

Wang Jianbin und Ni Jun

# Dolmetschen im Rechtsbereich Teil 2





Wang Jianbin / Ni Jun  
Dolmetschen im Rechtsbereich, Teil &

This work is licensed under the [Creative Commons](#) License 2.0 “by-nd”, allowing you to download, distribute and print the document in a few copies for private or educational use, given that the document stays unchanged and the creator is mentioned. You are not allowed to sell copies of the free version.



Series interKULTUR, European-Chinese Intercultural Studies,  
Volume IX (2009)  
published in the “Universitätsdrucke”, Universitätsverlag Göttingen

---

Wang Jianbin/ Ni Jun

Dolmetschen im  
Rechtsbereich

Teil 2

Series  
interKULTUR,  
European–Chinese  
Intercultural Studies  
Volume IX (2009)



Universitätsverlag Göttingen  
2009

## Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Die Namensgebung in der Serie interKULTUR folgt bei chinesischen Namen der chinesischen Konvention *Nachname Vorname*.

### *Board of Editors*

Prof. Dr. Hiltraud Casper-Hehne, Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Kong Deming, Nanjing University

Prof. Dr. Wang Jianbin, Beijing Foreign Studies University

Dr. Ella Chmielewska, University of Edinburgh

Bao Shiyue, Anhui University

Dr. Army Schweiger, Georg-August-Universität Göttingen

Corinna Albrecht M.A., Georg-August-Universität Göttingen



<http://interkultur-asialink.de/>

Das Projekt interKULTUR wird am Deutsch-Chinesischen Institut für Interkulturelle Germanistik und Kulturvergleich an der Georg-August-Universität Göttingen koordiniert und in Zusammenarbeit mit den Partnerhochschulen Nanjing University, Beijing Foreign Studies University, Anhui University und der University of Edinburgh, durchgeführt. Das Projekt wurde von der Europäischen Union im Rahmen des Asia-Link Programms sowie durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung gefördert.

This work is protected by German Intellectual Property Right Law.

It is also available as an Open Access version through the publisher's homepage and the Online Catalogue of the State and University Library of Goettingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>). Users of the free online version are invited to read, download and distribute it. Users may also print a small number for educational or private use. However they may not sell print versions of the online book.

Satz und Layout: Wang Jianbin, Ni Jun, Alice von Berg

Umschlaggestaltung: Margo Bargheer

Titelabbildung unter Verwendung einer wordle-Grafik ([www.wordle.net](http://www.wordle.net))

© 2009 Universitätsverlag Göttingen

<http://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-940344-9' !-

# Inhaltverzeichnis

<b>Lektion 9 IPR: Schutz des Geistigen Eigentums .....</b>	<b>11</b>
1 Text 1 zum Dolmetschen: Ansprache des Parlamentarischen Staatssekretärs Hartmut Schauerte vom BMWi anlässlich der Eröffnung des Zweiten Internationalen Forums zum Schutz geistiger Eigentumsrechte am internationalen Tag des Schutzes Geistigen Eigentums, Peking, 26. April 2006 .....	11
2 Text 2 zum Dolmetschen: Die Bedeutung des Urheber- und Verlagsrechts für die Verlage in Deutschland (M. von Königsmarck) .....	15
2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen für Verlage und Grundlagen der Presse- und Informationsfreiheit.....	15
2.2 Das Recht des Urhebers (Der Urheber und sein Werk, die Rechte des Urhebers, die Schranken des Urheberrechts) .....	19
2.3 Der Verlag und sein Autor (Grundlagen des Verlagsrechts und der Verlagsvertrag).....	22
2.4 Weitere Regelungen und Gesetze .....	23
3 Vokabeln.....	38
<b>Lektion 10 Kartellrecht.....</b>	<b>39</b>
1 Einführender Text: Gesetz der Volksrepublik China gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Entwurf).....	39
1.1 Abschnitt 1 Grundlegende Bestimmungen.....	39
1.2 Abschnitt 2 Verbot monopolistischer Abkommen.....	40
1.3 Abschnitt 3 Verbot des Mißbrauchs der marktbeherrschenden Stellung .....	42
1.4 Abschnitt 4 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen .....	44
1.5 Abschnitt 5 Verbot von Verwaltungsmonopolen .....	46
1.6 Abschnitt 6 Einschlägige Stellen der Wettbewerbsaufsicht .....	47
1.7 Abschnitt 7 Rechtliche Verantwortung .....	49
1.8 Abschnitt 8 Zusätzliche Bestimmungen.....	52
2 Text 1 zum Dolmetschen: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) , Entstehungsgeschichte und Entwicklungsperspektiven .....	52
(Dr.Dieter Wolf, Präsident des Bundeskartellamtes a.D.).....	52
3 译文: 《反限制竞争法》产生历史与发展前景 (迪特尔·沃尔夫博士, 联邦反卡特尔局前局长) .....	60
4 Vokabeln.....	67
5 Text 2 zum Dolmetschen: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Rolle des Bundeskartellamtes in Deutschland .....	68
(Dr. Dieter Wolf, Präsident des Bundeskartellamtes a.D.) .....	68
6 译文: 《反限制竞争法》及联邦反卡特尔局在德国的地位 .....	79
(迪特尔·沃尔夫博士, 联邦反卡特尔前局长) .....	79
7 Vokabeln.....	88

