzt, Anspruch auf Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands und auf Unterlassung der Verletzungen.</p>		<p>Art. 5 Verfassung Die Republik Polen schützt die Unabhängigkeit und Integrität ihres Territoriums, gewährleistet Freiheiten und Rechte der Menschen und der Bürger sowie die Sicherheit der Staatsbürger, schützt das nationale Erbe und gewährleistet den Umweltschutz, wobei sie sich von dem Prinzip der nachhaltigen Entwicklung leiten lässt. Art. 22 Eine Einschränkung der Freiheit der wirtschaftlichen Tätigkeit ist zulässig nur auf dem Gesetzesweg und nur wegen eines wichtigen gesellschaftlichen Interesses.</p>
<p>FR</p>	<p>Art. XVII DÉCLARATION DES DROITS DE L'HOMME ET DU CITOYEN DE 1789 Da das Eigentum ein unverletzliches und geheiligtes Recht ist, kann es niemandem genommen werden, es sei denn, dass die gesetzlich festgestellte öffentliche Notwendigkeit dies eindeutig erfordert und vorher eine gerechte Entschädigung festgelegt wird.</p>	<p>Libre II (§ 516 - § 710) Code Civil* Art. 537 Privatpersonen haben das Recht frei über ihr Eigentum zu verfügen, unterliegen dabei jedoch den durch den Gesetzgeber festgelegten Einschränkungen. Eigentum, welches nicht privaten Individuen gehört, darf lediglich im Rahmen und unter Einhaltung der ihm eigenen Vorschriften verwaltet und übertragen werden. Art. 544 Eigentum ist das absolute Recht des Genusses und der Verwendung von Sachen, vorausgesetzt die Art und Weise der Nutzung verstößt gegen kein Verbot aus Gesetzen oder anderen Vorschriften. Art. 545 Niemand darf zur Aufgabe seines Eigentums gezwungen werden, außer zu öffentlichem Zwecke und für eine angemessene und vorausgehende Entschädigung.</p>		<p>La Charte de l'environnement (insb. Art. 2, Art. 4 und Art. 6, Teil des französischen Verfassungsrechts) Art. 2. Jeder Mensch hat die Pflicht, zur Erhaltung und Verbesserung der Umwelt beizutragen. Art. 4. Jeder Mensch muss unter den gesetzlich festgelegten Bedingungen zur Beseitigung der von ihm verursachten Umweltschäden beitragen. Art. 6. Die Politik der öffentlichen Hand muss eine nachhaltige Entwicklung fördern. Zu diesem Zweck hat sie Schutz und Erschließung der Umwelt, Wirtschaftsentwicklung und sozialen Fortschritt miteinander in Einklang zu bringen.</p>





<p>IT</p>	<p>Verfassungsrecht</p> <p>Art. 42 Verfassung Das Eigentum ist öffentlich oder privat. Die wirtschaftlichen Güter gehören dem Staat, Körperschaften oder Einzelpersonen. Das Privateigentum wird durch Gesetz anerkannt und gewährleistet, welches die Arten seines Erwerbes, seines Genusses und die Grenzen zu dem Zweck regelt, seine sozialen Aufgaben sicherzustellen und es allen zugänglich zu machen. Das Privateigentum kann in den durch Gesetz vorgesehenen Fällen und gegen Entschädigung aus Gründen des Allgemeinwohles enteignet werden. Das Gesetz bestimmt die Vorschriften und Grenzen der gesetzlichen und testamentarischen Erbfolge und die Rechte des Staates am Nachlass.</p>	<p>Zivilrecht</p> <p>§ 832 - § 839 Zivilgesetzbuch 832. (Inhalt des Rechts) Der Eigentümer hat das Recht, die Sachen innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen und unter Beachtung der von dieser festgelegten Pflichten voll und ausschließlich zu nutzen und darüber zu verfügen. 833. (Missbräuchliche Handlungen) Der Eigentümer darf Handlungen nicht vornehmen, die nur den Zweck haben, andere zu schädigen oder zu belästigen. 835. (Requirierung) Bei schwerer und dringender öffentlicher, militärischer oder ziviler Notwendigkeit kann die Requirierung von beweglichen oder unbeweglichen Sachen angeordnet werden. Dem Eigentümer steht eine angemessene Entschädigung zu. Die Vorschriften über die Requirierung werden durch Sondergesetze festgelegt. 836. (Vorübergehende Beschränkung/Pflichten) Aus den im vorhergehenden Artikel bezeichneten Gründen kann die Verwaltungsbehörde innerhalb der von Sondergesetzen gezogenen Grenzen und in den von diesen festgesetzten Formen Handelsbetriebe und Landwirtschaftsbetriebe besonderen Beschränkungen oder Pflichten von vorübergehender Dauer unterwerfen.</p>	<p>Sozialpflicht</p> <p>Art. 42. 2 Verfassung Das Privateigentum wird durch Gesetz anerkannt und gewährleistet, welches die Arten seines Erwerbes, seines Genusses und die Grenzen zu dem Zweck regelt, seine sozialen Aufgaben sicherzustellen und es allen zugänglich zu machen. 832. Zivilgesetzbuch (Inhalt des Rechts) Der Eigentümer hat das Recht, die Sachen innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen und unter Beachtung der von dieser festgelegten Pflichten voll und ausschließlich zu nutzen und darüber zu verfügen.</p>	<p>Anknüpfung für Nachhaltigkeit (ggf. als Staatszielbestimmung)</p> <p>Art. 41. Verfassung Die Privatinitiative in der Wirtschaft ist frei. Sie darf sich aber nicht im Gegensatz zum Nutzen der Gesellschaft oder in einer Weise, die die Sicherheit, Freiheit und menschliche Würde beeinträchtigt, betätigen. Das Gesetz legt die Wirtschaftsprogramme und geeignete Kontrollen fest, damit die öffentliche und private Wirtschaftstätigkeit nach dem Allgemeinwohl ausgerichtet und abgestimmt werden kann.</p>
<p>ES</p>	<p>Art. 33 Verfassung (1) Das Recht auf Privateigentum und das Erbrecht werden anerkannt. (2) Die soziale Funktion dieser Rechte begrenzt ihren Inhalt in Übereinstimmung mit den Gesetzen. (3) Niemand darf seines Vermögens und seiner Rechte beraubt werden, es sei denn aus berechtigten Gründen des öffentlichen Nutzens oder des gesellschaftlichen Interesses; gegen entsprechende Entschädigung und in Übereinstimmung mit den Gesetzen.</p>	<p>Art. 348 – 352 Codice Civil* Artículo 348 Eigentum ist das Recht des Genusses und der Verwendung einer Sache und unterliegt lediglich in den Gesetzen geregelten Beschränkungen. Der Eigentümer kann Maßnahmen gegen den Nutzer und den Besitzer einer Sache ergreifen, um diese zurückzuerlangen. Artículo 349 Niemandem darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn durch eine zuständige Behörde und aus gerechtfertigten Gründen des öffentlichen Nutzens sowie einer stets vorausgehenden angemessenen Entschädigung. Ist die voranstehende Voraussetzung nicht erfüllt, sorgen die Gerichte für den Schutz und in diesem Falle für die Rückführung des Eigentums an den Enteigneten.</p>	<p>Art 33 (2) Verfassung (Soziale Funktion des Eigentumsrechts) (2) Die soziale Funktion dieser Rechte begrenzt ihren Inhalt in Übereinstimmung mit den Gesetzen.</p>	

	Verfassungsrecht	Zivilrecht	Sozialpflicht	Anknüpfung für Nachhaltigkeit (ggf. als Staatszielbestimmung)
SE	<p>§ 15. Verfassung Das Eigentum eines jeden ist dadurch geschützt, daß niemand durch Enteignung oder eine andere Verfügung dieser Art gezwungen werden kann, sein Eigentum an das Gemeinwesen oder einen einzelnen abzutreten oder erdulden muss, dass das Gemeinwesen die Verwendung von Grund und Boden oder Gebäuden beschränkt, außer wenn dies erforderlich ist, um dringende öffentliche Interessen sicherzustellen. Wer durch Enteignung oder eine andere Verfügung dieser Art gezwungen wird, sein Eigentum anzutreten, dem ist für den Verlust Ersatz zuzusichern. Ein solcher Ersatz ist auch dem zuzusichern, für den das Gemeinwesen die Verwendung von Grund und Boden oder Gebäuden auf solche Art beschränkt, daß eine anhaltende Verwendung des Grundbesitzes im betroffenen Teil des Grundstücks erheblich erschwert wird oder daß Schaden entsteht, der im Verhältnis zum Wert dieses Teils des Grundstücks bedeutend ist. Der Ersatz ist nach gesetzlicher Grundlage zu bemessen. Wenn Einschränkungen bei der Nutzung von Flächen oder Gebäuden aufgrund des Gesundheitsschutzes, des Umweltschutzes oder aus Sicherheitsgründen erforderlich sind, bestimmt ein Gesetz die Entschädigung, die für eine solche Nutzungsbeschränkung gezahlt wird. Unbeachtet dessen, was oben vorgeschrieben wird, ist allen der Zugang zur Natur gemäß gemeinem Recht zuzusichern.</p>			
EU	<p>Artikel 17 Grundrechtecharta Eigentumsrecht (1) Jede Person hat das Recht, ihr rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Niemand darf sein Eigentum entzogen werden, es sei denn aus Gründen des öffentlichen Interesses in den Fällen und unter den Bedingungen, die in einem Gesetz vorgesehen sind, sowie gegen eine rechtzeitige angemessene Entschädigung für den Verlust des Eigentums. Die Nutzung des Eigentums kann gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist. (2) Geistiges Eigentum wird geschützt.</p>			

Verankerung von Nachhaltigkeitsgrundsätzen im Wettbewerbsrecht unter Berücksichtigung des Rechts der WTO und EU

Christian Pitschas

Executive Summary

Dieses Gutachten untersucht, ob, und wenn ja, inwiefern sich Nachhaltigkeitskriterien mit dem Recht der WTO (World Trade Organization) und der Europäischen Union vereinbaren lassen. Um diese Frage zu beantworten, befasst sich das Gutachten im ersten Teil mit dem Begriff der Nachhaltigkeit im WTO-Recht, erörtert den Grundsatz der Nichtdiskriminierung, der die gesamte WTO-Rechtsordnung durchzieht, und setzt sich mit Nachhaltigkeitskriterien als tarifäres Handelshemmnis auseinander. Im zweiten Teil betrachtet das Gutachten das Verhältnis zwischen EU-Recht und Nachhaltigkeit. Es untersucht die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten in dem für diese Frage relevanten Bereich, diskutiert, ob bzw. unter welchen Umständen nationale Nachhaltigkeitskriterien als Handelshemmnis im Sinne des primären Unionsrechts einzustufen wären, und befasst sich mit der Frage, inwiefern Nachhaltigkeitskriterien im Vergaberecht zu Rechtsunsicherheit führen können.

Wie die Untersuchung bezogen auf das Recht der WTO zeigt, kann die Vereinbarkeit von Nachhaltigkeitskriterien mit dessen Regelungen nicht pauschal beurteilt werden. Es bedarf der Einzelfallbetrachtung. Nachhaltigkeitskriterien müssen zudem dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung gerecht werden. Sollte das nicht der Fall sein, müsste eine solche Diskriminierung gerechtfertigt sein. Weiterhin zeigt sich, dass Nachhaltigkeitskriterien zwar die Form von Zöllen oder zollgleichen Abgaben und Belastungen annehmen könnten. Das allerdings setzt Verhandlungen mit anderen WTO-Mitgliedern voraus, die nur von

der EU geführt werden könnten. Zudem lässt sich festhalten, dass Nachhaltigkeitskriterien die Form von Abgaben annehmen könnten, die äquivalent zu inländischen Steuern bzw. Abgaben sind und auf ausländische Waren bei deren Einfuhr erhoben werden. Die Erhebung derartiger Abgaben hat allerdings grundsätzlich im Einklang mit dem Inländerbehandlungsgebot zu erfolgen. Das WTO-Beschaffungsübereinkommen erlaubt es den Vertragsparteien überdies, sowohl im Rahmen von technischen Spezifikationen als auch bei den Kriterien zur Bewertung von Angeboten Nachhaltigkeitskriterien ökologischer Art einfließen zu lassen. Das jedoch ist nur dann möglich, wenn diese Kriterien sich auf die konkret zu beschaffenden Waren und Dienstleistungen beziehen.

Die EU und ihre Mitgliedstaaten teilen sich in den für Nachhaltigkeitskriterien besonders bedeutsamen Bereichen „Binnenmarkt“ und „Umwelt“ die Gesetzgebungskompetenzen. Diese Kompetenzteilung hat zur Folge, dass Rechtsakte der Union eine Sperrwirkung auf die Kompetenzwahrnehmung der Mitgliedstaaten ausüben. Zwar sieht das EU-Recht eine partielle Durchbrechung der Sperrwirkung vor und gestattet parallele Maßnahmen der Mitgliedstaaten, jedoch nur nach Maßgabe bestimmter materieller und prozeduraler Bedingungen, die für beide Bereiche unterschiedlich ausfallen. Der den Mitgliedstaaten verbleibende Spielraum ist nach Einschätzung dieses Gutachtens eher gering. Im Bereich dieses Spielraums dürfen die Mitgliedstaaten Nachhaltigkeitskriterien in ihr nationales Recht aufnehmen, müssen insoweit aber die Vorgaben des primären Unionsrechts, insbesondere in Gestalt der Grundfreiheiten, beachten.

1. Einleitung

1.1 Fragestellungen

Sind Nachhaltigkeitskriterien, insbesondere in Form eines Externalisierungsverbots, mit dem Recht der WTO und EU vereinbar? Dieser Frage geht das vorliegende Kurzgutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung (FES) nach und soll zu deren Klärung verschiedene Gesichtspunkte im Zusammenhang mit dem WTO-Recht einerseits und dem EU-Recht andererseits untersuchen.

Für das WTO-Recht hat die FES die folgenden Fragestellungen vorgegeben:

- (1) Wie viel Spielraum lassen die WTO-Bestimmungen, um Nachhaltigkeitskriterien im Wettbewerbsrecht zu verankern?
- (2) Wären Nachhaltigkeitskriterien als tarifäres Handelshemmnis mit den derzeitigen WTO-Bestimmungen vereinbar?
- (3) Inwiefern droht Rechtsunsicherheit, wenn Nachhaltigkeitskriterien in das Wettbewerbsrecht aufgenommen werden, beispielsweise im Bereich der öffentlichen Vergabe?

Für das EU-Recht lauten die Themenstellungen der FES wie folgt:

- (1) Wie viel Spielraum lassen die EU-Bestimmungen im Rahmen der EU-Verfassungsdokumente (EUV, AEUV, EuGRC), um Nachhaltigkeit im Wettbewerbsrecht zu verankern?
- (2) Wären nationale Alleingänge einzelner EU-Mitgliedstaaten als mögliche Handelshemmnisse mit den derzeitigen EU-Bestimmungen vereinbar?
- (3) Inwiefern droht Rechtsunsicherheit, wenn Nachhaltigkeitskriterien in das Wettbewerbsrecht aufgenommen werden, beispielsweise im Bereich der öffentlichen Vergabe?

Nach einem kurzen Überblick über den Nachhaltigkeitsbegriff, von dem die FES ausgeht (Kapitel 1.2), wird das Kurzgutachten zunächst die für die erwähnten Fragestellungen erheblichen Normen des WTO-Rechts untersuchen, die den völkerrechtlichen

Rahmen bilden (Kapitel 2.), um danach die für die aufgeworfenen Fragen bedeutsamen Vorschriften des Unionsrechts zu beleuchten (Kapitel 3.).

1.2 Nachhaltigkeit und Externalisierungsverbot

Die von der FES gestellten Fragen zur Vereinbarkeit von Nachhaltigkeitskriterien mit dem Recht der WTO und EU gehen zurück auf ein Thesepapier von Gerhard Scherhorn mit dem Titel „Nachhaltigkeit in das Eigentums- und Wettbewerbsrecht!“ (Scherhorn 2012). Es skizziert die Auffassung der Forschungsgruppe Ethisch-Ökologisches Rating (FG EÖR) und vertritt die Forderung, dass die Nachhaltigkeitspflicht in das BGB und das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) eingefügt werden soll. Diese Forderung begründet Scherhorn damit, dass das Recht der Eigentümer_innen, mit ihrer Sache nach Belieben zu verfahren, im Widerspruch zur Nachhaltigkeit stehe, die verlange, dass die allgemeinen Lebensgrundlagen auch für künftige Generationen verfügbar bleiben. Die für die Erhaltung allgemeiner Lebensgrundlagen notwendigen Kosten dürften nicht auf die Allgemeinheit abgewälzt (externalisiert) werden. Ebenso stelle es unlauteren Wettbewerb dar, wenn Unternehmen sich einen Marktvorteil verschafften, indem sie die beim Verzehr von Gemeingütern entstehenden Kosten externalisierten und das als Marktleistung angesehen werde. Die von Scherhorn vorgeschlagene Änderung des BGB soll die Nutzer_innen von Gemeingütern zur Mäßigung verpflichten, während die Änderung des UWG diese Mäßigungspflicht durch gegenseitige Überwachung im Sinne des Allmendepinzips absichern soll.

2. WTO-Recht und Nachhaltigkeit

Die Untersuchung des Verhältnisses zwischen Nachhaltigkeit und WTO-Recht orientiert sich an den drei eingangs genannten Fragen. Zunächst befasst sich das Gutachten kurz mit dem Begriff der Nachhaltigkeit im Recht der WTO und seiner Bedeutung für die Auslegung von WTO-Normen

(Kapitel 2.1). Darauf folgt eine Erörterung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, der die gesamte WTO-Rechtsordnung prägt und dem daher eine maßgebliche Rolle bei der Einführung von Nachhaltigkeitskriterien im nationalen (Wettbewerbs-)Recht der WTO-Mitglieder zukommt (2.2). Im Anschluss setzt sich das Gutachten mit Nachhaltigkeitskriterien als tarifäres Handelshemmnis auseinander (2.3), wobei hier zwischen tarifären Handelshemmnissen im eigentlichen Sinn (Zölle und sonstige zollgleiche Abgaben und Belastungen) und im weiteren Sinn (fiskalische Belastungen, die sich aus der Anwendung inländischer Steuern und Abgaben auf ausländische Waren ergeben) unterschieden wird. Abschließend wird auf Nachhaltigkeitskriterien im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe eingegangen und insoweit das neue WTO-Beschaffungsübereinkommen als Beurteilungsmaßstab herangezogen (2.4).

Die WTO-Rechtsordnung besteht aus einer ganzen Reihe von verschiedenen Abkommen. Sie werden durch das WTO-Rahmenübereinkommen (Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization) miteinander verklammert und sind Letzterem als Anhänge beigefügt (Anhänge 1-4). Artikel II.2 des Rahmenübereinkommens stellt zudem klar, dass die in den Anhängen 1-3 enthaltenen multilateralen Abkommen integraler Bestandteil des Rahmenübereinkommens mit verbindlicher Wirkung für alle Mitglieder sind. Die im Anhang 4 enthaltenen plurilateralen Abkommen sind jedoch nur für diejenigen Mitglieder verbindlich, die diese Abkommen angenommen haben (Artikel II.3 des WTO-Rahmenübereinkommens). Die Revisionsinstanz des WTO-Streitbeilegungssystems – der Appellate Body – hat gleichfalls hervorgehoben, dass alle diese Abkommen (Bestand-)Teil des Rahmenübereinkommens und als einheitliches Ganzes zu betrachten sind (Brazil – Desiccated Coconut: 12; Korea – Dairy: Rz. 81).

Dennoch hat die „Klammerfunktion“ des Rahmenübereinkommens nicht zur Folge, dass für ein WTO-Abkommen zutreffende Aussagen

ohne Weiteres auf andere WTO-Abkommen übertragbar sind. Insoweit ist zweierlei zu berücksichtigen: Erstens betreffen die Abkommen ganz unterschiedliche Materien, nämlich den Warenhandel, den Dienstleistungshandel und die (handelsbezogenen) Rechte am geistigen Eigentum, die jeweils ihre Eigenheiten aufweisen. Zweitens regeln selbst die Abkommen über den Warenhandel im Anhang 1A zum WTO-Rahmenübereinkommen im Einzelnen sehr verschiedene Bereiche des Warenhandels (von der Landwirtschaft über technische Handelshemmnisse zu handelspolitischen Schutzmaßnahmen), die ebenfalls entsprechend differenziert zu betrachten sind.