<b>Lektion 11 Arbeitsgerichtsbarkeit .....</b>	<b>89</b>
1 Text 1 zum Dolmetschen: Grundstrukturen des deutschen Arbeitsrechts und .....	
seine Perspektiven unter dem Einfluss der Globalisierung .....	
(Prof. Dr. Wolfgang Däubler, 13 Mai 2005, Peking).....	89
1.1 Die Ausgangssituation.....	89
1.2 Die staatliche Intervention.....	90
1.3 Die erlaubte Selbsthilfe in Form der kollektiven Interessenvertretung .....	92
1.4 Durchsetzung des Arbeitsrechts .....	97
1.5 Globalisierung der Wirtschaft und Arbeitsrecht.....	98
2 译文: 劳动法的基本结构及其在全球化影响下的发展前景.....	
(沃尔夫冈·多伊普勒, 2005年5月13日, 北京) .....	101
2.1 起初的状况.....	101
2.2 国家干预 .....	102
2.3 集体利益代表为形式的合法自救 .....	104
2.4 劳动法的实施 .....	108
2.5 经济全球化和劳动法.....	109
3 Vokabeln .....	112
4 Text 2 zum Dolmetschen: Regelung von Konflikten zwischen den Tarifparteien	
vor den Arbeitsgerichten in Deutschland, Rechtsgegenstände, Verfahrens- und	
Prozessordnung (aus: Konflikte in kollektiven Angelegenheiten von Dr. Oda	
Hinrichs, Richterin am Arbeitsgericht in Berlin, auf der Chinesisch-deutsche	
Konferenz über Arbeitsrecht, 13.-14. Oktober 2005,Peking).....	112
4.1 Einzelne Rechtsgegenstände.....	113
4.2 Grundsätze des arbeitsgerichtlichen Verfahrens in Rechtsstreitigkeiten	
zwischen Tarifparteien.....	116
5 译文: 德国劳动法院对劳资协议双方之间冲突的处理, 权利客体, .....	
诉讼程序法以及诉讼法 (选自: 《集体事务中出现的冲突》, .....	
柏林劳动法院女法官欧达·欣里希斯博士) .....	118
5.1 单个的权利客体.....	119
5.2 在处理劳资协议双方之间法律争议时劳动法院程序的原则.....	121
6 Vokabeln .....	123
<b>Lektion 12 Umweltgesetzgebung.....</b>	<b>124</b>
1 Einführender Text: 中国环境保护的基本法律制度.....	
(全国人大常委会法制工作委员会经济法室, 2006年5月) .....	124
1 Text 1 zum Dolmetschen: Umweltrecht in Deutschland .....	
(Prof. Michael Kloepfer).....	130
1.1 Geschichtliche Entwicklung .....	131
1.2 Begriff des Umweltrechts.....	133
1.3 Rechtsquellen, Kodifizierung und Systematik.....	134
1.4 Grundprinzipien.....	135
1.5 Entwicklungsperspektiven .....	137