Es sollte daher nicht erstaunen, wenn sich für die WTO-Rechtsordnung als solche keine allgemeingültige Aussage darüber treffen lässt, ob Nachhaltigkeitskriterien im nationalen (Wettbewerbs-)Recht eines WTO-Mitglieds mit dem WTO-Recht vereinbar sind. Vielmehr muss jedes WTO-Abkommen für sich daraufhin untersucht werden, ob und unter welchen Voraussetzungen es Nachhaltigkeitskriterien zulässt. Denn je nachdem wie die Nachhaltigkeitskriterien ausgestaltet sind, kann ihre Einführung unterschiedliche WTO-Abkommen berühren. Gleichwohl sind nicht sämtliche WTO-Abkommen von der Einführung von Nachhaltigkeitskriterien potenziell betroffen. So kommen beispielsweise das Abkommen über Vorversandkontrollen, das Abkommen über Ursprungsregeln und das Abkommen über Einfuhrlicenzverfahren nicht als Prüfungsmaßstäbe in Betracht.

Im Vordergrund dieses Kapitels stehen, der inhaltlichen Schwerpunktsetzung des Auftraggebers entsprechend, das GATT 1994 und das WTO-Beschaffungsübereinkommen. Die nachstehenden Ausführungen lassen daher den Dienstleistungshandel (geregelt im Allgemeinen Abkommen über den Dienstleistungshandel – GATS) sowie die handelsbezogenen Aspekte des geistigen Eigentums (geregelt im Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums – TRIPS) außen vor.

2.1 Nachhaltigkeit als ein Auslegungsmotiv der WTO-Abkommen

In der Präambel des WTO-Rahmenübereinkommens drücken die Mitglieder ihre Erwartung aus, dass ihre Handels- und Wirtschaftsbeziehungen eine optimale Verwendung der globalen Ressourcen im Einklang mit dem Ziel einer nachhaltigen Entwicklung (sustainable development) erlauben. Sie sollen zugleich darum bemüht sein, die Umwelt zu schützen und zu bewahren sowie die dazu erforderlichen Mittel in einer Weise zu verstärken, die mit den jeweiligen Bedürfnissen und Anliegen der WTO-Mitglieder entsprechend ihrem wirtschaftlichen Entwicklungsstand vereinbar ist. Dieses grundsätzliche, aber nicht unqualifizierte Bekenntnis zu nachhaltiger Entwicklung und Umweltschutz ist eine Maxime, die bei der Auslegung der verschiedenen WTO-Abkommen, die im Anhang 1 zum Rahmenübereinkommen aufgeführt sind, zu berücksichtigen ist. So hat der Appellate Body ausgeführt: „[...] the preamble attached to the *WTO Agreement* shows that the signatories to that Agreement were [...] fully aware of the importance and legitimacy of environmental protection as a goal of national and international policy. The preamble of the *WTO Agreement* [...] informs not only the GATT 1994, but also the other covered agreements“ (US – Shrimp, Rz. 129)¹.

Ungeachtet dessen ist die Präambel des Rahmenübereinkommens bei der Auslegung der einzelnen Abkommen nicht vorrangig zu berücksichtigen. Die Auslegung des WTO-Rechts vollzieht sich nach der völkergewohnheitsrechtlichen Methodologie, die durch die Art. 31f. der Wiener Vertragsrechtskonvention (weitgehend) kodifiziert wurde, worauf der Appellate Body mehrfach nachdrücklich hingewiesen hat.² Innerhalb dieser Auslegungsmethodologie ist die Präambel des WTO-Rahmenübereinkommens zwar ein Element zur Ermittlung des Sinns und Zwecks (einer Vor-

schrift) eines WTO-Abkommens, aber nicht *das* oder das *entscheidende* Element. Es wäre daher unzutreffend, Nachhaltigkeit als ein übergeordnetes Leitmotiv bei der Auslegung der WTO-Abkommen zu verstehen. Vielmehr ist die Konformität von Nachhaltigkeitskriterien mit der WTO-Rechtsordnung anhand und im Lichte (der in Rede stehenden Vorschrift(en) des betreffenden Abkommens zu beurteilen. Eine verallgemeinernde Aussage über die Vereinbarkeit von Nachhaltigkeitskriterien mit dem WTO-Recht lässt sich daher nicht treffen.

2.2 Grundsatz der Nichtdiskriminierung

Das Regelwerk der WTO kennt kein spezifisches Wettbewerbsabkommen. Aus diesem Grund beschlossen die WTO-Mitglieder auf ihrer Ministerkonferenz in Singapur im Jahr 1996, eine Arbeitsgruppe einzusetzen, die sich mit dem Verhältnis zwischen Handel und Wettbewerb befassen sollte (Ministererklärung von Singapur: Rz. 20). Diese Arbeitsgruppe sollte nach der Vorstellung der Ministerkonferenz von Doha im Jahr 2001 ihre Arbeit fortsetzen und sich dabei auf bestimmte Bereiche konzentrieren. Eine Entscheidung über die Einbettung in die durch diese Ministerkonferenz angestoßene Doha-Verhandlungsrunde blieb ausdrücklich einer späteren Ministerkonferenz vorbehalten (Ministererklärung von Doha: Rz. 23-25). Nachdem sich die Ministerkonferenz von Cancún im Jahr 2003 nicht darüber einigen konnte, ob über das Verhältnis zwischen Handel und Wettbewerb im Rahmen der Doha-Runde verhandelt werden sollte, entschied der Allgemeine Rat der WTO im Jahr 2004, die Beziehung zwischen Handel und Wettbewerb aus dem Arbeitsprogramm der Doha-Verhandlungsrunde herauszunehmen (WT/L/579, 2.8.2004, Nr. 1 (g)). Die Arbeitsgruppe hat seitdem ihre Arbeit eingestellt, ohne jedoch formell aufgelöst worden zu sein.³

1 Die Bedeutung der Präambel des WTO-Rahmenübereinkommens für die Auslegung der verschiedenen im Anhang 1 zum Rahmenübereinkommen angeführten Abkommen hat der Appellate Body auch in seinem Bericht EC – Tariff Preferences betont (Rz. 161).

2 Vgl. US – Carbon Steel (Rz. 61); US – Continued Zeroing (Rz. 268); China – Auto Parts (Rz. 145, 151); China – Raw Materials (Rz. 278).

3 Ein Überblick zur Thematik Handel und Wettbewerb findet sich auf der WTO-Webseite http://www.wto.org/english/tratop_e/comp_e/history_e.htm#singapore (18.8.2014).

Das Fehlen eines gesonderten Wettbewerbsabkommens in der WTO-Rechtsordnung hat nicht zur Folge, dass diese Rechtsordnung für das (nationale) Wettbewerbsrecht der Mitglieder bedeutungslos ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn man Wettbewerbsrecht nicht in einem engen Sinn als Kartellrecht versteht, sondern als Sammelbegriff für alle rechtlichen Regeln, die sich auf den Wettbewerb auswirken können. Das hängt damit zusammen, dass die WTO-Abkommen in den von ihnen erfassten Sachbereichen grundsätzlich bezwecken, gleiche Wettbewerbsbedingungen (equality of competitive conditions) sicherzustellen und damit die Bestreitbarkeit von Märkten zu gewährleisten (Tietje 2003: 25, Rz. 22).

Um diesen Zweck zu erreichen, kennt etwa das GATT 1994 zwei Formen des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes (WTO Background Note: 1; WTO 2011: 10): zum einen das Gebot, alle gleichen oder gleichartigen Waren aus anderen WTO-Mitgliedern bei deren Zugang zum inländischen Markt eines Mitglieds gleich bzw. nicht weniger günstig zu behandeln (das sogenannte Gebot der Meistbegünstigung); zum anderen das Gebot, alle Waren aus anderen Mitgliedern nach deren Zugang zum inländischen Markt eines Mitglieds gegenüber gleichen oder gleichartigen inländischen Waren gleich bzw. nicht weniger günstig zu behandeln (das sogenannte Gebot der Inländerbehandlung).

Gebot der Meistbegünstigung

Das Gebot der Meistbegünstigung nach Artikel I:1 GATT 1994 besagt nicht, dass den Waren aus anderen WTO-Mitgliedern ungehindert Zugang zum inländischen Markt eines Mitglieds einzuräumen ist. Allerdings gebietet es unter anderem, dass jedes Mitglied etwaige Anforderungen betreffend den Verkauf, das Angebot, den Einkauf, Transport, Vertrieb oder die Verwendung von Waren im Inland in gleicher bzw. nicht weniger günstiger Weise auf alle gleichen oder gleichartigen Waren aus allen anderen Mitgliedern anzuwenden hat. Entsprechende Anforderungen dürfen also nicht nach der Herkunft der ausländischen Waren unterscheiden bzw. daran anknüpfen (Canada – Autos: Rz. 84).

Gewährt ein Mitglied in Bezug auf die besagten Anforderungen den Waren aus einem anderen Mitglied (oder einem Drittstaat, der nicht WTO-Mitglied ist) eine Vergünstigung, ist letztere unverzüglich und bedingungslos auch den gleichen oder gleichartigen Waren aus allen anderen WTO-Mitgliedern einzuräumen. Bedingungslos meint hier nicht, dass ausländische Waren keinerlei Bedingungen unterworfen werden dürfen. Etwaige Bedingungen müssen jedoch herkunftslandsneutral ausgestaltet sein (Herrmann et al. 2007: Rn. 383), insbesondere dürfen derartige Bedingungen die Wettbewerbschancen der eingeführten gleichen oder gleichartigen Waren nicht verschlechtern (EC – Seal Products; Rz. 5.88).

Gebot der Inländerbehandlung

Sobald der Zugang zum inländischen Markt eines WTO-Mitglieds erfolgt ist, greift das in Artikel III GATT 1994 verankerte Inländerbehandlungsgebot. Dieses gilt insbesondere im Hinblick auf inländische Steuern und Abgaben – also fiskalische Belastungen (vgl. Kapitel 2.3) – und inländische Regelungen des Angebots, Ein- und Verkaufs, Transports, Vertriebs und der Verwendung von Waren – also regulatorische Anforderungen.

Mit Blick auf die zuletzt erwähnten regulatorischen Anforderungen ist jedes WTO-Mitglied verpflichtet, ausländische Waren aus allen anderen Mitgliedern in gleicher bzw. nicht weniger günstiger Weise zu behandeln als gleiche oder gleichartige inländische Waren. Die Anwendung regulatorischer Anforderungen darf also die ausländischen Waren im Vergleich zu den gleichen oder gleichartigen inländischen Waren nicht benachteiligen (Thailand – Cigarettes: Rz. 128). Bloß formale Unterschiede im Verhältnis zwischen den beiden Warengruppen allein reichen allerdings noch nicht aus, um eine solche Benachteiligung annehmen zu dürfen (EC – Asbestos: Rz. 100; Korea – Various Measures on Beef: Rz. 137). Vielmehr müssen die regulatorischen Anforderungen einen Wettbewerbsnachteil für die ausländischen Waren (oder umgekehrt einen Wettbewerbsvorteil für die gleichen oder gleichartigen inländischen Waren) begründen (Korea – Various Measures on Beef: Rz. 137; Dominican

Republic – Import and Sale of Cigarettes: Rz. 93). Voraussetzung ist, dass der Wettbewerbsnachteil für die ausländischen Waren eine echte Verbindung (genuine relationship) zu der betreffenden regulatorischen Anforderung aufweist (Thailand – Cigarettes: Rz. 134). Ob dem so ist, muss sich aus der Ausgestaltung, Struktur und Wirkungsweise der betreffenden regulatorischen Anforderungen ergeben (Thailand – Cigarettes: Rz. 130, 134).

Ausnahmen vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung

Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung – sei es in Gestalt der Meistbegünstigung, sei es in Form der Inländerbehandlung – gilt nicht absolut: WTO-Mitglieder dürfen von diesem Grundsatz abweichen, sofern sie sich dabei an die Vorgaben des WTO-Rechts halten. Das GATT 1994 kennt vor allem zwei Ausnahmetatbestände, die eine Abweichung vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung erlauben. Das ist zum einen eine allgemeine Ausnahmeklausel zum Schutz bestimmter (abschließend genannter) Rechtsgüter (Artikel XX GATT 1994) und zum anderen eine Ausnahme zugunsten präferenzialer Handelsabkommen zwischen einzelnen WTO-Mitgliedern (Artikel XXIV GATT 1994).

Auf die allgemeine Ausnahmeklausel dürfen WTO-Mitglieder zurückgreifen, um mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung unvereinbare Maßnahmen zu rechtfertigen. Eine solche Rechtfertigung setzt jedoch voraus, dass die betreffende (diskriminierende) Maßnahme den Anforderungen der allgemeinen Ausnahmeklausel genügt (WTO Background Note: 1). Diese Anforderungen fallen in zwei Kategorien: zum einen Anforderungen, die an einen konkreten Tatbestand der allgemeinen Ausnahmeklausel zum Schutz eines spezifischen Rechtsguts anknüpfen; zum anderen Anforderungen, die – querschnittsartig – für alle Tatbestände der allgemeinen Ausnahmeklausel gelten. Diese Struktur der allgemeinen Ausnahmeklausel führt zu einer zweistufigen Prüfungsreihenfolge. Auf der ersten Stufe wird zunächst geprüft, ob die Anforderungen eines konkreten Tatbestands eingehalten sind. Anschließend – wenn die Anforderungen auf der ersten

Stufe erfüllt sind – wird überprüft, ob die übergreifend für alle Tatbestände geltenden Anforderungen auf der zweiten Stufe erfüllt sind (US – Gasoline: 22; WTO 2010: 168). Zur Vereinbarkeit von Maßnahmen der WTO-Mitglieder mit dieser allgemeinen Ausnahmeklausel gibt es inzwischen eine umfangreiche Spruchpraxis der WTO-Streitbeilegungsorgane (siehe hierzu Kapitel 4.2).

Daneben sieht das GATT 1994 vor, dass einzelne WTO-Mitglieder untereinander Handelsabkommen abschließen dürfen, in denen sie sich gegenseitig Vergünstigungen (Präferenzen) für ihren Handel einräumen. Davon macht insbesondere die EU zuletzt zunehmend Gebrauch (Europäische Kommission 2013: 4-6). Solche Vergünstigungen beziehen sich nicht allein auf tarifäre, sondern mehr und mehr auch auf nichttarifäre Hemmnisse des Handelsverkehrs zwischen den Vertragsparteien derartiger Handelsabkommen (Europäische Kommission 2007: 4f.). Artikel XXIV GATT 1994 erlaubt den Vertragsparteien solcher Abkommen, die darin eingeräumten Handelspräferenzen anderen WTO-Mitgliedern, die an diesen Handelsabkommen nicht beteiligt sind, vorzuenthalten. Allerdings stellt diese Vorschrift bestimmte Bedingungen auf, welche die Vertragsparteien der Präferenzabkommen einzuhalten haben.⁴ Diese Bedingungen richten sich zum einen an den Handel innerhalb des durch das jeweilige Handelsabkommen geschaffenen Präferenzraums und verlangen im Kern, diesen Binnenhandel zu liberalisieren (Abschaffung von tarifären und nichttarifären Handelshemmnissen für annähernd den gesamten Binnenhandel). Zum anderen erfordern diese Bedingungen, dass die tarifären und nichttarifären Hemmnisse den (Außen-)Handel mit anderen WTO-Mitgliedern, die keine Vertragsparteien des jeweiligen Präferenzabkommens sind, nicht mehr belasten, als es vor der Schaffung des Präferenzraums der Fall war. Waren aus anderen Mitgliedern, die keine Vertragsparteien sind, müssen also unter den gleichen Voraussetzungen Zugang zu den Märkten der Vertragsparteien des Präferenzabkommens haben wie vor dem Abschluss eines solchen Abkommens (Pitschas 2007: 137).

⁴ Siehe zu diesen Bedingungen im Einzelnen Pitschas (2007: 116-137).

Im Jahr 2006 haben die WTO-Mitglieder ein neues Notifikations- und Überprüfungsverfahren für präferenzielle Handelsabkommen eingerichtet (den sogenannten Transparenzmechanismus für regionale Handelsabkommen)⁵, in dessen Rahmen grundsätzlich auch zu prüfen ist, ob ein der WTO notifiziertes Abkommen den Bedingungen des GATT 1994 genügt (Vereinbarung über die Auslegung des Artikels XXIV GATT 1994: Ziffer 7). Die WTO-Streitbeilegungsorgane hatten hingegen erst in einem Fall Gelegenheit, sich mit diesen Bedingungen zu befassen (Turkey – Textiles: WT/DS34).

Gleichbehandlung und Nachhaltigkeitskriterien

Die Einführung von Nachhaltigkeitskriterien, insbesondere in Form eines Externalisierungsverbots, im nationalen (Wettbewerbs-)Recht eines WTO-Mitglieds muss sich am Grundsatz der Nichtdiskriminierung – und zwar in seiner Ausprägung als Meistbegünstigungsgebot einerseits und als Inländerbehandlungsgebot andererseits – messen lassen (WTO 2011: 3). Das bedeutet, dass entsprechende Kriterien den Anforderungen dieser Gebote genügen müssen. Die Maßstabsfunktion des WTO-Rechts für nationale Maßnahmen der Mitglieder zum Schutz der Umwelt hat auch der Appellate Body betont: „WTO Members have a large measure of autonomy to determine their own policies on the environment (including its relationship with trade), their environmental objectives and the environmental legislation they enact and implement. So far as concerns the WTO, that autonomy is circumscribed only by the need to respect the requirements of the General Agreement and the other covered agreements“ (US – Gasoline: 30).

Im Hinblick auf das Gebot der Meistbegünstigung heißt das: Nachhaltigkeitskriterien dürfen also Waren aus einem Mitglied nicht allein we-

gen ihres Ursprungs in diesem Mitglied gegenüber gleichen oder gleichartigen Waren aus anderen Mitgliedern bevorzugen oder benachteiligen. Im Hinblick auf das Gebot der Inländerbehandlung dürfen Nachhaltigkeitskriterien Waren aus anderen Mitgliedern gegenüber gleichen oder gleichartigen inländischen Waren weder rechtlich noch faktisch benachteiligen. Ausländische Waren aus anderen Mitgliedern dürfen demnach im Verhältnis zu gleichen oder gleichartigen inländischen Waren aufgrund derartiger Kriterien keinen Wettbewerbsnachteil erleiden.

Falls Nachhaltigkeitskriterien dennoch gegen die Gebote der Meistbegünstigung und/oder Inländerbehandlung verstoßen sollten, müssen sie jedenfalls den Bedingungen einer auf solche Kriterien anwendbaren Ausnahme genügen. Häufig wird es sich dabei um die allgemeine Ausnahmeklausel handeln. Das wiederum bedeutet, dass solche Kriterien nur gerechtfertigt werden können, wenn sie dem Schutz eines der in der allgemeinen Ausnahmeklausel abschließend genannten Rechtsgüter dienen (WTO 2011: 4). Die allgemeine Ausnahmeklausel sieht u. a. vor, dass die WTO-Mitglieder grundsätzlich Maßnahmen zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen und zum Schutz erschöpflicher natürlicher Ressourcen ergreifen dürfen (siehe hierzu Kapitel 4.2). Gemäß der zweistufigen Prüfung im Rahmen der allgemeinen Ausnahmeklausel müssen derartige Maßnahmen zunächst den Bedingungen der jeweils auf diese Schutzgüter bezogenen Tatbestände genügen und sodann die allgemeinen – querschnittartigen – Anforderungen der allgemeinen Ausnahmeklausel erfüllen. Andernfalls sind die betreffenden Maßnahmen bzw. die von ihnen aufgestellten Kriterien mit dem WTO-Recht unvereinbar und müssen an es angepasst werden.⁶

5 Vgl. hierzu die Entscheidung des Allgemeinen Rates der WTO, WT/L/671, 18.12.2006.

6 Diese Anpassungspflicht folgt aus Artikel XVI.4 des WTO-Rahmenübereinkommens, der die Mitglieder dazu verpflichtet, die Vereinbarkeit ihrer Gesetze, Regelungen und Verwaltungsverfahren mit ihren Verpflichtungen aus den Abkommen zu gewährleisten. Im Streitbeilegungsverfahren folgt die Anpassungspflicht für WTO-widrig befundener Maßnahmen aus den Artikel 3.7, 19.1, 21.1, 21.3, 22.1 und 22.8 der Streitbeilegungsvereinbarung (siehe zur Bindungswirkung des WTO-Rechts für die EU Ohler 2012: 144-151).