2	译文：环境法在德国（米歇尔·克洛普费尔） .....	138
2.1	历史发展.....	139
2.2	环境法的概念.....	141
2.3	法律渊源，制订法典和体系.....	141
2.4	基本原则.....	142
2.5	发展前景.....	143
3	Vokabeln.....	144
4	Text 2 zum Dolmetschen: Umweltschutz zwischen Ordnungsrecht und Anreizpolitik (Prof. Michael Kloepfer).....	146
4.1	Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht .....	147
4.2	Anreizbasiertes Umweltrecht und Verfassung.....	152
4.3	Ausblick und Schluss.....	155
5	译文：治安法和激励政策之间的环境保护（米歇尔·克洛普费尔） .....	155
5.1	环境法中的间接行为调整手段 .....	156
5.2	以激励为基础的环境法和宪法 .....	160
6	Vokabeln.....	162
<b>Lektion 13 Modernisierung des Strafvollzugs .....</b>		<b>163</b>
1	Einführender Text: 从强调重新社会化的角度认识现代刑罚的任务和方法（戴艳玲，司法部预防犯罪研究所副研究员，监狱学研究室副主任） .....	163
1.1	在现代社会，刑罚社会效益的最高境界是犯罪人重新社会化，为了达到这样的目的，刑罚须实现三项任务： .....	163
1.2	为了促进犯罪人重新社会化， .....	
	必须以有效的方法实现上述刑罚任务.....	164
2	Text 1 zum Dolmetschen: Entwicklung des modernen Strafvollzugs in Europa (Rüdiger Wulf, Expertengespräch „Modernisierung des Strafvollzugs“ .....	
	am 5. und 6. Juli 2005 in Beijing/China) .....	166
2.1	Grundlagen europäische Rechtskultur.....	166
2.2	Kriminalpolitische Entwicklungen.....	166
2.3	Die Gefangenen im Strafvollzug .....	167
2.4	Kräfte der Strafvollzugsreform.....	167
2.5	Grundfreiheiten und Menschenrechte der Gefangenen.....	168
2.6	Rechtsschutz der Gefangenen.....	168
2.7	Ziele und Aufgaben des Strafvollzuges.....	169
2.8	Öffnung des Vollzuges .....	169
2.9	Zusammenarbeit im Innern und nach außen.....	170
2.10	Leitbild des modernen Strafvollzuges.....	171
3	译文：欧洲现代刑罚执行的发展（鲁迪格尔·武尔夫） .....	172
3.1	欧洲法律文化的基础 .....	172
3.2	刑事政策的发展 .....	173
3.3	被判监禁的囚犯 .....	173
3.4	要求刑事判罚改革的力量 .....	173
3.5	囚犯的基本自由与人权.....	174

3.6	囚犯的法律保护 .....	174
3.7	刑罚执行的目标与任务 .....	175
3.8	执行的开放性 .....	175
3.9	内部及对外合作 .....	176
3.10	现代刑罚执行的理想 .....	177
4	Vokabeln .....	178
5	Text 2 zum Dolmetschen: Der jugendliche Straftäter im Strafvollzug ( Rüdiger Wulf, Expertengespräch „Modernisierung des Strafvollzugs“, der Konrad-Adenauer-Stiftung am 5. und 6. Juli 2005 in Beijing/China) .....	179
5.1	Die Zielgruppe definieren .....	179
5.2	Gesetzliche Voraussetzungen beachten .....	180
5.3	Rechtsgrundlagen schaffen .....	180
5.4	Aufgabe und Ziel bestimmen .....	181
5.5	Jugendstrafvollzug gestalten .....	181
5.6	Im Jugendstrafvollzug differenzieren .....	182
5.7	Erziehung planen .....	183
5.8	Bildung/Training als Schwerpunkt setzen .....	183
5.9	Den Alltag im Vollzug gestalten .....	183
5.10	Tugenden und Werte bilden .....	183
5.11	Vollzug öffnen und Nachsorge anbieten .....	184
6	译文: 被执行刑罚的青少年刑事犯 (鲁迪格尔•武尔夫) .....	185
6.1	定义目标群体 .....	185
6.2	尊重法律前提 .....	185
6.3	创立法律基础 .....	186
6.4	确定任务与目标 .....	186
6.5	塑造青少年刑罚执行 .....	187
6.6	对青少年刑罚执行加以细分 .....	187
6.7	对教育进行规划 .....	188
6.8	重点是教育和培训 .....	188
6.9	设计监狱中的日常生活 .....	188
6.10	培养德性与价值观 .....	189
6.11	开放执行和关爱刑满释放人员 .....	189
7	Vokabeln .....	190
<b>Lektion 14 Gesetzesfolgenabschätzung .....</b>		<b>191</b>
1	Einführender Text: Moderner Staat, moderne Verwaltung - Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung (Prof. Dr. Carl Böhret, Dr. Götz Konzendorf unter Mitarbeit von Jürgen Intveen) .....	191
1.1	Einleitung: Warum Gesetzesfolgenabschätzung? .....	191
1.2	Gesetzesfolgenabschätzung: Grundlagen .....	192
1.3	Die drei Module der GFA .....	194
1.4	Hinweise für Anwender .....	211