2.3 Nachhaltigkeitskriterien als „tarifäres“ Handelshemmnis

Tarifäre Handelshemmnisse im eigentlichen Sinn

Nachhaltigkeitskriterien könnten zu einer fiskalischen Belastung ausländischer Waren führen. Sie ergibt sich bereits aus den Zöllen oder den im Zusammenhang mit der Einfuhr stehenden sonstigen Abgaben oder Belastungen, die bei der Einfuhr auf ausländische Waren erhoben werden. Diese Instrumente sind tarifäre Handelshemmnisse im eigentlichen Sinn. WTO-Mitglieder „binden“ diese tarifären Handelshemmnisse für alle ausländischen Waren in ihren Listen mit Zugeständnissen und dürfen nach Artikel II:1 b) GATT 1994 keine höheren Zölle oder höheren sonstigen Abgaben oder Belastungen auf ausländische Waren erheben als ihre Zugeständnislisten vorsehen. Beabsichtigt ein Mitglied, auf ausländische Waren höhere Zölle oder höhere sonstige Abgaben oder Belastungen zu erheben, ist dieses nach Artikel XXVIII:1 GATT 1994 verpflichtet, zuvor darüber mit den davon (besonders) betroffenen Mitgliedern zu verhandeln. In diesen Verhandlungen soll nach Artikel XXVIII:2 GATT 1994 versucht werden, einen für alle Verhandlungsparteien vorteilhaften Ausgleich zu finden, der die gegenseitigen (Zoll-)Zugeständnisse auf einem allgemeinen Niveau belässt, das nicht weniger günstig ist als das zum Zeitpunkt der Verhandlungen bestehende Niveau.

Derartige Verhandlungen können sehr langwierig sein und u.U. eine Vielzahl an Produkten betreffen, wenn sie zu einem beiderseitig befriedigenden Ergebnis gelangen sollen. Aus diesem Grund dürften sich Änderungen der in den Zugeständnislisten eingegangenen „Zollbindungen“ nicht ohne Weiteres als ein geeignetes Mittel zur Einführung von Nachhaltigkeitskriterien anbieten. Im Übrigen könnte nur die EU entsprechende Verhandlungen mit anderen WTO-Mitgliedern führen, weil die EU eine Zollunion mit einem einheitlichen Außenzoll ist und im Bereich der Gemeinen Handelspolitik nach Artikel 3(1)e),

207 AEUV über eine ausschließliche Kompetenz verfügt (Pitschas 2010: 42f.; Streinz et al. 2012: 150f.). In diesem Zusammenhang ist darauf zu verweisen, dass das Arbeitsprogramm der Doha-Verhandlungsrunde eine gegenläufige Tendenz aufweist: Es zielt darauf ab, umweltfreundliche Waren (environmental goods) von bestehenden tarifären Handelshemmnissen in Form von Zöllen oder sonstigen Abgaben oder Belastungen ganz oder teilweise zu befreien. Dahinter steht die Vorstellung, dass die begünstigten Waren so ihr umweltfreundliches Potenzial besser entfalten könnten.⁷

Tarifäre Handelshemmnisse im weiteren Sinn

Statt in Gestalt von tarifären Handelshemmnissen im eigentlichen Sinn könnten Nachhaltigkeitskriterien zu fiskalischen Belastungen ausländischer Waren in anderer Form führen, zu tarifären Handelshemmnissen im weiteren Sinn. Solche fiskalischen Belastungen könnten sich beispielsweise aus Steuern auf Energie oder Treibhausgasemissionen (THG-Emissionen) ergeben, deren Erhebung bzw. Anwendung auf ausländische Waren insbesondere im Zusammenhang mit dem Klimawandel diskutiert wird (Low et al. 2011: 3-10; WTO-UNEP Report 2009: 90-110). Die Diskussion über diese Instrumente ist äußerst facettenreich und kann hier nicht in allen Verästelungen nachvollzogen werden. Im Vordergrund stehen hier drei Fragen, die in den folgenden Abschnitten erörtert werden: Stellen die bei der Herstellung einer Ware verbrauchte Energie oder die dabei ausgestoßenen THG-Emissionen einen Artikel dar, aus dem die Ware ganz oder teilweise hergestellt wurde? Kann die Gleichartigkeit von Waren aufgrund unterschiedlicher Herstellungsprozesse verneint werden, wenn sich dieser Unterschied nicht in den physischen Eigenschaften der Waren niederschlägt? Und schließlich: Zählt der Schutz des Klimas zu den von der allgemeinen Ausnahmeklausel des GATT 1994 geschützten Rechtsgütern, und – falls ja – welche Bedingungen müssen in diesem Fall erfüllt sein?

⁷ Vgl. WTO Background Note: 3; WTO (2011: 16f.) sowie den Überblick hierzu auf der WTO-Webseite http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_neg_serv_e.htm (18.8.2014).

Energieverbrauch und THG-Emissionen als abgabemäßig erfassbarer „Input“?

Auf inländische Waren erhobene Energie- oder THG-Emissionssteuern könnten – im Wege des sogenannten Steuerausgleichs an der Grenze (border tax adjustment) – in Form einer Abgabe auf ausländische Waren bei deren Einfuhr erhoben werden (WTO-UNEP Report 2009: 103). Eine derartige Abgabe ist dann kein Zoll oder sonstige Abgabe oder Belastung im Zusammenhang mit der Einfuhr im Sinn des Artikels II:1 b) GATT 1994, wenn die Abgabe gemäß Artikel II:2 a) GATT 1994 den folgenden Bedingungen genügt:

- (1) Sie ist äquivalent zu einer inländischen Steuer (Äquivalenzerfordernis) und wird im Einklang mit Artikel III:2 GATT 1994 erhoben (Konsistenz-erfordernis).
- (2) Sie wird entweder auf eine gleichartige inländische Ware oder auf einen Artikel erhoben, aus dem die ausländische Ware ganz oder teilweise hergestellt wurde.

Ungeachtet der zu erfüllenden Bedingung zu (1) (Äquivalenz- und Konsistenz-erfordernis)⁸ erhebt sich die Problematik, ob die im Herstellungsprozess konsumierte Energie oder die dabei ausgestoßenen THG-Emissionen einen Artikel darstellen, aus dem die ausländische Ware (teilweise) hergestellt wurde (wird die Abgabe unmittelbar auf Energieträger wie Kohle oder Öl erhoben, die als solche eingeführt werden, stellt sich die Frage naturgemäß nicht). Im authentischen englischen Wortlaut der Vorschrift ist die Rede von „an *article from which* the imported product has been manufactured or produced in whole or in part“ (Hervorhebung hinzugefügt). Dieser Wortlaut scheint vorauszusetzen, dass die Abgabenerhebung an einen Gegenstand anknüpft, der im Endprodukt physisch (noch) nachweisbar bzw. enthalten ist (WTO-UNEP Report 2009: 104). Das ist weder bei der im Herstellungsprozess verbrauchten Energie noch bei den dabei ausgestoßenen THG-Emissionen der Fall.

Allerdings wird auch die Ansicht vertreten, dass Artikel II:2 a) GATT 1994 nicht erfordere, dass die Abgabenerhebung an einen im Endprodukt physisch noch nachweisbaren oder enthaltenen Gegenstand anknüpfe (Low et al. 2011: 8). Für diese Ansicht wird zusätzlich Artikel III:2 GATT 1994 ins Feld geführt, dessen Anforderungen nach dem Konsistenz-erfordernis ebenfalls maßgeblich für die Abgabenerhebung sind. Nach dieser Bestimmung dürfen eingeführte Waren weder direkt noch indirekt höheren inländische Steuern oder sonstigen Abgaben jedweder Art unterworfen werden als gleichartige inländische Waren. Aus dem Wort „indirekt“ wird gefolgert, dass es mit Artikel III:2 GATT 1994 vereinbar wäre, mit entsprechenden inländischen Steuern äquivalente Abgaben auch auf den Energieanteil bzw. die THG-Emissionen zu erheben, die bei der Herstellung ausländischer Waren verbraucht bzw. ausgestoßen wurden (WTO-UNEP Report 2009: 104).

Gleichartigkeit ausländischer und inländischer Waren

Die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Nicht-diskriminierung setzt voraus, dass die ausländischen Waren, auf die inländische Steuern bzw. Abgaben erhoben werden, mit anderen ausländischen (im Fall des Meistbegünstigungsgebots) bzw. inländischen Waren (im Fall des Inländerbehandlungsgebots) hinreichend vergleichbar sind. Eine solche Vergleichbarkeit wird dann angenommen, wenn die jeweiligen Waren gleichartig (like) sind. Das Erfordernis der Gleichartigkeit durchzieht die gesamte WTO-Rechtsordnung, soweit es um den Grundsatz der Nichtdiskriminierung geht. Allerdings hat der Appellate Body davor gewarnt, dem Begriff „gleichartig“ in jedem Abkommen bzw. in jeder Vorschrift dieselbe Bedeutung beizumessen bzw. ihn in derselben Weise zu interpretieren. Er vertritt die Auffassung: „The concept of ‚likeness‘ is a relative one that evokes the image of an accordion. The accordion of ‚likeness‘ stretches and squeezes in different

8 Siehe zu diesen beiden Erfordernissen den Bericht des Appellate Body in India – Additional Import Duties (Rz. 170-181).

places as different provisions of the *WTO Agreement* are applied. The width of the accordion in any of those places must be determined by the particular provision in which the term ‚like‘ is encountered as well as by the context and the circumstances that prevail in any given case to which that provision may apply“ (Japan – Alcoholic Beverages II: 21).

Ungeachtet dieser Einschränkung ziehen die WTO-Streitbeilegungsorgane grundsätzlich vier Kriterien heran, um eine Gleichartigkeit von Waren beurteilen zu können (Canada – Periodicals: 20f.; WTO Background Note: 1):

- (1) Endverwendung der Waren im Markt;
- (2) Beschaffenheit und Eigenschaften der Waren;
- (3) Vorlieben und Gewohnheiten der Verbraucher_innen;
- (4) Zollklassifikation.

Diese vier Kriterien dienen letztlich dazu, ein zwischen den Waren tatsächlich, latent oder potenziell bestehendes Wettbewerbsverhältnis im Sinne ihrer Substituierbarkeit zu eruieren (EC – Asbestos: Rz. 99; Philippines – Distilled Spirits: Rz. 205).

Die im hiesigen Kontext relevante Frage lautet, ob unterschiedliche Herstellungsprozesse, die keinen Niederschlag in der physischen Beschaffenheit bzw. den physischen Eigenschaften einer Ware finden, den Schluss rechtfertigen, dass es sich bei den betreffenden Waren nicht um gleichartige Waren handelt (Low et al. 2011: 6f.; WTO 2010: 170). Wenn dem so wäre, könnten die betreffenden Waren in unterschiedlicher (d. h. ungleicher) Weise behandelt (insbesondere besteuert) werden, ohne dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung beeinträchtigt wäre (Low et al. 2011: 6).

Betrachtet man zunächst die erwähnten vier Kriterien, dann ist festzuhalten, dass jedenfalls drei dieser Kriterien durch für die physische Beschaffenheit bzw. physischen Eigenschaften einer Ware unerhebliche Unterschiede im Herstellungsprozess nicht beeinflusst werden. Die Endverwendung einer Ware, ihre Beschaffenheit und Eigen-

schaften sowie ihre Zollklassifikation ändern sich wegen solcher Unterschiede im Herstellungsprozess nicht (siehe WTO 2010: 170). Allein das Kriterium der Verbrauchervorlieben und -gewohnheiten könnte wegen der zunehmenden öffentlichen Besorgnis über die Konsequenzen des Verbrauchs fossiler Brennstoffe für die Umwelt im Allgemeinen und das Klima im Besonderen eine andere Beurteilung nahelegen (WTO 2010: 170). Dabei ist allerdings zu bedenken, dass Verbrauchergewohnheiten und -vorlieben beileibe nicht überall auf der Welt gleich ausgeprägt sind, sondern von den Gegebenheiten des betreffenden Marktes abhängen (vgl. US – Clove Cigarettes: Rz. 137). Einen „globalen“ Standard für Konsumentenvorlieben gibt es nicht. Das zeigt sich auch und gerade im Hinblick auf die Haltung zur Erderwärmung und zum Klimaschutz.

Der Appellate Body hat den Standpunkt eingenommen, dass die von einer Ware ausgehenden bzw. mit ihrem Umgang verbundenen Gesundheitsgefahren bei der Beurteilung ihrer Gleichartigkeit mit anderen Waren im Kontext des Artikels III:4 GATT 1994 zu beachten sei (EC – Asbestos: Rz. 113). Dennoch spricht das nicht dafür, die Gleichartigkeit von Waren wegen unterschiedlicher Herstellungsprozesse, die ohne Folgen für die physische Beschaffenheit bzw. physischen Eigenschaften einer Ware sind, zu verneinen. Denn in dem besagten Streitfall ging es um Gesundheitsgefahren, die sich unmittelbar aus der physischen Beschaffenheit des betroffenen Produkts – Asbest – ergaben. Insoweit besteht ein erheblicher Unterschied zur hiesigen Konstellation.

Zuletzt sei auf die Legaldefinitionen von „technische Vorschrift“ und „Norm“ für die Zwecke des WTO-Abkommens über technische Handelshemmnisse (TBT-Abkommen) hingewiesen.⁹ Diese Definitionen heben u. a. ab auf die „entsprechenden Verfahren und Produktionsmethoden“ (im authentischen englischen Wortlaut heißt es: „related processes and production methods“). Dieser Wortlaut lässt Raum, um bei der Beurteilung der Gleichartigkeit von Waren im Rahmen des TBT-Abkommens auch Eigenheiten

⁹ Vgl. dazu den Bericht des Appellate Body in US – Tuna II (Mexico) (Rz. 183-188).

des jeweiligen Herstellungsprozesses zu berücksichtigen (vgl. EC – Seal Products; Rz. 5.12). Allerdings ist auch insoweit umstritten, ob Unterschiede im Herstellungsprozess, die für die physische Beschaffenheit oder physischen Eigenschaften der Ware folgenlos sind, ausreichen, um eine Gleichartigkeit der betreffenden Waren abzulehnen (Van den Bossche/Zdouc 2013: 854f.).

Klima als Rechtsgut im Sinne der allgemeinen Ausnahmeklausel

Sollten fiskalische Maßnahmen eines WTO-Mitglieds zum Klimaschutz nicht mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung vereinbar sein, steht jedenfalls im Anwendungsbereich des GATT 1994 die allgemeine Ausnahmeklausel des Artikels XXII parat, um solche Maßnahmen zu rechtfertigen (vgl. Kapitel 2.2). Die Anwendbarkeit dieser Klausel hängt allerdings davon ab, ob und dass sich das Klima als ein von dieser Klausel geschütztes Rechtsgut einordnen lässt. Zwei Tatbestände der allgemeinen Ausnahmeklausel könnten dabei fruchtbar gemacht werden. Zum einen ist das Buchstabe b) über den Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen und zum anderen Buchstabe g) über die Bewahrung erschöpflicher natürlicher Ressourcen (Low et al. 2011: 18).

Nach Artikel XXII b) GATT 1994 dürfen WTO-Mitglieder Maßnahmen ergreifen, die notwendig sind, um das Leben oder die Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen zu schützen. In Anbetracht der Bedeutung des Klimas für die Bedingungen, unter denen Menschen, Tiere und Pflanzen auf der Erde leben, könnte es als für deren Leben und Gesundheit unabdingbares bzw. unverzichtbares Element angesehen werden, das daher gleichfalls in den Anwendungsbereich des Buchstaben b) fällt. Sofern Maßnahmen zum Schutz des Klimas von Buchstabe b) erfasst sind, müssen diese im konkreten Fall „notwendig“ sein. Zu dem Erfordernis der „Notwendigkeit“ hat der Appellate Body eine recht ausgefeilte Spruchpraxis entwickelt, der zufolge im jeweiligen Einzelfall die folgenden Parameter in einen Abwägungsprozess einzubeziehen sind (Brazil – Retreaded Tyres: Rz. 156, 178):

- der Schutzzweck der Maßnahme und das von ihr angestrebte Schutzniveau;
- die Wertigkeit des zu schützenden Rechtsguts;
- der Beitrag der Maßnahme zur Erreichung des Schutzzwecks und -niveaus (im Sinne einer Zweck-Mittel-Relation), wobei die handelsbeschränkende Wirkung der Maßnahme ebenso zu berücksichtigen ist wie die Verfügbarkeit alternativer Maßnahmen, die eine geringere handelsbeschränkende Intensität aufweisen, gleich geeignet zur Zweckerreichung und technisch machbar sind sowie keine prohibitiven Kosten verursachen (Pitschas 2012: 75; Low et al. 2011: 16).

Artikel XXII Buchstabe g) GATT 1994 erlaubt den WTO-Mitgliedern, Maßnahmen zur Erhaltung erschöpflicher natürlicher Ressourcen zu ergreifen, sofern diese in (hinreichend enger) Verbindung mit Beschränkungen der einheimischen Produktion oder des einheimischen Verbrauchs stehen. Das Klima fiel nur dann in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift, wenn es eine „erschöpfliche natürliche Ressource“ ist (der englische Originalwortlaut spricht von „exhaustible natural resources“). Das Klima entsteht aus einem Zusammenspiel verschiedener Faktoren, von denen einige als natürliche Ressourcen eingestuft werden können. So hat der Appellate Body das Element „Luft“ als eine natürliche Ressource im Sinne des Buchstaben g) eingeordnet (US – Gasoline: 19). Es ist daher wohl vertretbar, auch das Klima – in einer gesamthaften Betrachtung – als eine natürliche Ressource anzusehen. Zweifelhaft ist hingegen, ob das Klima erschöpflich ist. Der Umstand, dass sich das Klima „verschlechtert“, dürfte dafür allein keine hinreichende Begründung darstellen.

Wollte man das Klima als „erschöpfliche natürliche Ressource“ unter Buchstabe g) subsumieren, müssen entsprechende Maßnahmen eines WTO-Mitglieds erstens darauf abzielen, das Klima zu bewahren bzw. zu erhalten. Es muss insoweit ein enger Zusammenhang zwischen der betreffenden Maßnahme und der zu erhaltenden natürlichen Ressource (in casu das Klima) bestehen (China – Raw Materials: Rz. 355). Zweitens müssen solche Maßnahmen einhergehen mit tatsächlichen Einschränkungen der Produktion bzw. des Verbrauchs im Inland (US – Gasoline: 20f.; China

– Raw Materials: Rz. 356, 360). Da das Klima als solches weder produziert noch verbraucht wird, müssten solche produzierenden oder verbrauchenden Aktivitäten bzw. Tätigkeiten eingeschränkt werden, die einen (nachweisbaren) schädlichen Einfluss auf das Klima haben (könnten).

Unabhängig davon, ob man das Klima unter den Buchstaben b) und/oder Buchstaben g) des Artikels XX GATT 1994 subsumiert, müssen Maßnahmen eines WTO-Mitglieds zu dessen Schutz eine zweite Hürde nehmen: Sie müssen den Anforderungen des Einleitungssatzes des Artikels XX GATT – des sogenannten Chapeau – genügen, der ein Rechtsmissbrauchsverbot aufstellt (Pitschas 2012: 78). Der Einleitungssatz der allgemeinen Ausnahmeklausel untersagt, die betreffende Maßnahme in einer Art und Weise anzuwenden, die entweder (a) zu einer willkürlichen oder un gerechtfertigten Diskriminierung zwischen WTO-Mitgliedern, in denen gleiche Verhältnisse bestehen, oder (b) zu einer verschleierte Handelsbeschränkung führt (US – Shrimp: Rz. 120). Im Kern geht es um die Frage, ob die (Anwendung der) Maßnahme einen rationalen Zusammenhang zu dem Rechtsgut aufweist, das durch die Maßnahme geschützt werden soll (Brazil – Retreaded Tyres: Rz. 227; EC – Seal Products; Rz. 5.306).

Im Kontext des Klimaschutzes dürfte vor allem darauf zu achten sein, dass nicht an alle WTO-Mitglieder der gleiche Maßstab angelegt wird, sondern deren unterschiedliche Verhältnisse und Bedingungen hinreichend beachtet werden. Klimaschutzende Maßnahmen müssen also hinreichend flexibel ausgestaltet sein, um den Anforderungen des Chapeau gerecht zu werden (Low et al. 2011: 20).

2.4 Nachhaltigkeitskriterien im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe

Revision des Beschaffungsübereinkommens

Die Beschaffung von Waren durch staatliche Einrichtungen für staatliche Zwecke (procurement by governmental agencies of products for govern-

mental purposes) ist nach Artikel III:8 a) GATT 1994 von der Anwendung des Inländerbehandlungsgebots ausgenommen. Im Bereich des Dienstleistungshandels geht das GATS sogar noch einen Schritt weiter als das GATT 1994 und nimmt die öffentliche Beschaffung von Dienstleistungen aus dem Anwendungsbereich des Meistbegünstigungsgebots sowie der Regelungen über den Marktzugang und die Inländerbehandlung aus (Artikel XIII:1 GATS, dessen zweiter Absatz allerdings den WTO-Mitgliedern die Pflicht auferlegt, über die öffentliche Beschaffung von Dienstleistungen Verhandlungen aufzunehmen)¹⁰.

Trotz dieser Ausnahmetatbestände im GATT 1994 und GATS kennt die WTO-Rechtsordnung Regeln über das öffentliche Beschaffungswesen, die im Beschaffungsübereinkommen niedergelegt sind. Dieses Übereinkommen gilt allerdings nicht für alle WTO-Mitglieder, sondern nur für diejenigen, die das Übereinkommen ausdrücklich angenommen haben. Abgesehen von einer Ausnahme sind bislang ausschließlich entwickelte WTO-Mitglieder Vertragsparteien dieses Übereinkommens, darunter die EU, Japan, Kanada, Korea und die USA (allerdings verhandeln einige Mitglieder mit Entwicklungslandstatus über ihren Beitritt zum Beschaffungsübereinkommen, wozu insbesondere auch China gehört).¹¹

Artikel XXIV:7 des Beschaffungsübereinkommens richtet einen Verhandlungsauftrag an die Vertragsparteien: Sie sollen zum einen das Übereinkommen verbessern (improving this Agreement) und zum anderen den von ihnen zugesagten Zugang zu ihren Beschaffungsmärkten (insbesondere die Zahl der erfassten Vergabestellen) ausweiten. Im Einklang mit diesem Auftrag nahmen die Vertragsparteien Verhandlungen auf, die sich allerdings über einen langjährigen Zeitraum hingezogen haben (wobei sie sich mit der Verbesserung des Übereinkommens wesentlich leichter taten als mit der Ausweitung des Marktzugangs). Schließlich gelang es den Vertragsparteien, auf der WTO-Ministerkonferenz im Dezember 2011 eine Einigung zu erzielen (Decision

¹⁰ Siehe näher Pitschas (2006: 111).

¹¹ Ein Überblick über die Vertragsparteien und WTO-Mitglieder mit Beobachterstatus des Übereinkommens ist auf der WTO-Webseite http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm#memobs (18.8.2014) zu finden.

on the Outcomes of the Negotiations Under Article XXIV:7 of the Agreement on Government Procurement, GPA/112, 16.12.2011). Sie wurde dann im März 2012 vom Ausschuss über das Beschaffungswesen in Gestalt eines Protokolls über die Änderung des Beschaffungsübereinkommens angenommen (GPA/113, 2.4.2012). Dieses Protokoll und damit das neue Beschaffungsübereinkommen ist am 6. April 2014 in Kraft getreten.¹²

Nachhaltigkeitskriterien als technische Spezifikationen

Technische Spezifikationen beziehen sich auf die im Rahmen eines Vergabeverfahrens zu beschaffenden Waren oder Dienstleistungen und können nach der Legaldefinition des Artikels I (u) eine von zwei Formen annehmen. Sie können einerseits die Merkmale (characteristics) der zu beschaffenden Waren oder Dienstleistungen wie deren Qualität, Sicherheit und Abmessungen festlegen, einschließlich der Verfahren und Prozesse für ihre Herstellung. Andererseits können sie Erfordernisse bezüglich Terminologie, Symbole, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung betreffen, die sich auf Waren oder Dienstleistungen beziehen.

Festzuhalten ist, dass ausweislich der Legaldefinition technische Spezifikationen auch Verfahren und Prozesse für die Herstellung von Waren oder Dienstleistungen festlegen können. Die Definition schränkt die hierfür infrage kommenden Verfahren und Prozesse nicht ein. Dieser offene Wortlaut spricht dafür, dass technische Spezifikationen auch Nachhaltigkeitskriterien umfassen können. Artikel X:6 bestätigt dieses Verständnis für Nachhaltigkeitskriterien ökologischer Art: Nach dieser Vorschrift steht es (den Vergabestellen) einer Vertragspartei frei, technische Spezifikationen auszuarbeiten, anzunehmen oder anzuwenden, welche die Erhaltung natürlicher Ressourcen oder den Schutz der Umwelt fördern („promote the conservation of natural resources or protect the environment“; WTO 2011: 12).

Nachhaltigkeitskriterien als Kriterien zur Angebotsbewertung

Das Beschaffungsübereinkommen sieht in Artikel XV:5 zwei Kategorien von Kriterien zur Bewertung von Angeboten vor, die von Bietern eingereicht wurden, deren Fähigkeit zur Ausführung des Auftrags die Vergabestelle festgestellt hat. Die eine Kategorie kennt allein den Preis als Bewertungskriterium: In diesem Fall geht der Zuschlag an das Angebot mit dem niedrigsten Preis. Die andere Kategorie umfasst mehrere Bewertungskriterien: In diesem Fall geht der Zuschlag an das vorteilhafteste Angebot (most advantageous tender). Allerdings darf die den Zuschlag erteilende Vergabestelle nur solche Bewertungskriterien heranziehen, die in der Bekanntmachung bzw. Ausschreibung des Vergabeverfahrens und den Vergabeunterlagen ausdrücklich genannt wurden.

Artikel X:9 nennt beispielhaft Kriterien, die von einer Vergabestelle zur Bewertung von Angeboten herangezogen werden dürfen. Dazu zählen der Preis und andere Kostenfaktoren, Qualität, technische Güte, Lieferbedingungen und Umweltmerkmale (environmental characteristics). Damit sind auf die Umweltmerkmale der im konkreten Vergabeverfahren zu beschaffenden Waren und Dienstleistungen bezogene Nachhaltigkeitskriterien als Bewertungskriterien grundsätzlich zulässig (Herrmann et al. 2007: 490, Rn. 1056; WTO 2011: 12).

3. EU-Recht und Nachhaltigkeit

Die von der FES für den Themenkomplex „EU-Recht und Nachhaltigkeit“ festgelegten Fragen bauen genau wie die zum Verhältnis zwischen WTO-Recht und Nachhaltigkeit aufeinander auf: An erster Stelle steht die prinzipielle Frage, ob Mitgliedstaaten nach dem primären Unionsrecht überhaupt (noch) befugt sind, Nachhaltigkeitskriterien in ihr nationales Recht aufzunehmen – und wenn ja, in welchem Ausmaß; diese Frage

¹² Siehe http://www.wto.org/english/news_e/news14_e/gpro_07apr14_e.htm (17.9.2014). Alle nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich auf dieses neue Beschaffungsübereinkommen (siehe hierzu den Überblick bei Pitschas 2014: 255-263).

zielt also auf die Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten in diesem Bereich ab (Kapitel 3.1). Daran schließt sich die Frage an, ob bzw. unter welchen Umständen nationale Nachhaltigkeitskriterien als Handelshemmnis im Sinne des primären Unionsrechts einzustufen wären. Diese Frage impliziert, dass die Mitgliedstaaten zwar (noch) befugt sind, Nachhaltigkeitskriterien in ihrem nationalen Recht festzulegen, dabei aber bestimmte Anforderungen des primären Unionsrechts einzuhalten haben (Kapitel 3.2). An letzter Stelle steht die sektorspezifische Frage, ob Nachhaltigkeitskriterien im Vergaberecht zu Rechtsunsicherheit führen, wobei wiederum den Vorgaben des Unionsrechts herausragende Bedeutung zukommt (Kapitel 3.3.).

3.1 Mitgliedstaatliche Kompetenz zur Festlegung von Nachhaltigkeitskriterien

Die Frage, wie viel Spielraum das primäre Unionsrecht den Mitgliedstaaten belässt, um Nachhaltigkeitskriterien im nationalen Recht zu verankern, zielt im Kern auf die Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten in diesem Bereich. Insoweit sind zwei Teilfragen zu unterscheiden: einerseits die Frage, ob die Mitgliedstaaten (noch) über die Kompetenz verfügen, Nachhaltigkeitskriterien in ihr nationales Recht aufzunehmen. Andererseits – angenommen, eine solche Kompetenz besteht grundsätzlich – die Frage, ob sie bei der Ausübung ihrer Kompetenz an bestimmte Bedingungen gebunden sind.

Kompetenzabgrenzung zwischen EU und Mitgliedstaaten

Nach deutschem Staatsrecht ist die Union ein Verbund von Staaten, der selbst keinen staatlichen Charakter aufweist (BVerfG, 2 BvE 2/08, (Lissabon-Urteil): Rz. 231). Damit fehlt es der Union an der Kompetenz-Kompetenz, die für die originäre Staatsgewalt kennzeichnend ist (BVerfG, 2 BvE 2/08: Rz. 233). Im Verhältnis zwischen der Union und den Mitgliedstaaten kommt deshalb der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung zum Tragen (BVerfG, 2 BvE 2/08: Rz. 234; EuGH, Rs. C-370/07: Rz. 46f.). Artikel 5(2) EUV umschreibt diesen Grundsatz wie folgt: „Nach

dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wird die Union nur innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig, die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten.“ Haben die Mitgliedstaaten der Union in den Verträgen eine Kompetenz übertragen, hat die Union gemäß Artikel 5(1) EUV diese Kompetenz nach den – in Artikel 5(3) und (4) EUV näher ausgeführten – Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit auszuüben (EuGH, Rs. C-504/09 P: Rz. 79).

Nach Artikel 4(2) AEUV teilen sich die Union und die Mitgliedstaaten die Kompetenz für die Bereiche „Umwelt“ und „Binnenmarkt“, die für Nachhaltigkeitskriterien besonders bedeutsam sind. Im Hinblick auf die zwischen der Union und den Mitgliedstaaten geteilten Kompetenzen trifft Artikel 2(2) AEUV folgende Bestimmung: „Übertragen die Verträge der Union für einen bestimmten Bereich eine mit den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit, so können die Union und die Mitgliedstaaten in diesem Bereich gesetzgebend tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen. Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit wahr, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat. Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit erneut wahr, sofern und soweit die Union entschieden hat, ihre Zuständigkeit nicht mehr auszuüben.“ Daraus folgt, dass im Grundsatz sowohl die Union als auch die Mitgliedstaaten in den Bereichen zur Gesetzgebung befugt sind, in denen sie sich die Kompetenz teilen. Allerdings muss Vorsorge getroffen werden, dass diese Kompetenzteilung die aus dem Rechtsstaatsprinzip ableitbaren Gebote der Rechtssicherheit und -klarheit nicht beeinträchtigt. Daher bedarf es der Festlegung, welche Folgen die Kompetenzausübung durch einen Kompetenzträger für die Kompetenzwahrnehmung durch den anderen hat. Dementsprechend sieht Artikel 2(2) AEUV vor, dass die Gesetzgebung durch die Union sich auf die Gesetzgebungsbefugnis der Mitgliedstaaten auswirkt, und zwar in zweifacher Art und Weise: Erstens dürfen die Mitgliedstaaten ihre Kompetenz wahrneh-

men, „sofern“ die Union ihre Kompetenz in einem von der Kompetenzteilung erfassten Bereich noch nicht ausgeübt hat. Daraus folgt, dass eine Kompetenzausübung der Union die Kompetenzwahrnehmung der Mitgliedstaaten einschränkt. Demnach dürfen die Mitgliedstaaten zweitens ihre Kompetenz nicht mehr wahrnehmen, „soweit“ die Union ihre Kompetenz in einem von der Kompetenzteilung erfassten Bereich ausgeübt hat.

Ein gesetzgeberisches Handeln der Union in einem von der Kompetenzteilung erfassten Bereich hat also nicht zur Folge, dass jegliche Gesetzgebung seitens der Mitgliedstaaten in diesem Bereich ausgeschlossen ist (König 2010: 22). Protokoll Nr. 25 über die Ausübung der geteilten Zuständigkeit stellt das ausdrücklich klar: „Ist die Union in einem bestimmten Bereich im Sinne des Artikels 2 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union betreffend die geteilte Zuständigkeit tätig geworden, so erstreckt sich die Ausübung der Zuständigkeit nur auf die durch den entsprechenden Rechtsakt der Union geregelten Elemente und nicht auf den gesamten Bereich.“ Die Gesetzgebung der Union in einem der Kompetenzteilung unterfallenden Bereich beschränkt somit die Kompetenzwahrnehmung der Mitgliedstaaten in ihrer sachlichen Reichweite: Letztere dürfen ihre Kompetenz in dem betreffenden Bereich nur noch nach Maßgabe der Gesetzgebung der Union wahrnehmen (Callies 2011: 17; Lenski 2012: 9). Die Kompetenzausübung durch die Union in den der Kompetenzteilung unterfallenden Bereichen hat also eine „Sperrwirkung“ auf die Kompetenzwahrnehmung durch die Mitgliedstaaten (Callies 2011: 17; Streinz et al. 2010: 107). Da die Reichweite dieser Sperrwirkung jedoch von der Regelungsdichte bzw. -tiefe des jeweiligen Gesetzgebungsakts der Union abhängt, kann die in dem durch diesen Gesetzgebungsakt geregelten (Teil-)Bereich noch zulässige Kompetenzwahrnehmung durch die Mitgliedstaaten nur in Ansehung des konkreten Gesetzgebungsakts der Union – und damit gesondert für jeden Einzelfall – beurteilt werden (Callies 2011: 17; König 2010: 22; Lenski 2012: 9).

Kompetenzwahrnehmung durch die Mitgliedstaaten

In den nach den Artikeln 2(2), 4(2) AEUV der Kompetenzteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten unterfallenden Bereichen „Umwelt“ und „Binnenmarkt“ ist die Union bereits in einem sehr weiten Umfang gesetzgeberisch zum Zwecke des Umweltschutzes tätig geworden (siehe die Übersicht bei Krämer/Winter 2010: Punkt A.). Aufgrund der von dieser Gesetzgebung der Union ausgehenden Sperrwirkung ist es den Mitgliedstaaten verwehrt, in den durch die betreffenden Gesetzgebungsakte der Union geregelten Materien selbst gesetzgeberisch tätig zu werden – etwa durch die Festlegung von Nachhaltigkeitskriterien. Allerdings erstreckt sich diese Sperrwirkung „nur auf die durch den entsprechenden Rechtsakt der Union geregelten Elemente“ (Protokoll Nr. 25 über die Ausübung der geteilten Zuständigkeit). Außerhalb des eigentlichen Regelungsbereichs dieser Unionsrechtsakte ist es den Mitgliedstaaten unbenommen, gesetzgeberisch zu handeln (Krämer/Winter 2010: 1).

Bevor die Mitgliedstaaten eigene Gesetzgebungsakte erlassen, müssen sie genau prüfen, wie weit ein von der Union erlassener Rechtsakt eine Materie regelt: Regelt dieser die betreffende Materie abschließend, verbleibt grundsätzlich kein Raum mehr für einen mitgliedstaatlichen Gesetzgebungsakt (zu Ausnahmen siehe weiter unten). Regelt der Unionsrechtsakt die betreffende Materie jedoch nicht umfassend, sondern nur bestimmte Teilbereiche (Elemente) einer Materie, dürfen die Mitgliedstaaten die vom Unionsrechtsakt nicht erfassten Teilbereiche der Materie durch eigene Gesetzgebungsakte regeln. Die Prüfungspflicht der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Regelungsdichte und -tiefe der Unionsrechtsakte folgt aus dem Wesen der Kompetenzteilung, wie in Artikel 2(2) AEUV definiert, und aus der in Artikel 4(3) EUV stipulierten Loyalitätspflicht der Mitgliedstaaten gegenüber der Union.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass Artikel 11 AEUV (ex-Artikel 6 EG) in rechtsverbindlicher Weise vorgibt, dass die „Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durch-

führung der Unionspolitiken und -maßnahmen insbesondere zur Förderung einer nachhaltigen Entwicklung einbezogen werden“ müssen (Breier 2012: 10; Calliess 2011: 7). Nach dieser sogenannten Querschnittsklausel (Calliess 2011: 2) stellt der Umweltschutz also ein zwingendes Erfordernis für alle Felder dar, auf denen die Union zur Gesetzgebung befugt ist, wobei einer nachhaltigen Entwicklung besondere Bedeutung zukommt (Breier 2012: 10 („Hauptzweck“); Krämer/Winter 2010: 50). Artikel 11 AEUV führt zwar nicht näher aus, was unter nachhaltiger Entwicklung zu verstehen ist. Aus dem Bezug zu den Erfordernissen des Umweltschutzes folgt jedoch, dass nachhaltige Entwicklung im Sinne des Artikels 11 AEUV jedenfalls die Erhaltung natürlicher Ressourcen meint, unter Berücksichtigung ökonomischer und sozialer Aspekte.¹³ Zusätzlich zu der Querschnittsklausel sieht Artikel 191 AEUV vor, dass die Umweltpolitik der Union u. a. zu dem Ziel einer umsichtigen und rationellen Verwendung natürlicher Ressourcen beitragen soll. Diese Zielsetzung ist als konkrete Ausprägung des Grundsatzes der Nachhaltigkeit zu verstehen (Calliess 2011: 12).

Die Querschnittsklausel und Artikel 191 AEUV verdeutlichen also, dass der Nachhaltigkeit, insbesondere in Gestalt eines schonenden Umgangs mit natürlichen Ressourcen, ein besonderer Stellenwert im Rahmen der Umweltschutzpolitik der Union zukommt.

Rechtssetzungsakte der Union in den beiden der Kompetenzteilung unterfallenden Bereichen „Binnenmarkt“ und „Umwelt“ schließen es – in Abweichung von der grundsätzlichen Sperrwirkung von Unionsrechtsakten – nicht völlig aus, dass die Mitgliedstaaten daneben eigene Gesetzgebungsakte erlassen, die dem Umweltschutz zu dienen bestimmt sind. Derartige mitgliedstaatliche Maßnahmen in den durch Unionsrechtsakte bereits geregelten (Teil-)Bereichen müssen jedoch bestimmten Bedingungen genügen. Sie fallen für beide Bereiche unterschiedlich (streng) aus.

Im Bereich „Binnenmarkt“ gelten nach Artikel 114(5) AEUV für mitgliedstaatliche Rechts-

setzungsakte zum Zwecke des Umweltschutzes, die parallel zu einer von der Union erlassenen Harmonisierungsmaßnahme eingeführt werden sollen, folgende materielle Kriterien: Sie müssen erstens auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse gestützt sein und zweitens aufgrund eines spezifischen Problems für den betreffenden Mitgliedstaat ergehen, das sich zudem erst nach dem Erlass der unionalen Harmonisierungsmaßnahme ergeben hat. Darüber hinaus unterliegen solche nationalen Rechtssetzungsakte den folgenden prozeduralen Anforderungen: Die sie tragenden Gründe müssen vor ihrem Erlass der Kommission mitgeteilt werden, die sodann zu prüfen hat, ob die betreffenden Rechtssetzungsakte „ein Mittel der willkürlichen Diskriminierung und eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen und ob sie das Funktionieren des Binnenmarktes behindern“ (Artikel 114(6) AEUV). Je nach Ausgang dieser Prüfung ist die Kommission berechtigt, die Einführung der betreffenden nationalen Rechtssetzungsakte abzulehnen oder (ggf. nach deren Anpassung) zu billigen. Die materiellen und prozeduralen Bedingungen des Artikels 114(5) und (6) AEUV belassen den Mitgliedstaaten einen vergleichsweise geringen Spielraum, um in einer durch einen Unionsrechtsakt harmonisierten Materie eigenständig rechtssetzend aus Gründen des Umweltschutzes tätig zu werden.¹⁴ Das gilt insbesondere für die Festlegung von Nachhaltigkeitskriterien, weil kaum vorstellbar ist, dass die umsichtige und rationelle Verwendung natürlicher Ressourcen ein „spezifisches Problem“ für einen Mitgliedstaat darstellt.

Im Bereich „Umwelt“ dürfen die Mitgliedstaaten nach Artikel 193 AEUV verstärkte Schutzmaßnahmen ergreifen, die über das Niveau der von der Union gemäß Artikel 192 AEUV erlassenen Rechtssetzungsakte zum Umweltschutz hinausgehen (Breier 2012: 1; Calliess 2011: 1). Artikel 193 AEUV stellt an derartige (schutzverstärkende) nationale Gesetzgebungsakte der Mitgliedstaaten materielle und prozedurale Anforderungen: Materiell müssen die nationalen Gesetzgebungsakte

¹³ Vgl. Breier (2012: 10); Calliess (2011: 12) und Krämer/Winter (2010: 44).