2	译文：现代化国家，现代化管理——立法效果评估入门 (卡尔·伯雷特博士教授，格茨·康策多夫博士，同于尔根·英特芬合作)	213
2.1	引言：为什么要进行立法效果评估？	213
2.2	立法效果评估：基础知识	214
2.3	立法效果评估的三大模块	216
2.4	使用提示	229
3	Vokabeln	230
4	Text zum Dolmetschen: Bessere Gesetze durch Gesetzesfolgenabschätzung (Einführungsvortrag auf dem Seminar „deutsch-chinesischer Rechtsstaatsdialog“, 12. und 13. Mai 2005 in Beijing)	231
5	Vokabeln	238
<b>Lektion 15 Rechtsschutz für die Menschenrechte</b>		<b>239</b>
1	Einführender Text: 中国人权的法律保障（乔晓阳，全国人大常委会委员、 全国人大常委会副秘书长、全国人大法律委员会副主任委员，2005年10月28 日）	239
1.1	中国人权法律保障的回顾	239
1.2	中国人权法律保障的重点	241
1.3	中国人权法律保障的特色	244
2	译文：Rechtsschutz für die Menschenrechte in China (Qiao Xiaoyang, Mitglied und stellvertretender Generalsekretär des Ständigen Ausschusses und Stellvertretender Vorsitzender des Ausschusses für Rechtsfragen des Nationalen Volkskongresses)	246
2.1	Entwicklung des Rechtsschutzes für die Menschenrechte in China	247
2.2	Schwerpunkte des juristischen Schutzes für die Menschenrechte	249
2.3	Besonderheiten des juristischen Schutzes der Menschenrechte in China	254
3	Vokabeln	257
4	Text 1 zum Dolmetschen: Rolle und Bedeutung der Gerichte für den Schutz der Menschenrechte in Deutschland (Dr. Reinhard Gaier, Richter des Bundesverfassungsgerichts)	258
4.1	Menschenrechte als subjektive Rechte der Bürgerinnen und Bürger	258
4.2	Schutz der Menschenrechte durch das Bundesverfassungsgericht	259
4.3	Schutz der Menschenrechte durch die Fachgerichte	260
4.4	Schutz der Menschenrechte durch die Unabhängigkeit der Gerichte	262
4.5	Zusammenfassung	263
5	译文：德国法院在人权保护问题上的角色和重要意义（莱茵哈德·盖尔博 士，联邦宪法法院法官）	263
5.1	人权作为公民的主体权利	264
5.2	联邦宪法法院对人权的保护	264
5.3	专门法院对人权的保护	265
5.4	法院独立性对人权保障的意义	267
5.5	结语	268
6	Vokabeln	268

7	Text 2 zum Dolmetschen: 司法审判与人权保障（最高人民法院 张军）.....	269
7.1	尊重和维 护被告人合法权益，是刑事审判公正、合法的前提与保证 269	
7.2	重视民事调解，加强行政审判，把人权保障落实在结案过程中.....	270
7.3	完善法律援助和司法救助制度，保障弱势群体合法权益 .....	271
8	译文：Rechtsprechung und Schutz der Menschenrechte (Zhang Jun, Oberstes Volksgesicht).....	272
8.1	Respektierung und Wahrung der legitimen Rechte des Angeklagten sind Voraussetzung und Garantie für Gerechtigkeit im Strafverfahren.....	273
8.2	In Zivilprozessen muss größerer Wert auf die Schlichtung von ..... Streitigkeiten gelegt werden. Die Verfahren vor Verwaltungsgerichten müssen intensiviert werden, damit die Einhaltung der Menschenrechte ..... in der Rechtsprechung gewährleistet wird. ....	275
8.3	Vervollkommnung des Systems des Rechtsbehelfs und der Rechtshilfe, Schutz der Rechte des Schwachen.....	276
9	Vokabeln .....	278
<b>Lektion 16 Recht und Globalisierung .....</b>		<b>279</b>
1	Einführender Text: Konstitutionalismus und Globalisierung (Prof. Dr. Ernst Benda, vormaliger Präsident des Bundesverfassungsgerichts und früherer Bundesinnenminister).....	279
1	译文：宪政与全球化..... （德意志联邦共和国前联邦宪法法院院长恩斯特•本达教授） .....	288
2	Vokabeln.....	293
3	Text 1 zum Dolmetschen: Staatssouveränität in der Ära der Globalisierung ..... (Ernst Benda).....	294
4	译文：全球化时代的国家主权 ..... （德意志联邦共和国前联邦宪法法院院长恩斯特•本达教授） .....	302
5	Text 2 zum Dolmetschen: Neue Entwicklungen des Zivilrechts und seiner Rechtspraxis in Deutschland (Dr. Manfred Weiß, Bayerischer Staatsminister der Justiz) .....	308
6	译文：德国民法的新发展.....	317
7	Vokabeln.....	323
<b>Literatur .....</b>		<b>325</b>

# Lektion 9 IPR: Schutz des Geistigen Eigentums

## 1 Text 1 zum Dolmetschen: Ansprache des Parlamentarischen Staatssekretärs Hartmut Schauerte vom BMWi anlässlich der Eröffnung des Zweiten Internationalen Forums zum Schutz geistiger Eigentumsrechte am internationalen Tag des Schutzes Geistigen Eigentums, Peking, 26. April 2006

Verehrter (Mitglied des NVK, Mitglied der KPCh) N.N.,  
Verehrter Kollege Jiang,  
meine Damen und Herren,

es ist mir eine große Freude, an diesem Zweiten Forum der chinesischen Regierung zum Schutz geistiger Eigentumsrechte anlässlich des Internationalen Tages des Schutzes Geistigen Eigentums teilzunehmen und zu Ihnen zu sprechen.

Der Schutz des Geistigen Eigentums hat international eine 120-jährige Geschichte.

1884 trat die Pariser Konvention in Kraft, die erstmals Erfindungen, Marken und industrielles Design unter rechtlichen Schutz stellte.

Zwei Jahre später, 1886, folgte die Berner Konvention zum Schutz literarischer und künstlerischer Werke.

Die erste Behörde zur Umsetzung der damals bestehenden internationalen Schutzverträge - ganze vier an der Zahl - wurde 1898 gegründet.

Die 1973 gegründete Nachfolgeorganisation World Intellectual Property Organization (WIPO) überwacht heute 23 Vertragswerke und hat 183 Mitgliedsstaaten.

Die WIPO erinnert am heutigen Tag in aller Welt an die Bedeutung des Schutzes geistiger Eigentumsrechte - u.a. auch in Berlin bei einer Veranstaltung unter Leitung der Bundesministerin der Justiz, Brigitte Zypries.

Wir hier in Peking tun dies auch und leisten damit einen Beitrag zur aktuellen internationalen Debatte um das Konzept des Schutzes Geistigen Eigentums und die Auswirkungen mangelhaften Schutzes auf Wirtschaft und Gesellschaft.

In einer Welt, die zunehmend auf Wissen basiert, ist das Geistige Eigentum, das in neuen Produktideen, Technologien oder Designs umgesetzt wird, für Unternehmen ein entscheidender Faktor für wirtschaftlichen Erfolg.

Ohne einen angemessenen Schutz Geistiger Eigentumsrechte wird die Innovationsfähigkeit vieler Unternehmen gebremst.

Wir stellen bis heute immer wieder fest, dass ein zufrieden stellender Rechtsrahmen allein nicht ausreicht, um angemessenen Schutz zu gewährleisten:

Der internationale Handel mit gefälschten Markenprodukten hat in den letzten Jahren dramatische Ausmaße angenommen.

Nach Schätzungen führt Produkt- und Markenpiraterie weltweit pro Jahr zu einem volkswirtschaftlichen Schaden von rund 350 Mrd. Euro.

Allein in Deutschland kostet die Produkt- und Markenpiraterie jährlich rund 70.000 Arbeitsplätze und verursacht Schäden von rund 30 Mrd. Euro, so Schätzungen der OECD.

Wir alle wissen, wie intensiv und vertrauensvoll die bilateralen Beziehungen zwischen Deutschland und China seit Jahrzehnten sind, insbesondere im Wirtschaftsbereich.

Deutsche Unternehmen haben in den vergangenen Jahrzehnten wesentlich zur Technologisierung Chinas beigetragen.

Der bilaterale Handel zwischen Deutschland und China hat 2005 die Schwelle von 60 Mrd. Euro überschritten. 1972, bei Aufnahme diplomatischer Beziehungen handelten wir Waren in einem Wert von gerade einmal 0,45 Mrd. Euro!

China ist heute Deutschlands wichtigster Handelspartner in Asien-Pazifik und umgekehrt sind wir stolz, Chinas wichtigster Partner in Europa zu sein.

Deutschland ist auch weiterhin sehr am Ausbau und der weiteren Intensivierung unserer bilateralen Beziehungen interessiert.

Gerade deshalb sage ich ganz offen:

Die Verbesserung beim Schutz Geistigen Eigentums in China ist für die deutsche Wirtschaft immer noch eines der dringendsten Probleme in praktisch allen Branchen.