¹⁴ Vgl. Fischer (2012: 24); Kahl (2011: 45) und Krämer/Winter (2010: 17).

zum einen das von den Unionsrechtsakten festgelegte Schutzniveau verstärken und zum anderen mit den Verträgen vereinbar sein. Verstärkt wird das von den Unionsrechtsakten festgelegte Schutzniveau, wenn nationale Gesetzgebungsakte die in den Unionsrechtsakten niedergelegten materiellen Kriterien bzw. Maßstäbe verschärfen. Hingegen ist es den Mitgliedstaaten nicht erlaubt, Maßnahmen zu ergreifen, die mit den in den Unionsrechtsakten niedergelegten Kriterien in keinem sachlichen Zusammenhang stehen bzw. diesen zuwiderlaufen (Breier 2012: 3; Calliess 2011: 7-9). Aus dem Erfordernis, ein durch einen Unionsrechtsakt festgelegtes Schutzniveau zu verstärken, folgt im Übrigen, dass die Mitgliedstaaten entsprechende nationale Schutzmaßnahmen nur als Reaktion auf bereits erlassene und auf Artikel 192 AEUV gestützte Unionsrechtsakte ergreifen dürfen (Breier 2012: 2; Calliess 2011: 5f.). Des Weiteren müssen die nationalen Schutzmaßnahmen mit den Verträgen vereinbar sein, also insbesondere mit den Grundfreiheiten des Binnenmarktes, vor allem dem Grundsatz der Warenverkehrsfreiheit.¹⁵

Prozedural müssen die Mitgliedstaaten ihre nationalen Gesetzgebungsakte der Kommission notifizieren. Anders als Artikel 114(6) AEUV sieht Artikel 193 AEUV zwar keine gesonderte Überprüfung einer notifizierten nationalen Schutzmaßnahme durch die Kommission vor. Aufgrund der ihr in Artikel 17(1) EUV zugewiesenen Aufgabe, für die Anwendung des Unionsrechts zu sorgen und diese zu überwachen, ist die Kommission aber ohne Weiteres berechtigt, die ihr notifizierten nationalen Schutzmaßnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem (primären) Unionsrecht zu überprüfen (Breier 2012: 5).

Die materiellen und prozeduralen Anforderungen des Artikels 193 AEUV an nationale Schutzmaßnahmen sind zwar weniger streng als die des Artikels 114 AEUV an von Harmonisierungsmaßnahmen der Union abweichende nationale Rechtssetzungsakte. Dennoch ist zweierlei zu be-

denken: Erstens setzen nationale Schutzmaßnahmen im Sinne des Artikels 193 AEUV auf Artikel 192 AEUV gestützte Unionsrechtsakte voraus und dürfen nicht losgelöst von letzteren ergriffen werden. Zudem müssen die nationalen Maßnahmen inhaltlich mit den Unionsrechtsakten korrelieren. Das bedeutet, dass Artikel 193 AEUV keine generelle Ermächtigungsklausel für nationale Schutzmaßnahmen bildet, mit denen Nachhaltigkeitskriterien im Bereich der Umweltpolitik festgelegt werden sollen. Zweitens sollen die Unionsrechtsakte nach Artikel 191(1) AEUV zu einer umsichtigen und rationellen Verwendung natürlicher Ressourcen – also zur Nachhaltigkeit – beitragen. Je konkreter und umfassender das umweltpolitische Ziel „Nachhaltigkeit“ für einen bestimmten Sachbereich in einem Unionsrechtsakt geregelt wird, desto weniger Spielraum verbleibt für schutzverstärkende nationale Gesetzgebungsakte (Krämer/Winter 2010: 15).

3.2 Nationale Nachhaltigkeitskriterien als mögliche Handelshemmnisse

Im Einklang mit den vorstehenden Ausführungen ist davon auszugehen, dass den Mitgliedstaaten ein eher kleiner Spielraum verbleibt, um in ihrem nationalen Recht umweltrelevante Nachhaltigkeitskriterien festzulegen. Im Anwendungsbereich des für Umweltbelange relevanten sekundären Unionsrechts wird der den Mitgliedstaaten verbleibende Spielraum durch die von den jeweiligen Unionsrechtsakten ausgehende Sperrwirkung begrenzt. Wie weit sie greift, bedarf jeweils einer Einzelfallprüfung. Nur außerhalb der vom betreffenden Unionsrechtsakt ausgehenden Sperrwirkung sind eigenständige Regelungen der Mitgliedstaaten zu umweltrelevanten Nachhaltigkeitskriterien somit zulässig. Zwar lassen die Artikel 114 und 193 AEUV Durchbrechungen der Sperrwirkung zu, aber knüpfen solche Durchbrechungen zugleich an bestimmte Bedingungen materieller und prozeduraler Art, welche die Mit-

15 Vgl. EuGH, Rs. C-203/96 (Rz. 39); Calliess (2011: 11f.) sowie Krämer/Winter (2010: 14).

gliedstaaten einzuhalten haben. Insbesondere im Rahmen von Artikel 114 AEUV dürfte es letzteren schwerfallen, eigenständige Kriterien für einen umsichtigen und rationellen Umgang mit natürlichen Ressourcen aufzustellen, zumal die Einführung solcher Kriterien einer vorhergehenden Prüfung durch die Kommission unterliegt, deren (positive oder negative) Entscheidung konstitutive Wirkung dafür hat, ob entsprechende Kriterien aufgestellt werden dürfen.

Soweit den Mitgliedstaaten dennoch ein Spielraum für die Festlegung umweltrelevanter Nachhaltigkeitskriterien im nationalen Recht verbleibt, müssen derartige Kriterien den Anforderungen des primären Unionsrechts entsprechen. Insbesondere müssen diese mit den Grundfreiheiten des Binnenmarktes vereinbar sein. Exemplarisch sei hier die Warenverkehrsfreiheit herausgegriffen, und zwar das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten nach Artikel 34ff. AEUV. Darunter fallen alle Maßnahmen eines Mitgliedstaats, die geeignet sind, den Handel innerhalb der Union unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern, und zwar selbst dann, wenn sie unterschiedslos für alle Waren gelten (EuGH, Rs. C-142/05: Rz. 24; Rs. C-531/07: Rz. 16). Ausnahmen vom Anwendungsbereich des besagten Verbots gelten nur für durch sekundäres Unionsrecht harmonisierte Bereiche sowie für nationale Maßnahmen, mit denen Verkaufsmodalitäten geregelt werden, sofern die fraglichen Modalitäten für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im betreffenden Mitgliedstaat ausüben und den Absatz der inländischen und der aus anderen Mitgliedstaaten stammenden Waren rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren (EuGH, Rs. C-531/07: Rz. 17). Eine Regelung, die sich auf die Merkmale einer Ware bezieht, stellt jedoch keine Verkaufsmodalität dar (EuGH, Rs. C-531/07: Rz. 20).

Umweltrelevante Nachhaltigkeitskriterien, die – wie hier unterstellt – nicht in einen durch sekundäres Unionsrecht harmonisierten Sachbereich fallen, müssen sich an dem von Artikel 34 AEUV aufgestellten Verbot messen lassen, wenn sie geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel innerhalb der Union zu behindern. Selbst unter der Annahme, dass derartige Kriterien unterschiedslos auf alle Waren anwendbar sind, werden rein nationale Nachhaltigkeitskriterien, zumal solche über die Internalisierung externer Kosten, im Regelfall geeignet sein, den zwischenstaatlichen Handel innerhalb der Union zumindest potenziell zu behindern. Da solche Kriterien nicht dem Absatz der von ihnen betroffenen Waren gelten, sondern an deren Herstellung oder Eigenschaften anknüpfen, sind sie nicht als dem Verbot des Artikels 34 AEUV entzogene (nicht diskriminierende) Verkaufsmodalitäten einzuordnen.

In den Anwendungsbereich des Verbots nach Artikel 34 AEUV fallende Maßnahmen eines Mitgliedstaats können jedoch nach Maßgabe des Artikels 36 AEUV – soweit sie dem Schutz der dort explizit genannten Rechtsgüter dienen – oder aufgrund eines zwingenden Erfordernisses des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein (EuGH, Rs. C-265/06: Rz. 37). Der EuGH erkennt den Umweltschutz als ein derartiges zwingendes Erfordernis an (EuGH, Rs. C-142/05: Rz. 32). Allerdings reicht es nicht aus, dass eine staatliche Maßnahme dieses Ziel verfolgt. Sie muss vielmehr auch geeignet sein, dieses Ziel zu erreichen, und darf nicht über das hinausgehen, was dazu erforderlich ist.¹⁶

Im nationalen Recht eines Mitgliedstaates verankerte Nachhaltigkeitsanforderungen müssen demnach auf ihre Vereinbarkeit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz überprüft werden. Nur wenn sie dessen Maßstäben (gemäß der Auslegung des EuGH) genügen, sind sie gerechtfertigt. Diese Prüfung ist einzelfallabhängig unter Berücksichtigung der konkreten Ausgestaltung der Nachhaltigkeitskriterien vorzunehmen.

16 Vgl. EuGH, Rs. C-142/05 (Rz. 34); Rs. C-265/06 (Rz. 39); Rs. C-531/07 (Rz. 34).

3.3 Nachhaltigkeitskriterien im Vergaberecht

Die Beurteilung von Nachhaltigkeitskriterien im Vergaberecht hat die grundlegende Unterscheidung zwischen Vergaben ober- und unterhalb von durch das Unionsrecht festgelegten Auftragswerten (sogenannte Schwellenwerte) zu beachten: Vergaben oberhalb der Schwellenwerte sind vollständig durch sekundäres Unionsrecht harmonisiert, während Vergaben unterhalb der Schwellenwerte grundsätzlich durch nationales Recht geregelt sind (Ziekow 2010: 150f.). Da dieser Unterschied eine differenzierte rechtliche Bewertung von Nachhaltigkeitskriterien nach sich ziehen mag, werden nachfolgend zuerst Vergaben oberhalb und anschließend Vergaben unterhalb der Schwellenwerte betrachtet.

Vergaben oberhalb der Schwellenwerte

Vergaben oberhalb der Schwellenwerte sind (abgesehen von den Rechtsschutzmöglichkeiten) durch zwei EU-Richtlinien vollständig harmonisiert: zum einen die Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge (sogenannte Vergabekoordinierungsrichtlinie, Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004, ABl L 134 vom 30.4.2004: 114, nunmehr ersetzt durch die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014, ABl L 94 vom 28.3.2014: 65), zum anderen die Richtlinie zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (sogenannte Sektorenrichtlinie, Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004, ABl L 134 vom 30.4.2004: 1; nunmehr ersetzt durch die Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014, ABl L 94 vom 28.3.2014: 243). Hier wird ausschließlich auf die Vergabekoordinierungsrichtlinie abgestellt.

Die Einfügung von Nachhaltigkeitskriterien in das für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte relevante Vergaberecht ist an-

hand der Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) zu bewerten. Sie lässt die Heranziehung ökologischer Belange bzw. Gesichtspunkte durch öffentliche Auftraggeber an vier neutralen Stellen zu (Fehling 2011: Rn. 141; Ziekow 2010: 173f.): (1) bei der Leistungsbeschreibung in Form technischer Spezifikationen, (2) bei der Bieterauswahl in Gestalt von Eignungskriterien, (3) bei der Angebotsbewertung in Form von Zuschlagskriterien und (4) bei der Auftragsausführung in Gestalt von Vertragsbedingungen.

Technische Spezifikationen

Artikel 23 VKR befasst sich mit technischen Spezifikationen, mit denen die öffentlichen Auftraggeber die Merkmale der von ihnen zu beschaffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen vorschreiben. Nach Artikel 23(3)(b) VKR dürfen technische Spezifikationen in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen formuliert werden, die Umwelteigenschaften umfassen können. Der auf technische Spezifikationen abhebende Erwägungsgrund Nr. 29 VKR stellt klar, dass Umwelteigenschaften sowohl bestimmte Produktionsmethoden als auch die Auswirkungen bestimmter Warengruppen oder Dienstleistungen auf die Umwelt umfassen können. Dieser Erwägungsgrund ist bei der Auslegung des Begriffes „Umwelteigenschaften“ in Artikel 23(3)(b) VKR zu berücksichtigen (EuGH, Rs. C-368/10: Rz. 61).

Allerdings müssen technische Spezifikationen die Umwelteigenschaften der durch den konkreten Auftrag zu beschaffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen definieren.¹⁷ Der unmittelbare Bezug zum Auftragsgegenstand ergibt sich ohne Weiteres aus Artikel 23(3)(b) VKR. Er verlangt, dass die durch die technischen Spezifikationen formulierten (Umwelt-)Anforderungen den Bietern ein „klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln“ und „die Erteilung des Zuschlags ermöglichen“. Im Einklang damit stellt Erwägungsgrund Nr. 29 VKR auf „öffentliche Auftraggeber, die für die technischen Spezifikationen eines Auftrags Umweltauflagen festlegen möchten“, ab.

17 Vgl. hierzu Siegel (2012: 372 – „funktionaler Zusammenhang mit dem Leistungsgegenstand“) sowie Europäische Kommission (2001: 13).

Demnach steht es den Mitgliedstaaten frei, in dem für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte geltenden Vergaberecht vorzusehen, dass öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Leistungsbeschreibung technische Spezifikationen in Form von nachhaltigen Umwelanforderungen verwenden dürfen, sofern derartige Nachhaltigkeitsanforderungen jeweils auf die in einem Vergabeverfahren konkret zu beschaffenden Erzeugnisse oder Dienstleistungen bezogen sind.

Eignungskriterien

Im Rahmen der Eignungsprüfung dürfen öffentliche Auftraggeber die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter ausschließlich nach Maßgabe der in Artikel 48 VKR abschließend aufgezählten Kriterien bewerten und überprüfen (EuGH, Rs. C-368/10: Rz. 105). Zu den danach zulässigen Eignungskriterien zählt gemäß Artikel 48(2)(f) VKR bei öffentlichen Bau- und Dienstleistungsaufträgen die Angabe von Umweltmanagementmaßnahmen, die ein Bieter bei der Ausführung des Auftrags gegebenenfalls anwenden will. Damit sind Maßnahmen gemeint, mit denen Wirtschaftsteilnehmer die Auswirkungen ihrer unternehmerischen Aktivitäten auf die Umwelt bewerten und steuern (Europäische Kommission 2001: 18), um ein bestimmtes Umweltschutzniveau zu erreichen (Erwägungsgrund Nr. 44 VKR).

Wie alle Eignungskriterien muss auch das in Artikel 48(2)(f) VKR genannte Kriterium einen unmittelbaren Bezug zu den konkret zu beschaffenden Bau- oder Dienstleistungen aufweisen. Das folgt bereits aus der Funktion der Eignungskriterien, die für die Ausführung des zu vergebenden Auftrags am besten geeigneten Bieter zu ermitteln (Europäische Kommission 2001: 17). Dementsprechend macht Artikel 48(2) VKR den für die technische Leistungsfähigkeit erforderlichen Nachweis von den „je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der Bauleistungen, der zu liefernden Erzeugnisse oder der Dienstleistungen“ abhängig. Im Fall des Artikels 48(2)(f) VKR erweist sich die erforderliche Verbindung des Eignungskriteriums zu den konkret zu vergebenden Bau- oder Dienstleistungen zudem daran, dass die besagten Angaben „nur in

den entsprechenden Fällen“ gefordert werden dürfen, in denen das durch die Art der Arbeiten oder Dienstleistungen gerechtfertigt ist (Erwägungsgrund Nr. 44 VKR). Sie müssen sich zudem auf Umweltmanagementmaßnahmen beziehen, „die der Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung des Auftrags gegebenenfalls anwenden will“.

Über das relativ eng gefasste Eignungskriterium in Artikel 48(2)(f) VKR hinaus bieten die sonstigen Kriterien des Artikels 48 VKR keine Grundlage dafür, die technische und berufliche Leistungsfähigkeit von Bietern anhand ökologischer Nachhaltigkeitskriterien zu überprüfen (Siegel 2012: 372f.; Fehling 2011: Rn. 169). Im Einklang damit hat der EuGH jüngst entschieden, dass „die Anforderung der Einhaltung der ‚Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens‘ an keinen dieser Punkte“ in Artikel 48 VKR anknüpft (EuGH, Rs. C-368/10: Rz. 106). Für eine Aufnahme ökologischer Nachhaltigkeitskriterien als Eignungskriterien zwecks Prüfung der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit der Bieter in das für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte relevante Vergaberecht verbleibt somit außerhalb des engen Anwendungsbereichs des Artikels 48(2)(f) VKR kein Raum.

Zuschlagskriterien

Auf der Stufe der Angebotsbewertung können die öffentlichen Auftraggeber nach Artikel 53(1) VKR den Zuschlag entweder an das Angebot mit dem niedrigsten Preis oder das aus ihrer Sicht wirtschaftlich günstigste Angebot erteilen. Zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dürfen sie gemäß Artikel 53(1)(a) VKR „verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien“ heranziehen, sofern diese, einschließlich ihrer Gewichtung, in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen öffentlich gemacht wurden. Zu den beispielhaft in Artikel 53(1)(a) VKR genannten Kriterien gehören auch Umwelteigenschaften. Wie aus Erwägungsgrund Nr. 29 VKR ersichtlich, erfassen Umwelteigenschaften sowohl bestimmte Produktionsmethoden als auch Auswirkungen auf die Umwelt. Dementsprechend hat der EuGH es für zulässig erachtet, dass „im Rahmen der Beurtei-

lung des wirtschaftlich günstigsten Angebots für die Vergabe eines Auftrags über die Lieferung von Strom ein Kriterium [festgelegt wird], das die Lieferung von Strom aus erneuerbaren Energieträgern verlangt, sofern dieses Kriterium mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängt“ (EuGH, Rs. C-448/01: Rz. 34). Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterium müssen somit nicht zwingend auf eine „echte innere Eigenschaft eines Erzeugnisses, also ein Element, das materiell Bestandteil von ihm ist“, bezogen sein (EuGH, Rs. C-368/10: Rz. 91; Siegel 2012: 374).

Ungeachtet dessen ist nach Artikel 53(1)(a) VKR (und der zuvor zitierten Rechtsprechung des EuGH) grundlegende Voraussetzung für alle Zuschlagskriterien zwecks Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots, einschließlich des Kriteriums der Umwelteigenschaften, ihr Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand (EuGH, Rs. C-513/99: Rz. 59; Egger 2008: Rn. 1236). Dazu besagt Erwägungsgrund Nr. 46 VKR, dass die Zuschlagskriterien „es ermöglichen müssen, das Leistungsniveau jedes einzelnen Angebots im Verhältnis zu dem in den technischen Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand zu bewerten sowie das Preis-Leistungs-Verhältnis jedes Angebots zu bestimmen“. Das bedeutet, dass Umwelteigenschaften einen spezifischen und sachlich nachvollziehbaren Bezug zum konkreten Auftragsgegenstand aufweisen müssen, um sie als Zuschlagskriterium heranziehen zu können (Fehling 2011: Rn. 173; Mestmäcker/Schweitzer 2004: 1021f.; Europäische Kommission 2001: 21).

Das für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte geltende Vergaberecht der Mitgliedstaaten darf daher nachhaltigkeitsbezogene Umwelanforderungen als Zuschlagskriterium vorsehen, sofern derartige Anforderungen eine objektive und vergleichende Bewertung der Angebote im Verhältnis zu dem in den technischen Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand erlauben.

Alternativ dürfen öffentliche Auftraggeber den Zuschlag nach Artikel 53(1)(b) VKR an das

Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilen. Der Preis bildet dabei das einzige Zuschlagskriterium, unabhängig davon, ob er externe Kosten berücksichtigt, d.h. internalisiert. Für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte gilt in Deutschland nach § 97 V GWB allein das Wirtschaftlichkeitsprinzip (Ziekow 2010: 172), womit das Kriterium des niedrigsten Preises (Günstigkeitsprinzip) als Zuschlagskriterium ausscheidet.

Vertragsbedingungen

Nach Artikel 26 VKR dürfen öffentliche Auftraggeber „zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“ vorschreiben. Derartige Vertragsbedingungen „können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen“. Jedoch müssen sich entsprechende Vertragsbedingungen auf die Ausführung des konkreten Auftrags beziehen (Europäische Kommission 2001: 25). Abstrakte, davon losgelöste Bedingungen sind deshalb nicht statthaft (Siegel 2012: 375).

Die Mitgliedstaaten dürfen für das oberhalb der Schwellenwerte geltende Vergaberecht umweltbezogene Nachhaltigkeitskriterien als Vertragsbedingungen vorsehen, sofern entsprechende Kriterien auf die Ausführung des konkreten Auftrags bezogen sind.

Vergaben unterhalb der Schwellenwerte

Die Vergabekoordinierungs- und die Sektorenrichtlinie finden nur auf öffentliche Aufträge oberhalb der dort festgelegten Schwellenwerte Anwendung. Für öffentliche Aufträge unterhalb dieser Schwellenwerte dürfen die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten also von den beiden Richtlinien abweichende Regelungen treffen. Allerdings stehen diese Regelungen unter dem Vorbehalt, dass sie mit dem primären Unionsrecht, insbesondere dessen wesentlichen Grundsätzen, vereinbar sind.¹⁸ Zu diesen wesentlichen Grundsätzen zählen vor allem die Regeln über den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital im Binnenmarkt (vgl. Kapitel 3.2). Die Aufnahme von Nachhaltigkeitskriterien in das für öffentliche Aufträge un-

18 Vgl. in diesem Sinn EuGH, Rs. 31/87 (Rz. 29); Rs. C-513/99 (Rz. 63); Rs. C-448/01 (Rz. 38).

terhalb der Schwellenwerte geltende Vergaberecht hat deshalb in Übereinstimmung mit den wesentlichen Grundsätzen des primären Unionsrechts zu erfolgen. Die Ausführungen in Kapitel 3.2 gelten hier sinngemäß.

4. Schlussbetrachtung

Dieses Gutachten ist der Frage nachgegangen, ob sich Nachhaltigkeitskriterien, insbesondere in Form eines Externalisierungsverbots, mit dem Recht der WTO und der EU vereinbaren lassen. Die gutachterliche Untersuchung hat zu einer ganzen Reihe von Erkenntnissen geführt, die hier zusammengefasst werden sollen.

Für das WTO-Recht sind die folgenden Gesichtspunkte zu nennen:

- Die Vereinbarkeit von Nachhaltigkeitskriterien mit dem WTO-Recht kann nicht pauschal beurteilt werden. Vielmehr bedarf es einer Einzelfallbetrachtung, bei der einerseits die Ausgestaltung der konkreten Kriterien und andererseits das jeweils in Betracht kommende WTO-Abkommen berücksichtigt werden müssen, um eine belastbare Aussage über die WTO-Konformität der infrage stehenden Kriterien treffen zu können.
- Das GATT 1994 als das zentrale WTO-Abkommen betreffend den Warenhandel beruht insbesondere auf dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung. Nachhaltigkeitskriterien müssen diesem Gebot gerecht werden. Sollte das nicht der Fall sein, müsste eine solche Diskriminierung gerechtfertigt sein. Als Rechtfertigungsgrund kommt vor allem die allgemeine Ausnahmeklausel des GATT 1994 in Betracht, die unter bestimmten Bedingungen Maßnahmen zum Schutz der Umwelt zulässt.
- Nachhaltigkeitskriterien könnten die Form von Zöllen oder zollgleichen Abgaben und Belastungen annehmen. Allerdings würde die Einführung derartiger tarifärer Handelshemmnisse Verhandlungen mit anderen WTO-Mitgliedern voraussetzen, in denen diesen eine Kompensation für die Erhöhung der bisherigen Zölle bzw. zollgleichen Abgaben und Belastun-

gen anzubieten wäre. Diese Verhandlungen könnten aus Kompetenzgründen nur von der EU geführt werden.

- Nachhaltigkeitskriterien könnten zudem die Form von Abgaben annehmen, die äquivalent zu inländischen Steuern bzw. Abgaben sind und auf ausländische Waren bei deren Einfuhr erhoben werden. Die Erhebung derartiger Abgaben hat allerdings grundsätzlich im Einklang mit dem Inländerbehandlungsgebot zu erfolgen. Ob die Anwendung dieses Gebot dispensiert werden könnte mit dem Argument, dass die betreffenden ausländischen und inländischen Waren aufgrund unterschiedlicher Umweltbelastungen bei ihrer Herstellung nicht gleichartig sind, ist streitig.
- Das neue WTO-Beschaffungsübereinkommen erlaubt es den Vertragsparteien dieses Übereinkommens, sowohl im Rahmen von technischen Spezifikationen als auch bei den Kriterien zur Bewertung von Angeboten Nachhaltigkeitskriterien ökologischer Art einfließen zu lassen, sofern diese Kriterien sich auf die konkret zu beschaffenden Waren und Dienstleistungen beziehen.

Für das EU-Recht kommt das Gutachten zu den folgenden Ergebnissen:

- In den für (ökologische) Nachhaltigkeitskriterien besonders bedeutsamen Bereichen „Binnenmarkt“ und „Umwelt“ teilen sich die Union und die Mitgliedstaaten die Gesetzgebungskompetenzen. Diese Kompetenzteilung bewirkt, dass Rechtsakte der Union eine Sperrwirkung auf die Kompetenzwahrnehmung der Mitgliedstaaten entfalten. In den durch Unionsrechtsakte geregelten Materien dürfen die Mitgliedstaaten nur noch solche Elemente regeln, die von den Unionsrechtsakten nicht erfasst sind. Die Regelungstiefe und damit die Reichweite der Sperrwirkung ist für jeden Unionsrechtsakt gesondert zu prüfen.
- Artikel 114 AEUV (Binnenmarkt) und Artikel 193 AEUV (Umwelt) sehen eine partielle Durchbrechung der von Unionsrechtsakten ausgehenden Sperrwirkung vor und gestatten parallele Maßnahmen der Mitgliedstaaten, jedoch nur nach Maßgabe bestimmter materieller und

- prozeduraler Bedingungen, die für beide Bereiche unterschiedlich ausfallen. Der den Mitgliedstaaten nach diesen Bedingungen verbleibende Spielraum zur Festlegung von Nachhaltigkeitskriterien ist nach hiesiger Einschätzung eher gering.
- Im Bereich des ihnen noch verbleibenden Spielraums dürfen die Mitgliedstaaten Nachhaltigkeitskriterien in ihr (autonomes) nationales Recht aufnehmen, müssen insoweit aber die Vorgaben des primären Unionsrechts, insbesondere in Gestalt der Grundfreiheiten, beachten. So dürften z.B. auf Waren bezogene Nachhaltigkeitskriterien regelmäßig in den Anwendungsbereich des Verbots mengenmäßiger Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten nach Artikel 34 AEUV fallen. Ihre Rechtfertigung aus Gründen des Umweltschutzes hängt dann davon ab, ob sie mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar sind; das ist einzelfallabhängig zu ermitteln.
 - Nachhaltigkeitskriterien im oberhalb der Schwellenwerte geltenden (durch sekundäres Unionsrecht harmonisierten) Vergaberecht können insbesondere als auf Umwelteigenschaften bezogene technische Spezifikationen oder Zuschlagskriterien zum Zuge kommen, müssen aber jeweils einen unmittelbaren Zusammenhang zum konkreten Auftragsgegenstand aufweisen. Zudem können umweltbezogene Nachhaltigkeitskriterien als Vertragsbedingungen vorgesehen werden, müssen aber auf die Ausführung des konkreten Auftrags bezogen sein.
 - Nachhaltigkeitskriterien im unterhalb der Schwellenwerte geltenden Vergaberecht müssen den Vorgaben des primären Unionsrechts, insbesondere den Grundfreiheiten, genügen.

Literaturverzeichnis

- Breier, Siegfried 2012: Art. 11 AEUV, Art. 191 AEUV, Art. 193 AEUV, in: Lenz, Carl-Otto; Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.): EU-Verträge. Kommentar, Köln/Wien.
- Calliess, Christian 2011: Art. 2 AEUV, Art. 11 AEUV, Art. 191 AEUV, Art. 193 AEUV, in: ders.; Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV. Kommentar, München.
- Egger, Alexander 2008: Europäisches Vergaberecht, Baden-Baden.
- Europäische Kommission 2001: Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM(2001) 274 endgültig, 4.7.2001, Brüssel.
- Europäische Kommission 2007: Mitteilung der Europäischen Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Das globale Europa – Eine starke Partnerschaft zur Öffnung der Märkte für europäische Exporteure, KOM (2007) 183 endgültig, 18.4.2007, Brüssel.
- Europäische Kommission 2013: Trade: A Key Source of Growth and Jobs for the EU. Commission Contribution to the European Council of 7-8 February 2013, Brüssel, http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/archives/2013/02/pdf/20130205_2_en.pdf (18.8.2014).
- Fehling, Michael 2011: § 97 GWB, in: Pünder, Hermann; Schellenberg, Martin (Hrsg.): Vergaberecht, Baden-Baden.
- Fischer, Hans Georg 2012: Art. 114 AEUV, in: Lenz, Carl-Otto; Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.): EU-Verträge. Kommentar, Köln/Wien.
- Herrmann, Christoph; Weiß, Wolfgang; Ohler, Christoph 2007: Welthandelsrecht, München.
- Kahl, Wolfgang 2011: Art. 114 AEUV, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV. Kommentar, München.

- König, Doris 2010: § 2 Gesetzgebung, in: Schulze, Reiner; Zuleeg, Manfred; Kadelbach, Stefan (Hrsg.): Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, Baden-Baden.
- Krämer, Ludwig; Winter, Gerd 2010: § 26 Umweltrecht, in: Schulze, Reiner; Zuleeg, Manfred; Kadelbach, Stefan (Hrsg.): Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, Baden-Baden.
- Lenski, Edgar 2012: Art. 2 AEUV, in: Lenz, Carl-Otto; Borchardt, Klaus-Dieter (Hrsg.): EU-Verträge. Kommentar, Köln/Wien.
- Low, Patrick; Marceau, Gabrielle; Reinaud, Julia 2011: The Interface Between the Trade and Climate Change Regimes: Scoping the Issues, World Trade Organization, Staff Working Paper ERSD-2011-1, Geneva.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim; Schweitzer, Heike 2004: Europäisches Wettbewerbsrecht, München.
- Ohler, Christoph 2012: Die Bindung der Europäischen Union an das WTO-Recht, in: Obwexer, Walter (Hrsg.): Die Europäische Union im Völkerrecht, Europarecht 2012/Beiheft 2, S. 137-151.
- Pitschas, Christian 2006: Subventionen, Schutzmaßnahmen und öffentliche Auftragsvergabe als Problemfelder des internationalen Dienstleistungsverkehrs, in: Ehlers, Dirk; Wolfgang, Hans-Michael; Lechleitner, Marc (Hrsg.): Rechtsfragen des internationalen Dienstleistungsverkehrs, Schriften zum Außenwirtschaftsrecht, Frankfurt am Main, S. 103-127.
- Pitschas, Christian 2007: Regionale Freihandelsabkommen: Stärkung oder Schwächung des multilateralen Handelssystems?, in: Pitschas, Rainer (Hrsg.): Handel und Entwicklung im Zeichen der WTO – ein entwicklungspolitisches Dilemma, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 184, Berlin, S. 101-143.
- Pitschas, Christian 2010: The Treaty of Lisbon and the „new“ Common Commercial Policy of the European Union, in: International Trade Law and Regulation 2010 (2), S. 37-43.
- Pitschas, Christian 2012: Internationaler Rohstoffhandel aus der Sicht des WTO-Rechts, in: Ehlers, Dirk; Herrmann, Christoph; Wolfgang, Hans-Michael; Schröder, Ulrich Jan (Hrsg.): Rechtsfragen des internationalen Rohstoffhandels, Schriften zum Außenwirtschaftsrecht, Frankfurt am Main, S. 57-79.
- Pitschas, Christian 2014: Die schrittweise Weiterentwicklung des „Agreement on Government Procurement“ (GPA 2012), in: Vergaberecht, Heft 2a, 2014: S. 255-266.
- Scherhorn, Gerhard 2012: Nachhaltigkeit in das Eigentums- und Wettbewerbsrecht!, <http://www.nehmenundgeben.de/aufwurf> (23.11.2014).
- Siegel, Thorsten 2012: Wie fair ist das Vergaberecht? Der faire Handel vor dem EuGH, in: Vergaberecht, Heft 2a, Speyerer Vergaberechtstage 2012, S. 370-376.
- Streinz, Rudolf; Ohler, Christoph; Herrmann, Christoph 2010: Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU. Einführung mit Synopse, München.
- Tietje, Christian 2003: Grundlagen und Perspektiven der WTO-Rechtsordnung, in: Prieß, Hans-Joachim; Berrisch, Georg (Hrsg.): WTO-Handbuch. World Trade Organisation, München, S. 17-37.
- Van den Bossche, Peter; Zdouc, Werner 2013: The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials, Cambridge.
- WTO-UNEP Report 2009: Trade and Climate Change, Geneva.
- WTO 2010: World Trade Report. Trade in Natural Resources, Geneva.
- WTO 2011: Harnessing Trade for Sustainable Development and a Green Economy, Geneva.
- WTO: Background Note. Trade and Environment in the WTO, Geneva, http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/bkgrnd_climate_e.pdf (18.8.2014).
- Ziekow, Jan 2010: Öffentliches Wirtschaftsrecht, München.

Entscheidungsregister

Berichte des Appellate Body der WTO

- Bericht v. 29.4.1996, WT/DS2/AB/R (zitiert als US – Gasoline)
- Bericht v. 4.10.1996, WT/DS8, 10, 11/AB/R (zitiert als Japan – Alcoholic Beverages II)
- Bericht v. 21.2.1997, WT/DS22/AB/R (zitiert als Brazil – Desiccated Coconut)
- Bericht v. 30.6.1997, WT/DS31/AB/R (zitiert als Canada – Periodicals)
- Bericht v. 12.10.1998, WT/DS58/AB/R (zitiert als US – Shrimp)
- Bericht v. 14.12.1999, WT/DS98/AB/R (zitiert als Korea – Dairy)
- Bericht v. 31.5.2000, WT/DS139, 142/AB/R (zitiert als Canada – Autos)
- Appellate Body, Bericht, 11.12.2000, WT/DS161, 169/AB/R (zitiert als Korea – Various Measures on Beef)
- Bericht v. 12.3.2001, WT/DS135/AB/R (zitiert als EC – Asbestos)
- Bericht v. 28.11.2002, WT/DS213/AB/R (zitiert als US – Carbon Steel)
- Bericht v. 20.9.2004, WT/DS246/AB/R (zitiert als EC – Tariff Preferences)
- Bericht v. 25.4.2005, WT/DS302/AB/R (zitiert als Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes)
- Bericht v. 3.12.2007, WT/DS332/AB/R (zitiert als Brazil – Retreaded Tyres)
- Bericht v. 15.12.2008, WT/DS339, 340, 342/AB/R (zitiert als China – Auto Parts)
- Bericht v. 30.10.2008, WT/DS360/AB/R (zitiert als India – Additional Import Duties)
- Bericht v. 4.2.2009, WT/DS350/AB/R (zitiert als US – Continued Zeroing)
- Bericht v. 17.6.2011, WT/DS371/AB/R (zitiert als Thailand – Cigarettes)
- Bericht v. 21.12.2011, WT/DS396, 403/AB/R (zitiert als Philippines – Distilled Spirits)
- Bericht v. 30.1.2012, WT/DS394, 395, 398/AB/R (zitiert als China – Raw Materials)
- Bericht v. 4.4.2012, WT/DS406/AB/R (zitiert als US – Clove Cigarettes)
- Bericht v. 16.5.2012, WT/DS381/AB/R (zitiert als US – Tuna II (Mexico))
- Bericht v. 22.5.2014, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R (zitiert als EC – Seal Products)

Urteile des EuGH

- Urteil vom 20.9.1988, Rs. 31/87
- Urteil vom 25.6.1998, Rs. C-203/96
- Urteil vom 17.9.2002, Rs. C-513/99
- Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01
- Urteil vom 10.4.2008, Rs. C-265/06
- Urteil vom 30.4.2009, Rs. C-531/07
- Urteil vom 4.6.2009, Rs. C-142/05
- Urteil vom 1.10.2009, Rs. C-370/07
- Urteil vom 29.3.2012, Rs. C-504/09 P
- Urteil vom 10.5.2012, Rs. C-368/10

Urteile des BVerfG

- Urteil vom 30.6.2009, 2 BvE 2/08

Anhang

Für Nachhaltigkeit im Eigentums- und Wettbewerbsrecht!

Forschungsgruppe Ethisch-Ökologisches Rating

Der Wettbewerb erzwingt Externalisierung

Externalisierung von Kosten ist das Gegenteil von Nachhaltigkeit. „Extern“ sind ungeschützte Gemeingüter wie Atemluft, Biodiversität, Bodenfruchtbarkeit, Fischreichtum, Klimasystem, Rohstoffvorkommen, Trinkwasser. Sie sind „natürliche Lebensgrundlagen“ (Art. 20a GG), „Güter der Allgemeinheit“ (BverfGE 93, 319). *Nachhaltigkeit* verlangt, dass sie auch für künftige Generationen verfügbar bleiben (Brundtland-Report). Wer sie nutzt, muss sie entweder so schonend behandeln, dass sie sich selbst regenerieren können, oder mindestens im gleichen Maß der Abnutzung wiederherstellen bzw. gleichwertigen Ersatz leisten – kurz: Erhaltungs- oder Ersatzinvestitionen tätigen. Diese Aufwendungen selbst zu tragen heißt die Kosten der Erhaltung genutzter Gemeingüter *internalisieren*.

Solange die Gemeinressourcen ungeschützt sind, kann ein Unternehmen (in der Folge die „XY AG“) die Erhaltungsinvestitionen unterlassen und die Abnutzung in Kauf nehmen. Die Gemeingüter werden dann entweder dezimiert oder, wenn der Staat einspringt, auf Kosten der Allgemeinheit erhalten bzw. wiederhergestellt. Die XY AG aber *externalisiert* die Verantwortung, sie spart Kosten und kann ihre Produkte entsprechend billiger (oder auch mit entsprechend höherer Leistung oder aufwendigerer Ausstattung) anbieten. Die XY AG verschafft sich so einen Marktanteil, der als Marktleistung ausgegeben wird, in Wahrheit aber nicht auf Leistung, sondern auf Substanzverzehr beruht, auf dem Verzehr der begrenzten natürlichen Lebensgrundlagen. Und sie verschafft sich und ihren Kund_innen einen Sondervorteil gegenüber allen, die diese Gemeinressourcen „nicht oder nicht in gleichem Umfang nutzen“ (BverfG, Wasserfennig-Beschluss v. 7.11.1995).

In einer Wettbewerbsordnung, die den Gemeingütern keinen (oder nur punktuellen) Schutz vor Übergriffen aus dem Privateigentum gewährt, wird *Externalisierung vom Wettbewerb geradezu erzwungen*. Denn Externalisierung verschafft einen Wettbewerbsvorsprung, und wenn ein Unternehmen diesen ungestraft nutzen kann, müssen die anderen folgen, um nicht auskonkurriert zu werden. Die Ursache dieses Zwanges ist jedoch nicht der Wettbewerb, sondern die Schutzlosigkeit der Gemeingüter. Wären alle Unternehmen verpflichtet, in die Erhaltung genutzter Gemeinressourcen zu reinvestieren, *so würde der Wettbewerb Internalisierung bewirken*.

Die Ursache liegt im Eigentumsrecht

Eine solche Verpflichtung sieht das Grundgesetz bereits vor. Das GG bezeichnet auch den Ort für die Verpflichtung, nämlich das *Eigentumsrecht*. Es fordert den Gesetzgeber im Artikel 14 Absatz 2 auf, die im Absatz 1 niedergelegte Gewährleistung des Privateigentums durch Vorgabe von Inhalt und Schranken so zu präzisieren, dass sein Gebrauch „zugleich dem Wohl der Allgemeinheit“ dient. Das ist sachlich begründet, denn die Nutzung und Abnutzung von Gemeinressourcen geschieht ja aufgrund der Eigentumsrechte an den Grundstücken, Häusern, Produktionsanlagen, Fahrzeugen, Schiffen, Maschinen, Traktoren.

Von Schranken des Eigentums ist zwar im § 903 BGB die Rede, wenn es heißt: „Der Eigentümer kann mit seiner Sache, soweit nicht *das Gesetz oder Rechte Dritter* entgegenstehen, nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“ Die Rechte Dritter sind die Eigentumsrechte anderer, sie sind hinreichend geregelt und ihre Inhaber_innen können sich ge-

gen Missachtung wehren. Doch das gilt nicht für die schutzbedürftigen Gemeingüter. Sie fallen nicht unter die „Dritten“, weil sie keine Eigentümer sind. Sie müssten vor den Übergriffen der Eigentümer_innen geschützt werden, doch dafür reicht der allgemeine Hinweis auf „das Gesetz“ nicht aus, denn die Schranken des Rechts auf beliebige Verfügung – also die Pflichten des/der Eigentümer_in – sind gesetzlich nur lückenhaft geregelt.