Es gibt überall auf der Welt „schwarze Schafe“, auch in Deutschland.

Und es gibt mehrere Ursprungsländer, aus denen gefälschte Artikel in Deutschland auftauchen.

Aber der Anteil der beschlagnahmten Waren aus CHN ist immer noch sehr hoch. Ca. 60 % der vom europäischen Zoll beschlagnahmten gefälschten Artikel stammen aus China.

Zahlreiche deutsche Unternehmen haben uns berichtet, dass sie teures Lehrgeld in China zahlen mussten, weil ihre Produkte kopiert wurden.

Es werden nicht nur Produkte von Unternehmen kopiert, die in China engagiert sind.

Sogar Firmen, die ausschließlich in Drittmärkten aktiv sind, haben ihre Produkte auf internationalen Messen an chinesischen Ständen wieder gefunden.

Dies schadet dem Ruf des Unternehmens.

Besonders kritisch sind auch Fälle von Fälschungen, die die öffentliche Sicherheit oder die Gesundheit gefährden, z.B. bei Medikamenten.

Meine Damen und Herren,

die Bundesregierung begrüßt außerordentlich, dass sich die chinesische Regierung dieses Themas in den vergangenen Jahren verstärkt annimmt.

Die chinesische Regierung hat insbesondere seit dem Beitritt zur Welthandelsorganisation zahlreiche Gesetze angepasst bzw. neu erlassen, z.B.

das Urheberrecht,

das Markengesetz,

das Patentgesetz und

die Zollbestimmungen.

Die Rechtslage in China entspricht heute weitestgehend internationalen Standards.

Hier hat die chinesische Regierung beachtliches geleistet!

Das erkennen wir ausdrücklich an.

Allerdings lässt die Rechtsdurchsetzung vor allem in ländlichen Regionen, immer noch sehr zu wünschen übrig.

Unser gemeinsames Ziel muss es deshalb sein, Lücken in der Umsetzung der Gesetze zur Bekämpfung der Produktpiraterie zu beseitigen.

Deutsche Unternehmen haben beim Schutz geistigen Eigentums bislang noch kein ungetrübtes Vertrauen in Qualität der chinesischen Verwaltung und der chinesischen Gerichte.

Wir hören immer wieder von Unternehmen, dass es bei Patentanmeldungen zu missbräuchlicher Verwendung vertraulicher Unterlagen kommt.

Mit dem Start eines Richterfortbildungsprogramms der Gesellschaft für technische Zusammenarbeit möchten wir einen aktiven Beitrag zur Verbesserung der Ausbildung leisten.

Das Programm wird in Zusammenarbeit der GTZ mit dem Nationalen Amt für die Verbesserung und Vereinheitlichung der marktwirtschaftlichen Ordnung (MORO) durchgeführt und aus Mitteln deutscher Entwicklungszusammenarbeit finanziert.

Wir beobachten auch sehr genau, dass erste Urteile zugunsten ausländischer Unternehmen in jüngster Zeit die Hoffnung wecken, dass sich die rechtliche Bewertung einzelner Fälle inzwischen objektiver erfolgt.

Auch das wachsende Interesse chinesischer Unternehmen selbst an effektivem Markenschutz lässt hoffen, dass sich die Situation bessert.

Wir begrüßen nachdrücklich die Anstrengungen der chinesischen Zentralregierung in der Arbeitsgruppe unter Leitung von Vizepremierministerin Wu Yi. Die Koordinierung der Maßnahmen erhöht sicherlich die Durchsetzungskraft auch gegenüber den lokalen Behörden.

Wir dürfen aber dennoch in unserer Forderung gegenüber der chinesischen Regierung nach weiterer Verbesserung des Schutzes geistiger Eigentumsrechte nicht nachlassen.

Gerade auch kleine und mittlere Unternehmen brauchen effektiven Schutz geistigen Eigentums; andernfalls wird der Standort China an Attraktivität verlieren.

Uns erscheinen insbesondere folgende Maßnahmen notwendig:

- stärkere Zollkontrollen
- Schaffen eines stärkeren Bewusstseins für die Gefahren von gefälschten Produkten.
- fortgesetzte Ausbildung von Richtern, Anwälten und Verwaltungsmitarbeiter.

Selbstverständlich muss auch das Unternehmen seinen Beitrag leisten:

Es muss seine Marke, sein Patent auch in China schützen lassen!

Dabei sollten in- und ausländische Unternehmen im Verfahren gleich behandelt werden.