Unter den Pflichten des/der Eigentümer_in fehlt der Schutz der Gemeingüter

Für den Fall des Tierschutzes hat der Gesetzgeber bereits versucht, die Lücke zu schließen, indem er als zweiten Satz hinzufügte: „Der Eigentümer eines Tieres hat bei der Ausübung seiner Befugnisse die besonderen Vorschriften zum Schutz der Tiere zu beachten.“ Es gibt in der Tat eine ganze Reihe solcher Vorschriften. Doch sie haben nicht verhindert, dass in der industriellen Tierhaltung fast die Hälfte der Kosten, die aufgewandt werden müssten, um die Tierzucht artgerecht und umweltfreundlich zu machen, externalisiert wird. Ein Kilo Schweineschnitzel aus „konventioneller“ Produktion kann für 7 Euro verkauft werden, wogegen das Kilo Schnitzel aus ökologischer Tierzucht 13 Euro kosten müsste, um kostendeckend zu sein.¹

Warum das Bürgerliche Gesetzbuch den Schutz der Gemeingüter vernachlässigt, sagt schon sein Titel. Für das Bürgertum war das Privateigentum das Mittel, sich vor der Willkür der Fürsten, des Adels, des Klerus, kurz: der Mächtigen zu schützen. So wurde das Rechts- und Wirtschaftsdenken seit dem 17. Jahrhundert auf das Privateigentum fixiert. Der Schutz der lokalen Gemeingüter, die bis dahin in Gestalt der Allmenden verbreitet waren, geriet in die Zange: Die Grundherren beanspruchten die ländlichen Gemeinressourcen als ihr Privateigentum, die städtischen Bürger legten

keinen Wert darauf. So wurden die Allmenden aus dem Recht verdrängt, und dass die *globalen* Gemeinressourcen geschützt werden müssen, tritt überhaupt erst seit Carsons „Stummer Frühling“ (1960) nach und nach ins allgemeine Bewusstsein.

Die Eigentumsfixierung erklärt auch, dass zwar viele einzelne Tiere, namentlich wenn sie von Menschen gehalten werden, durch rechtliche Mindestanforderungen vor Tierquälerei bewahrt werden, aber die Fülle der Vorschriften dennoch nicht ausreicht, die konventionelle Landwirtschaft beispielsweise zum Verzicht auf die Massentierhaltung zu bewegen.

Eine Kombination von Schutzpflicht und Rechtsdurchsetzung

Ein wirksamer Schutz eines Gemeinguts wie in dem obigen Beispiel der artgerechten, verantwortlichen Tierhaltung ist durch das Zusammenwirken von zwei Maßnahmen zu erreichen:

– Im Eigentumsrecht muss ausdrücklich die Pflicht des/der Eigentümer_in formuliert werden, die von ihm/ihr genutzten natürlichen Lebensgrundlagen zu erhalten, auch wenn das den Verzicht auf kurzfristig ertragreichere, langfristig aber schädliche Nutzungsweisen erfordert. In allgemeinsten Form könnte das durch einen zusätzlichen Absatz 2 des § 903 BGB geschehen, der etwa folgenden Wortlaut hätte:

„Der Eigentümer kann die ihm zugänglichen natürlichen Lebensgrundlagen als Gemeinressourcen für seine Zwecke nutzen. Er muss aber organische Ressourcen ihrer Natur gemäß behandeln und dafür sorgen, dass sie sich regenerieren können, und muss verbrauchte anorganische Ressourcen entweder durch gleichwertige andere ersetzen oder durch Wiedergewinnung (Recycling in closed loops) erneuern.“

¹ Ergebnis einer Studie des Instituts für ökologische Wirtschaftsforschung im Auftrag von Foodwatch, siehe http://foodwatch.de/presse/pressearchiv/2004/hintergrund_schnitzelstudie_2004/index_ger.html.

- Dass der/die Eigentümer_in auch eine Verantwortung für die Erhaltung sozialer Lebensgrundlagen hat, sollte gesondert geregelt werden (s. u.).
- Im Wettbewerbsrecht muss diese Vorschrift durch das Verbot ergänzt werden, Externalisierungen als Marktleistungen auszugeben. In § 4 des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) müsste als Absatz 12 eingefügt werden:

(Unlauter handelt insbesondere, wer) „12. den Eindruck erweckt, ein niedriger Preis oder eine besondere Qualität oder Ausstattung eines Produkts sei auf die Marktleistung des Anbieters zurückzuführen, obwohl der Vorteil auf der Unterlassung von Aufwendungen zur Erhaltung genutzter natürlicher Lebensgrundlagen nach § 903 Abs. 2 BGB beruht.“

Des Verschweigens einer Externalisierung beschuldigte Unternehmen müssen dann, um sich zu verteidigen, nachweisen, dass sie die Kosten *tatsächlich internalisiert haben*. Sie können nach § 8 UWG von jedem Mitbewerber, von Berufsverbänden, Kammern, Umwelt- und Verbraucherschutzorganisationen beim zuständigen Landgericht verklagt werden. Gelingt ihnen der Nachweis der Internalisierung nicht, so können sie nach § 10 zur Herausgabe des Externalisierungsgewinns an den Bundeshaushalt verpflichtet werden. Die Mitbewerber können nach § 9 Ersatz des ihnen entstandenen Schadens und nach § 12 Ersatz der ihnen zur Anspruchsdurchsetzung entstandenen Aufwendungen fordern. Zudem kann das Gericht nach § 12 der obsiegenden Partei die Befugnis zusprechen, das Urteil auf Kosten der unterliegenden Partei öffentlich bekanntzumachen.

So kann aus dem UWG ein – auch vorbeugend – wirksames Instrument zur Durchsetzung

Eine flankierende Regelung sollte den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nach §§ 17-19 UWG und §§ 203f StGB für diejenigen Beschäftigten des Unternehmens aussetzen, die mit Informationen dazu beitragen, dass eine Zuwiderhandlung gegen § 903 Abs. 2 aufgedeckt wird.

der Erhaltungspflicht werden. Es würde den Markt dem Prinzip der Allmende annähern. Dieses besteht in der durch gegenseitige Überwachung der Nutzer_innen gesicherten Mäßigung der Ansprüche an die genutzte Gemeinressource. § 903 Abs. 2 würde die Nutzer_innen zur Mäßigung ihrer Ansprüche verpflichten, und § 4 Abs. 12 UWG würde die Mäßigung durch gegenseitige Überwachung sichern. Zur Überwachung sind die Konkurrenten besser befähigt als jede Behörde, denn da sie das jeweilige Produkt oder ein Äquivalent selbst herstellen bzw. vertreiben, können sie auch die Kosten genauer beurteilen als Außenstehende.

Und wenn eine zuständige Behörde ein externalisierendes Wirtschaftssubjekt nach dem erweiterten § 903 BGB unmittelbar wegen Zuwiderhandlung gegen Abs. 2 verklagt, so bietet das UWG einen Anhaltspunkt für die anzuwendenden Sanktionen. Denn auch dann müsste die Strafe zumindest in der Internalisierung der Kosten, in der Herausgabe des Externalisierungsgewinns und in der öffentlichen Bekanntmachung des Urteils bestehen.

Zur weiteren Entwicklung des Gemeingüterschutzes

Die zivilgesellschaftliche Reflexion über den Schutz der Gemeingüter darf nicht bei den natürlichen Lebensgrundlagen Halt machen. Sie muss auch die sozialen Lebensgrundlagen als Gemeinressourcen betrachten wie die *Partizipation* aller Erwerbswilligen an einem gesellschaftlichen System selbstständiger und unselfständiger Erwerbstätigkeit, die soziale *Integration* von Neuhinzukommenden und Benachteiligten, die Gleichheit der *Bildungschancen*, die soziale und gesundheitliche Sicherung, die gerechte Verteilung der Einkommen und Vermögen, um nur die wichtigsten zu nennen. Wie die natürlichen hat auch die Erhaltung und ggf. Kultivierung der sozialen Gemeinressourcen Zielcharakter, weshalb die Erhaltungspflicht den eigenen Beitrag zur Verbesserung einschließen kann, auch wenn dieser nicht

einklagbar ist. Die Erhaltung der sozialen Lebensgrundlagen begründet eine besondere Verantwortung der Unternehmen, die sie nutzen. Die sozialen Lebensgrundlagen sind jedoch im allgemeinen Verständnis so verschieden von den natürlichen, dass ihr Schutz gesondert geregelt werden sollte, vorzugsweise in einem Absatz 3 des § 903 BGB, der etwa folgenden Wortlaut haben könnte:

„Der Eigentümer hat im Rahmen seiner Befugnisse auch Verantwortung für die sozialen Lebensgrundlagen, die er für seine Zwecke nutzt wie die gesellschaftliche Integration, die Gleichheit der Bildungs- und Beschäftigungschancen, die soziale und gesundheitliche Sicherung, die gerechte Verteilung der Einkommen. Er darf durch seine eigenen Handlungen nicht zu ihrer Verschlechterung beitragen.“

Ethische Rahmenbedingungen für die Gestaltung eines nachhaltigen Wettbewerbsrechtes

Johannes Hoffmann

Vorbemerkung

Kaum jemand wird bestreiten, dass Marktwirtschaft und Wettbewerb untrennbar zusammengehören. Die Meinungen gehen allerdings auseinander, wenn es um die Beurteilung der ethischen Qualität dieses Verhältnisses im Rahmen der Wirtschaft der Bundesrepublik im Kontext globaler und liberalisierter Bedingungen geht. Nicht zuletzt deswegen wurde vor 52 Jahren das Kartellgesetz erlassen und das Bundeskartellamt geschaffen. Anlässlich der Feier „50 Jahre Kartellgesetz“ wurde von Gerhard Hennemann mit Recht darauf hingewiesen: „Ohne Kartellverbot, Fusionskontrolle und Missbrauchsaufsicht, die fest im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verankert sind, wäre die Sicherung effizienten Wettbewerbs heute sicherlich undenkbar, denn das Ordnungsprinzip des Wettbewerbs hat nun einmal keine Lobby. Vielmehr wird es durch einzelwirtschaftliche Interessen, die sich in Politik und Verbänden ihre Fürsprecher suchen, immer wieder neuen Belastungstests unterzogen“ (Hennemann 2008).

Das Wettbewerbsrecht hat eine Doppelaufgabe, nämlich die Bekämpfung unlauterer Wettbewerbshandlungen und die Sicherung des freien Wettbewerbs. Das Wettbewerbsrecht aus einer ethischen Perspektive in den Blick zu nehmen, verlangt zunächst einmal, es in seinen eigenen Zielsetzungen zur Kenntnis zu nehmen. Dabei konzentriere ich mich zunächst auf das deutsche Wettbewerbsrecht, deute vergleichend auf die gesetzlichen Regelungen anderer Länder hin und ziehe den Bogen zum Gemeinschaftsrecht, der Europäisierung des Wettbewerbsrechts. Das österreichische Wettbewerbsrecht (öUWG) entspricht weitgehend dem deutschen.

Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG)

Ohne auf die Rechtsentwicklung im Einzelnen einzugehen, möchte ich auf das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 7.6.1909 hinweisen, das „für fast einhundert Jahre die gesetzliche Grundlage des deutschen Lauterkeitsrechts“ (Köhler 2007) bildete. Es war mit einer Generalklausel ausgestattet, die es ermöglichte, „mit Hilfe eines unverändert gebliebenen Gesetzwortlautes Sachverhalte zu erfassen, die das Vorstellungsvermögen eines Juristen der Jahrhundertwende bei weitem überstiegen hätte.“ (Ackermann 1997: 1). Die Generalklausel von 1909 im § 1 lautet: „Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden.“ Die ethischen Grundlagen des Rechts werden oft mit unbestimmten Rechtsbegriffen umschrieben, die der Auslegung Spielraum geben, zugleich aber in der jeweiligen Kultur eine allgemein akzeptierte und verstandene Bedeutung haben. So ist der Begriff „Menschrecht“ ein solcher unbestimmter Rechtsbegriff. Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb von 1909 stützte sich auf einen solchen unbestimmten Begriff; es verbot Wettbewerbshandlungen, die „gegen die guten Sitten verstoßen“. In der Fassung von 2004 soll das Gesetz nur noch „das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb“ schützen (§ 1 UWG). „Unverfälschter Wettbewerb“ ist als Rechtsbegriff ebenfalls unbestimmt, allerdings viel enger. Durch seine Wahl wurde das UWG dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen angeglichen, das „eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“ verhindern soll (§ 1 GWB).

Im Zuge der Anpassung an das Gemeinschaftsrecht in den 1990er Jahren kam es zu einer Liberalisierung. Im neuen UWG von 2004 werden entsprechend der Richtlinien 84/450/EWG als Schutzzwecke einmal der Schutz der Mitbewerber_innen und der Schutz der Verbraucher_innen genannt und es wird ausdrücklich auch auf das „Interesse der Allgemeinheit“ in § 1 S. 2 UWG verwiesen, allerdings einschränkend leider nur im Hinblick auf einen „unverfälschten Wettbewerb“. Nach Köhler wird der „Schutz sonstiger Allgemeininteressen (wie z. B. Umweltschutz, Gesundheitsschutz, Schutz der Rechtspflege, Arbeitnehmerschutz) nicht als Aufgabe des Wettbewerbsrechts angesehen“ (Köhler 2007: XII). Mit Ackermann ist allerdings die „soziale Funktion des Wettbewerbsrechts zu beachten, die die Rechtsprechung seit langem betont und aus der sie in zunehmendem Maße rechtliche Folgerungen für die Beurteilung von Wettbewerbshandlungen gezogen hat“ (Ackermann 1997). Darüber hinaus ist nach Rittner/Kulka die Bedeutung der Generalklausel § 1 UWG darin zu sehen, dass sie „die bruchlose Einbeziehung verfassungs- und EG-rechtlicher Maßstäbe in die wettbewerbsrechtliche Beurteilung ermöglicht. Die Drittwirkung der Grundrechte (vgl. dazu oben § 1 Rn. 49) kann sich – soweit erforderlich – im Zivilrecht praktisch nur im Rahmen von Generalklauseln wie eben § 3 UWG (= Neufassung von 2004) entfalten. In gleicher Weise können Vorgaben des EG-Rechts (vgl. dazu oben § 1 Rn. 10ff.) bei der Interpretation der Generalklausel Beachtung finden, ohne dass im Fall von Konflikten zwischen deutschem und europäischem Recht sogleich das Gesetz geändert werden müsste. Diese Funktion der Generalklausel verdient angesichts der zunehmenden Überlagerung des einfachen Gesetzesrechts gegen unlauteren Wettbewerb durch das Verfassungs- und EG-Recht besondere Hervorhebung“ (Rittner/Kulka 2008).

Was die Vorstellung vom Verbraucher betrifft, so wird wie im Gemeinschaftsrecht „von einem durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“ ausgegangen (Rittner/Kulka 2008: X).

Unser Wettbewerbsrecht schützt das freie Handeln von Unternehmen auch dort, wo dieses die Mitwelt und Nachwelt schädigt, indem es

Kosten auf sie abwälzt (externalisiert). Das Aktiengesetz verpflichtet den Vorstand allein auf das Vermögensinteresse der Aktionär_innen. An diesen beiden zentralen Punkten wird anschaulich, wie unsere Wirtschaftsordnung nachhaltige Entwicklung behindert. Denn sie schränkt das marktwirtschaftliche Prinzip ein, indem sie Externalisierung duldet und natur- und sozialverträgliches Wirtschaften den Einzelnen anheimstellt. Dadurch ist das Kapital von der Sozialbindung des Eigentums befreit. Die Folgen sind verhängnisvoll:

- Produkte, deren Herstellung bzw. Gebrauch mit schädlichen Emissionen oder hohem Rohstoffverbrauch verbunden ist, gelten auf dem Markt als besser (komfortabler, sicherer, schneller etc.) oder sie scheinen billiger als Produkte von Herstellern, die höhere Kosten auf sich nehmen, indem sie die Emissionen verringern oder die Rohstoffe wiedergewinnen.
- Unternehmen scheuen deshalb nachhaltigeres Wirtschaften, weil sie fürchten, durch externalisierende Konkurrenz vom Markt gedrängt zu werden.
- Arbeitnehmer_innen werden selbst bei gutem Geschäftsgang entlassen, wenn eine von den Investor_innen erwartete hohe Kapitalrendite nicht anders erreicht werden kann.
- Vorstände von Unternehmen, die für sozialverträgliche Arbeitsbedingungen Kosten aufwenden, müssen mit Klagen von Investor_innen rechnen, statt mit ihrem Beifall.
- Politiker_innen stellen das Geschäftsinteresse großer Unternehmen über den Klimaschutz, Behörden stellen das Betriebsgeheimnis über die Information der Öffentlichkeit.

Für eine angemessene Betrachtung des Wettbewerbsrechtes ist es wichtig, auf den Wandel in der Rechtsprechung aufmerksam zu machen. Mit zunehmendem Umweltbewusstsein nutzen Wettbewerber_innen die Möglichkeit, gegebenenfalls die Umwelt-, Sozial- und Kulturverträglichkeit ihrer Verfahren und Produkte in der Werbung einzusetzen. Wenn das wegen des emotionalen Bezuges nicht im Sinne irreführender Werbung gemäß § 3 UWG beurteilt werden soll, muss der umweltbewusste Kaufmann als Wettbewerber nachweisen, dass „die Richtigkeit seiner Angaben nicht in Zweifel zu ziehen ist“ (Ackermann 1997: 122). Demgegenüber brauchen Wettbewerber_innen,

die bei der Herstellung ihrer Produkte umweltschädliche Verfahren anwenden oder auch umweltschädliche Produkte auf den Markt bringen und mit niedrigeren Preisen als der umweltbewusste Mitbewerber_innen nicht befürchten, dass sie wegen irreführender Werbung zur Rechenschaft gezogen werden. Hier hat sich vor dem Hintergrund des gewachsenen Umweltbewusstseins nach Ackermann bei den höchstrichterlichen Entwicklungen ein Wandel vollzogen. Während bisher „umweltbezogene Werbung wegen ihres emotionalen Bezuges bereits dem Grundsatz nach geeignet ist, die Kaufentscheidung des Verbrauchers in einer den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs widersprechenden Weise zu beeinflussen“ (Ackermann 1997: 122), wird dies jetzt aus einem anderen Blickwinkel gesehen, nämlich: „Ist die Richtigkeit der Angaben nicht in Zweifel zu ziehen, können sie nicht ohne weiteres als unsachliche, wettbewerbswidrige Beeinflussung des Käuferpublikums gewertet werden“ (Ackermann 1997: 122).

„Dieser differenzierten Betrachtung kann nur zugestimmt werden: Investiert ein Unternehmen Zeit, Geld, Energie in erheblichem Ausmaß mit dem Ziel, seine Produkte, seine Produktionsverfahren umweltfreundlicher/umweltgerechter zu gestalten oder engagiert sich ein Unternehmen durch Sponsoring von Umweltprojekten, darf es ihm im Rahmen seiner Kommunikationsgrundrechte nicht verwehrt sein, in sachlicher Weise darauf auch in der Werbung hinzuweisen. Wollte man ihm dies versagen, wäre der Umwelt, die zu Recht als hohes Gut gesehen wird, ein Bärendienst geleistet, da positiv zu erachtende Investitionen und Innovationen mit hoher Wahrscheinlichkeit unterblieben. Der Impetus für den ‚ordentlichen Kaufmann‘, der Maßstab des Leistungswettbewerbs ist, wäre – dürfte er über seine guten Taten nicht reden – weitgehend beseitigt. Umweltwerbung ist, wenn sie auf wahren Gegebenheiten beruht, im Kern positiv zu beurteilen. Es müssen daher über die reine Information über Anstrengungen/Bemühungen/Erfolge zur Erzielung höherer Umweltgerechtigkeit hinaus zusätzliche Elemente hinzukommen, um Wettbewerbswidrigkeit zu begründen, sei es ein übermäßiger sugges-

tiver Appell, der eine hohe psychologische Anlockwirkung begründet, sei es, dass zusätzliche Kriterien hinzukommen, die auch bei anderen Formen der Werbung deren Unzulässigkeit begründen (Belästigung, Täuschung etc.)“ (Ackermann 1997: 122f.).

Auch im europäischen Umweltrecht, in der Einheitlichen Europäischen Akte sowie im EG-Vertrag hat das Konzept der Nachhaltigkeit Eingang gefunden, ja das Fünfte Aktionsprogramm der EG (ABI C 138 vom 17.5.1993) steht unter dem Titel: „Dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung“. Dies hat auch seinen Niederschlag in zahlreichen Richtlinien und in Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gefunden. In seinem Urteil vom 17.9.2002, Rechtssache C-513/99 Concordia Bus Finland OY AB und im Urteil des EuGH vom 4.12.2003, EVN AG, Rechtssache C-448/01, Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich hat das Gericht entschieden, „dass ökologisch orientierte Zuschlagskriterien zulässiger Bestandteil des Vergabeverfahrens und insbesondere für einen Zuschlag sind ... Vier Bedingungen müssen erfüllt sein:

- (1) Zuschlagskriterien müssen einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand aufweisen;
- (2) die Zuschlagskriterien müssen spezifisch und objektiv qualifizierbar sein;
- (3) Zuschlagskriterien müssen vorab bekannt gemacht worden sein;
- (4) die Zuschlagskriterien müssen das Gemeinschaftsrecht beachten“ (Lansky/Pestal 2005: 40f.).

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellrecht (GWB)

Während das UWG die Wettbewerber_innen vor Übervorteilungen schützen soll, hat das GWB die Aufgabe, die Freiheit des Wettbewerbs gegen Beschränkungen zu bewahren. Das GWB ist aus der Wertmaxime des Grundgesetzes hergeleitet, das die Garantie der Entfaltung der freien menschlichen Persönlichkeit zur Grundlage hat.¹ Heute müsste es auch auf das Ziel der nachhaltigen Entwicklung bezogen sein; also müsste nicht nur

1 Art. 1,2 GG.

der „freie“ Wettbewerb, sondern der „freie und nachhaltige“ Wettbewerb gegen Beschränkungen geschützt werden.

Beide Gesetze, also das UWG sowie das GWB sind Privatrecht. Dennoch gilt das Privatrecht nicht absolut, sondern ist verortet in den Grundrechten als objektive Werteordnung. „Keine Norm des Privatrechtes darf im Widerspruch zur Grundrechtsordnung stehen, sie muss stets in ihrem Sinne ausgelegt werden“ (BVerf. GE 42, 143, 148 „Deutschlandmagazin“).² Dementsprechend müsste sowohl im UWG wie auch im GWB das Nachhaltigkeitsziel aufgenommen werden, um die Externalisierung sozialer, ökologischer und kultureller Kosten zu verhindern.

Fazit: Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerber_innen als auch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vermag zwischen den Wettbewerber_innen für Schutz der unmittelbar Beteiligten zu sorgen. In gewisser Weise kann damit auch dem Schutzbedürfnis der Verbraucher_innen entsprochen werden. Beide Gesetze sollen sicherstellen, dass der im GG garantierten freien Entfaltung der Persönlichkeit/der Wettbewerber_innen in einer Marktwirtschaft ein hinreichender Bedingungsrahmen gegeben wird, damit dem Gemeinwohl auf bestmögliche Weise aufgeholfen wird. Mit der Rückbindung des Wettbewerbsrechts an das GG oder wie es in der Generalklausel von 1909 heißt „an die guten Sitten“ sowie an das Verfassungs- und EG-Recht ist klargestellt, dass das Wettbewerbsrecht keinen Selbstzweck darstellt, sondern Instrument zur bestmöglichen Realisierung von „Bio-Überlebenssicherheit für Mensch und Mitwelt“ in einer Marktwirtschaft sein soll (Hoffmann 1997: 291). Karl Homann

und Michael Ungethüm kommen zu dem gleichen Ergebnis, wenn sie schreiben: „Der Wettbewerb hat also einen instrumentellen Wert, nicht einen originären. Diese Funktion kann der Wettbewerb nur erfüllen, wenn er Regeln unterworfen wird, die ... für alle Wettbewerber gleichermaßen gelten und über deren Einhaltung ... das Kartellamt wacht. Damit hängt die sittliche Qualität des Wettbewerbs an der Rahmenordnung, die die wettbewerblichen, das heißt vom Eigeninteresse dominierten Handlungen so kanalisiert, dass der ‚Wohlstand für alle‘ herauskommt“ (Homann/Ungethüm 2007).

Genau an der Stelle kann die ethische Frage gestellt werden: Sind die Rahmenbedingungen des Wettbewerbsrechts so gestaltet, dass „Bio-Überlebenssicherheit für Mensch und Mitwelt“³ in der Marktwirtschaft global geschützt wird, damit Menschwerdung in Gemeinschaft im Mitsein mit der Schöpfung weltweit gelingt? Bisher ist das nicht der Fall, da das Nachhaltigkeitsziel noch nicht als unabdingbare Voraussetzung des UWG und GWB gilt, freier nachhaltiger Wettbewerb nicht hinreichend geschützt wird, folglich soziale, ökologische und kulturelle Kosten auf die Allgemeinheit abgewälzt werden können und werden.

Überblick über das Wettbewerbsrecht in EG-Mitgliedstaaten

In der Tabelle auf Seite 93 wird in einem sehr kurzen Überblick das Wettbewerbsrecht in EG-Mitgliedstaaten und der Richtlinie vom 10.9.84 über irreführende Werbung verglichen.

2 Vgl. Ackermann 1997: 129.

3 Der Begriff „Bio-Überlebenssicherheit“ wurde im Rahmen der Entwicklung des Frankfurt-Hohenheimer Leitfadens geprägt. Es ging dabei besonders um die Frage, was mit der Bewertungsdimension „Kulturverträglichkeit“ gemeint ist? „Mit ‚Kulturverträglichkeit‘ als Kriterium versuchen wir daher Entwicklungen, wie sie in neuen sozialen Bewegungen zum Ausdruck kommen, wie etwa in der Friedensbewegung, der Ökobewegung, der Frauenbewegung etc., zu verstärken, um einem bio-kulturellen Grundmuster für eine gesamtgesellschaftliche Deutung und der täglichen Lebensgestaltung zum Durchbruch zu verhelfen. Wir hoffen, dass durch das kulturelle Ordnungswissen, das in der primäsozialen und sekundäsozialen Mechanismen in Erscheinung tritt, im Sinne von Bio-Überlebenssicherheit des Menschen und seiner Mitwelt verändert, gebündelt und aufeinander bezogen werden kann“ (vgl. Hoffmann 1997: 273f.) oder: „Im Grunde sind die Kriterien, die wir im Leitfaden entwickelt haben, und die die Dimensionen Natur-, Sozial- und Kulturverträglichkeit umfassen, ein Instrument, in den diversen Handlungs- und Entscheidungskontexten eine Hilfe zu bieten, konkret das universale Ziel der Bio-Überlebenssicherheit für Mensch und Mitwelt anzustreben und – so gut es geht – zu realisieren“ (vgl. Hoffmann 1997: 292). Im Grunde ist mit Bio-Überlebenssicherheit für Mensch und Mitwelt das gemeint, was wir heute unter umfassender Nachhaltigkeit verstehen. Es ist also durchaus legitim, den Begriff „Nachhaltigkeit“ einzusetzen, wenn damit dieses universale Ziel gemeint ist.

Die Durchsicht zeigt: Das Wettbewerbsrecht schwebt nicht im luftleeren Raum, sondern steht im Kontext von Rahmenbedingungen der Marktwirtschaft. In diesen Rahmenbedingungen wird der Verbraucherschutz berücksichtigt, wenngleich auch hier gefragt werden muss, ob dieser hinreichend gegeben ist und er faktisch nicht selten durch die Verbreitung von „Unwissenheitskampagnen“ (Procter 2008; Procter/Schiebinger 2008) systematisch ausgehöhlt wird. Auf jeden Fall aber mangelt es an einer gesetzlichen Regelung des Umweltschutzes im UWG und GWB. Dies entsprechend gesetzlich zu verankern, dürfte eigentlich kein Problem darstellen, zumal dies bei Gerichtsurteilen auf nationaler Ebene als auch bei Entscheidungen des EuGH Beachtung findet. In der EG-Richtlinie sind die „Interessen der Allgemeinheit“ explizit genannt. Wie die Rechtsprechung des EuGH in den angeführten Beispielen deutlich macht, sind dabei Umweltschutzziele

klar anerkannt. Belgien hat im Gesetz über die Handelspraktiken im Art. 23f. ausdrücklich die Berücksichtigung der Auswirkungen auf die Umwelt aufgenommen und Dänemark nennt wie die EG-Richtlinie „die allgemeinen gesellschaftlichen Interessen“ als Kriterium und die Niederlande wie auch Belgien verlangen die Umkehrung der Beweislast und das bedeutet: Jeder/jede Wettbewerber_in muss die Richtigkeit seiner/ihrer Werbeaussagen bzw. Reklame beweisen. In Deutschland ist in dem Verweis auf das GG und die richterliche Entscheidungspraxis eine Entwicklung zu sehen, die eine Anpassung des UWG und GWB an die Gerichtsentscheidungen nahelegen. Eine entsprechende Novellierung scheint überfällig zu sein. Hier wäre auch die im GG verankerte Sozialpflichtigkeit des Eigentums (GG Art.14, 2) ein Kriterium, das im Wettbewerbsrecht und im Kartellrecht berücksichtigt werden müsste.⁴

⁴ Vgl. auch die Soziallehre der Päpste: „Das Recht auf Privateigentum ist dem gemeinsamen Recht auf Nutznießung untergeordnet, als untergeordnet der Bestimmung der Güter für alle.“, Johannes Paul II., Enzyklika Laborem exercens, 14: AAS 73 (1981) 613.

Land	Gesetz	Ziel
Schweden	1971 „Gesetz geändert am 1.1.96 gegen ungebührlichen Marktvertrieb“	Verbraucherschutz; 1. korrekte Angaben; 2. Grundsatz der sozialen Verantwortung, z. B. bei Werbung für Kinder; 3. gegen irreführende Werbung
Finnland	Gesetz über unlauteres Verhalten im Geschäftsverkehr vom 22.12.78 (UVG); Verbraucherschutzgesetz (VSG) vom 20.1.78	
Großbritannien	Kein Gesetz, aber Fallrecht, keine Generalklausel „To draw a line between fair and unfair, between what is reasonable and unreasonable passes the power of the courts“	Schutz der Verbraucher; Schutz der Öffentlichkeit; Selbstkontrolle ohne die Selbstregulierung aufzugeben. Übernahme der EG-Richtlinie, vgl. High Court of Justice vom 17.11.88
Irland ist zu GB analog	Kein kodifiziertes Recht, sondern private Selbstkontrolle	„
Dänemark	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb, sowohl bürgerlich-rechtliches als auch öffentlich-rechtliches Gesetz mit Sanktionen, Verboten und Schadenersatzregelung	Schaffung eines – gesunden Marktes – Verbraucherschutz – allgemeine gesellschaftliche Interessen
Niederlande	Im Bürgerlichen Gesetzbuch seit 1980 Art. 1416a bis 1416c	Gegen irrtumserregende Reklame; Beweislastumkehr: Die/der Werbetreibende muss die Richtigkeit und Vollständigkeit beweisen; orientiert an fachlich spezifizierten Abnehmer_innen
Belgien	1.2.93 Gesetz über Handelspraktiken, die Information und den Schutz des/der Verbraucher_in	Verbraucherschutz; Katalog der Verbote von Formen irreführender Werbung; Möglichkeit der Beweislastumkehr; ausdrückliche Aufnahme der „Auswirkungen“ auf die Umwelt in Art. 23f.
Luxemburg	Gesetz vom 27.11.86	Verbraucherschutz
Frankreich	Generalklausel Art. 1382 i.V.m. Art. 1383 des Code Civil; unlauterer Wettbewerb; verbotener Wettbewerb	Prinzip der Gewerbefreiheit – Herabsetzung des/der Mitbewerber_in – Störung des Konkurrenzunternehmens – Behinderung des Marktes – der/die durchschnittliche Verbraucher_in als Maßstab
Italien	EG-Richtlinie über irreführende Werbung am 14.2.1992 umgesetzt. Selbstkontrolle im „Codice di autodisciplina pubblicitaria“	– rein individualrechtlich ausgerichtet – nur auf Mitbewerber_innen ausgerichtet ← auf beteiligte Werbetreibende ← Verbraucherschutz ← Werbung ist Information der Öffentlichkeit ← der/die weniger kritisch gerüstete Adressat_in ist Kriterium
Spanien	Gesetz 34/1988 Art. 8 Abs. 3 Verbraucher- und Benutzerschutzgesetz 19.7.1984 Gesetz über unlauteren Wettbewerb vom 10.1.91	Leitbild der/die Durchschnittskonsument_in
Portugal	NCP = Novo Codico da publicidade vom 23.10.90	Art. 6 NCP schreibt vor, jegliche Werbung hat sich an Prinzipien der Zulässigkeit, Erkennbarkeit, Wahrhaftigkeit und des Respekts für die Rechte der Verbraucher_innen zu orientieren.
Griechenland	Grundlage ist das deutsche Wettbewerbsgesetz von 1914. Eigenständige Regelung durch Verordnung vom 9.11.1990. Im Gesetz vom 3.9.91 ist der Verbraucherschutz geregelt.	Verbraucherschutz
Österreich	öUWG entspricht weitgehend dem Deutschen Wettbewerbsrecht	Verbraucherschutz
EWG	Europäische Gemeinschaft: Gemäß Art. 189 EGV hat das Gemeinschaftsrecht Vorrang vor nationalem Recht. Richtlinie vom 10.9.84 über irreführende Werbung	Verbraucherschutz; Ferner: Schutz der Personen, die einen Handel oder ein Gewerbe betreiben oder ein Handwerk oder einen freien Beruf ausüben, sowie der Interessen der Allgemeinheit gegen irreführende Werbung und deren unlautere Auswirkungen.

Artikel 14 Absatz 2 des Grundgesetzes fordert den Gesetzgeber auf, das Recht am Privateigentum so zu regeln, dass sein Gebrauch zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dient. Die Abwälzung privater Kosten auf Umwelt und Gesellschaft ist heute mit dem Allgemeinwohl nicht mehr zu vereinbaren, denn sie bewirkt Substanzerzehr an den Gemeingütern (sie schädigt das Klima, die Gesundheit, die Ökosysteme, zehrt die Produktionsgrundlagen auf, gefährdet die Versorgungssicherheit, den Zusammenhalt der Gesellschaft, das Zusammenwirken der Nationen). Substanzerhalt auch der Gemeingüter muss aber oberstes Gebot für die Wirtschaft sein. Deshalb muss die Ordnung der Märkte dafür fit werden; bisher ist sie eine Aufforderung an alle, sich an den Gemeingütern zu bereichern.

Wir appellieren an die Bundesregierung und den Bundestag, den Auftrag des Artikels 14.2 zu erfüllen. Nachhaltige Entwicklung erfordert, dass natur- und sozialschädliche Abwälzung privater Kosten auf die Allgemeinheit verhindert wird. Dieser Grundsatz muss auch für das Kapitaleigentum gelten. Er muss die Privilegierung des Eigentums in § 903 BGB begrenzen. Externalisierung muss im UWG zum unlauteren Wettbewerb gezählt werden. Befristete Vereinbarungen zwischen Unternehmen zur Internalisierung von Kosten müssen vom GWB erlaubt werden. Der Unternehmensvorstand muss im AktG auch auf den Beitrag des Unternehmens zur nachhaltigen Entwicklung verpflichtet werden. Sparer_innen und Investor_innen muss u. a. durch ein Nachhaltigkeitsrating der Industrie- und Bankunternehmen ermöglicht werden, Geld verantwortlich anzulegen. All das sind dringend notwendige Signale des Gesetzgebers, dass die Wirtschaftsordnung künftig am Nachhaltigkeitsziel orientiert wird.

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Brunhilde 1997: Wettbewerbsrecht. Unter Berücksichtigung europarechtlicher Bezüge, Berlin/Heidelberg, 1.
- Hennemann, Gerhard 2008: Im Namen des Wettbewerbs, in: Süddeutsche Zeitung, 14.1.2008, Nr. 11, S. 17.
- Hoffmann, Johannes 1997: Zur Bedeutung der Kulturverträglichkeit; in: Hoffmann, Johannes; Ott, Konrad; Scherhorn, Gerhard (Hrsg.): Ethische Kriterien für die Bewertungen von Unternehmen. Frankfurt-Hohenheimer Leitfaden, Frankfurt, S. 263-291.
- Homann, Karl; Ungethüm, Michael 2007: Ethik des Wettbewerbs, in: FAZ, 23.6.2007, Nr.143, S. 11.
- Lansky, Gabriel; Pestal, Caroline 2005: Rechtliche Anforderungen aus dem Postulat der „nachhaltigen Entwicklung“ an öffentliche Auftraggeber der Infrastruktur, in: Internationale Fachtagung 2005. Betondecken aus volkswirtschaftlicher Sicht, S. 39-43.
- Proctor, Robert N. 2008: Unwissen ist Macht. Deutsche Killermaschinen sind für den Tod von Millionen von Rauchern verantwortlich, in: Süddeutsche Zeitung, 2.1.2008, Nr. 1, S. 11.
- Proctor, Robert N.; Schiebinger, Londa: Agnotology 2008: The Making and Unmaking of Ignorance, Stanford.
- Rittner, Fritz; Kulka, Michael 2008: Wettbewerbs- und Kartellrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Rechts, Heidelberg/München Landsberg, Berlin, 46.

Die Autoren

Prof. em. Dr. Johannes Hoffmann

ist Geschäftsführer der Forschungsgruppe Ethisch-Ökologisches Rating an der Frankfurter Universität, wo er bis zu seiner Emeritierung 2002 Moralthologie, Sozialethik und Wirtschaftsethik am Fachbereich Katholische Theologie gelehrt hat.

Dr. Gerhard Hofmann

ist Inhaber und Geschäftsführer der Agentur Zukunft und leitet für die Forschungsgruppe Ethisch-Ökologisches Rating den Arbeitskreis Politik.

Prof. Dr. Jens Lowitzsch

ist Inhaber der Kelso-Stiftungsprofessur und lehrt Rechtsvergleichung, Osteuropäisches Wirtschaftsrecht und Europäische Rechtspolitik an der Europa-Universität Viadrina.

Dr. Christian Pitschas, LL.M.

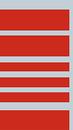
ist deutscher Rechtsanwalt mit Sitz in Genf, Spezialist für das Recht der WTO und Dozent am Europa-Institut der Universität des Saarlands in Saarbrücken sowie der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern.

Denis Suarsana

ist Doktorand und akademischer Mitarbeiter an der Kelso-Stiftungsprofessur für Rechtsvergleichung, Osteuropäisches Wirtschaftsrecht und Europäische Rechtspolitik der Europa-Universität Viadrina.

Prof. em. Dr. Herwig Roggemann

bis zu seiner Emeritierung Professor am Osteuropa-Institut und am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, leitet seit 2000 das Interuniversitäre Zentrum für deutsches, kroatisches, europäisches Recht und Rechtsvergleichung Split/Berlin.



Neuere Veröffentlichungen der Abteilung Wirtschafts- und Sozialpolitik

Wirtschaftspolitik

Das soziale Europa in der Krise

WISO direkt

Außenwirtschaft

**Brauchen Investitionen im TTIP Schutz?
Überlegungen zum Investitionsschutz im
Transatlantischen Freihandelsabkommen**

WISO direkt

Außenwirtschaft

Europäische Krise, Krisenpolitik und Solidarität

WISO direkt

Außenwirtschaft

TTIP oder Transatlantische Währungs Kooperation?

WISO direkt

Nachhaltige Strukturpolitik

Wettbewerb der Ideen in den Regionen

WISO Diskurs

Steuerpolitik

**Steuer- und Transferpolitik auf dem
Weg in die Sackgasse – eine Analyse der
Umverteilungswirkung**

WISO Diskurs

Arbeitskreis Mittelstand

**Modernisierungsoptionen für die
handwerkliche Selbstverwaltung**

WISO direkt

Gesprächskreis Verbraucherpolitik

**Verbraucherpolitik – nur Reparaturbetrieb oder
Motor für gesellschaftspolitischen Fortschritt?**

WISO direkt

Arbeitskreis Innovative Verkehrspolitik

**Kommunikationsstrategien zur Beeinflussung
von Gesetzesinitiativen**

Am Beispiel des Luftverkehrssteuergesetzes

WISO Diskurs

Gesprächskreis Sozialpolitik

**All-inclusive-Pflege aus Polen in der Schattenzone:
Ergebnisse von Interviews mit polnischen
Pflegekräften, die in deutschen Privathaushalten
beschäftigt sind**

WISO direkt

Gesprächskreis Sozialpolitik

**Soziale Sicherung unter dem Brennglas
Altersarmut und Alterssicherung bei
Beschäftigten im deutschen Sozialsektor**

WISO Diskurs

Gesprächskreis Arbeit und Qualifizierung

**Zukunftsaufgabe Weiterbildung
Stand der Debatte und internationale
Anknüpfungspunkte zur Entwicklung
einer Arbeitsversicherung**

WISO Diskurs

Arbeitskreis Arbeit-Betrieb-Politik

Humanisierung der Arbeit braucht Forschung

WISO direkt

Arbeitskreis Dienstleistungen

**Gesellschaftlich notwendige Dienstleistungen –
gestalten und finanzieren**

WISO Diskurs

Gesprächskreis Migration und Integration

**Den demografischen Wandel durch Migration
gestalten – Möglichkeiten, Grenzen, Zukunftsperspektiven**

WISO direkt

Volltexte dieser Veröffentlichungen finden Sie bei uns im Internet unter

www.fes.de/wiso