Und die Vorlage vertraulicher Unterlagen bei Patentanmeldung sollte auf ein Minimum beschränkt werden, um Missbrauch möglichst zu vermeiden.

Wir appellieren an die chinesische Regierung, Verstöße gegen Geheimhaltungspflichten konsequent zu ahnden und zu bestrafen.

Es ist erfreulich, dass seit 1. März dieses Jahres eine neue Verordnung in Kraft getreten ist, die vorsieht, dass Messeveranstalter auf dem Messegelände behördliche Anlaufstellen vorsehen müssen, wo Verletzungen des Schutzes geistigen Eigentums angezeigt werden können.

Aussteller, die mehr als zweimal dort auffallen, sollen von der Teilnahme an weiteren Messen ausgeschlossen werden. Und Messerveranstaltern kann ggf. die Genehmigung zur Durchführung weiterer Messen entzogen werden.

Solche Maßnahmen können entscheidend zu einer breiteren Bewusstseinsbildung beitragen, vorausgesetzt, sie werden konsequent durchgesetzt.

Die Bundesregierung unterstützt in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich die Aktivitäten der EU-Kommission, z.B. den regelmäßigen Dialog mit der chinesischen Regierung über den Schutz des Geistigen Eigentums.

Auch den multilateralen Ansatz verfolgen wir konsequent. Deutschland bestärkt die EU-Kommission in ihren vielfältigen Maßnahmen zur Verbesserung des Schutzes Geistigen Eigentums weltweit, insbesondere auch in der WTO.

Bundeskanzlerin Merkel plant in der zweiten Maihälfte einen Besuch in China. Der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie Glos wird sie begleiten.



Bei dieser Gelegenheit werden wir erneut auch über Maßnahmen zur Verbesserung des Schutzes geistigen Eigentums sprechen und im Sinne partner-schaftlicher Zusammenarbeit weiter nach Lösungen suchen.

Ich ermutige die chinesische Regierung eindringlich, noch entschiedener gegen Produkt- und Markepiraterie vorzugehen.

Deutsche Unternehmen sind in großem Maße Opfer von Patentrechtsverletzungen und Markenfälschungen.

Ich erwähne das auch mit Blick auf einen weiteren Aspekt, den die Bundesregierung mit der chinesischen Regierung erörtert: Staatliche Stellen verlangen z. T. umfangreichen Technologietransfer.

Und zwar obwohl China sich im Rahmen der WTO verpflichtet hat, keine handelsbezogenen Investitionsmaßnahmen zu verlangen wie etwa z.B. Fertigungsvorbehalte/Local content und Technologietransfer.

Jedenfalls ist es entscheidend, Technologie, die nach China gebracht wird, auch effektiv zu schützen.

Die Anerkennung und der Schutz des Eigentums an Produktionsgütern und Geld hat China im Inneren und im Bereich der Auslandsinvestitionen den denkbar größten Fortschritt gebracht.

Eine ähnliche Erfolgsgeschichte wird die effektive Anerkennung und der Schutz des geistigen Eigentums, von Patenten und Marken sein.

Es liegt daher nicht nur im Interesse Deutschlands, sondern im zentralen Interesse Chinas, geistiges Eigentum zu schützen.

Ich wünsche dem zweiten Forum der chinesischen Regierung zum Schutz geistiger Eigentumsrechte guten Erfolg!

## **2 Text 2 zum Dolmetschen: Die Bedeutung des Urheber- und Verlagsrechts für die Verlage in Deutschland (M. von Königsmarck)**

### **2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen für Verlage und Grundlagen der Presse- und Informationsfreiheit**

Basis unseres Medien- und Verlagssystems ist Artikel 5 des Grundgesetzes. Er regelt das Recht auf freie Meinungsäußerung und Meinungsverbreitung, sowie die Informations- und Pressefreiheit.

#### **Art. 5 (Recht der freien Meinungsäußerung)**

(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rund-

funk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den rechtlichen Bestimmungen zum Schutz der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

Artikel 5 steht in der Tradition der liberalen Rechtstheorie:

**1. Abwehrrecht** gegenüber Einmischungen des Staates, das heißt: Personen und Unternehmen, die individuelle Meinungsäußerungen vervielfältigen und verbreiten, dürfen vom Staat nicht behindert werden (subjektives Abwehrrecht).

**2. Objektiv-rechtliche Sichtweise:**

- Staat muss in seiner gestaltenden Rechtspolitik die Pressefreiheit berücksichtigen und
- Garantie für frei zugängliche Quellen geben. Die Einrichtung „freie Presse“ muss geschützt werden und Bestand haben können.

Diese verfassungsrechtliche Grundlage wird in den verschiedenen Landespressesetzen ausgestaltet. Medien stehen in Deutschland unter Hoheit der Länder, das heißt: sie werden nicht vom Bund geregelt, sondern unterliegen wie beispielsweise auch die Bereiche Bildung und Kultur dem föderalen Prinzip. So soll die Vielfalt der Meinungen - der so genannte Meinungspluralismus - gesichert und Machtmissbrauch verhindert werden.

**Einige wichtige Bestimmungen der Landespressesetze:**

- Informationsrecht der Presse
- Zeugnisverweigerungsrecht und Beschlagnahmeverbot
- Sorgfaltspflicht der Presse (Wahrheit, Inhalt und Herkunft)
- Impressumspflicht
- Recht auf Gegendarstellung
- Kennzeichnungspflicht von Werbung

**Weitere presserechtliche Besonderheiten:**

**Tendenzschutz:**

Der Verleger darf die politische und publizistische Grundausrichtung bestimmen. Die Mitarbeiter haben hier nur ein eingeschränktes Mitbestimmungsrecht.

### **Fusionskontrolle:**

Zusammenschlüsse von Unternehmen aus dem Medienbereich unterstreichen strengen Regelungen und brauchen die Genehmigung des Bundeskartellamtes. So sollen Monopole verhindert und die Vielfalt gesichert werden. Die Medien sollen weiterhin ihre öffentliche Aufgabe erfüllen können.

Zur Zeit diskutieren wir in Deutschland über eine Lockerung des so genannten Presse-Kartellrechts, mit der Fusionen und Übernahmen erleichtert würden. Dagegen wehren sich die Länder, zahlreiche Politiker und vor allem auch die Journalisten. Sie sehen eine Gefahr für die Unabhängigkeit und die Meinungsfreiheit durch wirtschaftliche Monopole.

### **Selbstkontrolle:**

Da das Presserecht die Einmischung des Staates in die Arbeit der Medien ausschließt, haben sich die Verantwortlichen zur Selbstkontrolle entschieden und versuchen, über ihre Interessenverbände Fehlentwicklungen der eigenen Branche zu beobachten, zu rügen und gegebenenfalls auch zu ahnden. Wichtig hierbei:

- Deutscher Presserat (Verlegerverbände BDZV und VDZ sowie Journalistengewerkschaft DJV und Gesamtgewerkschaft ver.di)
- Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia
- Deutscher Werberat

### **Welche rechtlichen Regelungen sind sonst noch von Bedeutung für die Arbeit der Medien, insbesondere der Verlage?**

Neben den presserechtlichen Grundlagen bilden zahlreiche Gesetze, Regelungen und Verordnungen den Rahmen für die Arbeit der Verlage.

Dazu gehören unter anderem

- das Urheberrechtsgesetz
- das Verlagsgesetz
- das Markengesetz (Titelschutz)
- das Preisbindungsgesetz
- die Pflichtstückverordnung (Die Deutsche Bibliothek)

- das Recht der urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften
- die internationalen Abkommen und das Recht der Europäischen Union

## Das Urheberrecht

Gemeint ist damit zum einen die objektive Urheberrechts-Ordnung, also alle Gesetze, Verträge und Vereinbarungen, die dem Schutze des Urhebers dienen. Besondere Bedeutung hat dabei das Urheberrechtsgesetz von 1965: Gesetz über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte.

Zum anderen spricht man vom Urheberrecht im subjektiven Sinne, wenn man das Recht des Urhebers an sich betrachtet. Dem Urheber steht danach die ausschließliche Verfügungsgewalt über sein Werk zu. Er ist sowohl geschützt gegen die unerlaubte wirtschaftliche Auswertung seiner persönlich-geistigen Schöpfung als auch gegen jegliche Verletzung seiner ideellen Belange an seinem Werk.

Dieses Urheberrecht entsteht automatisch immer dann, wenn einer künstlerischen Idee -beispielsweise in Form einer Zeichnung, Skizze oder eines Textes - Ausdruck verliehen wird. Geschützt ist also nicht die Idee, sondern immer nur die besondere Ausdrucksform, das konkrete Werk. Um den Schutz geltend zu machen, ist es nicht notwendig, irgendwelche Formalitäten wie Anmeldung, Registrierung oder Hinterlegung von Werkexemplaren zu erfüllen.

Dieses Rechtsverständnis ist historisch betrachtet relativ jung: bis ins 18. Jahrhundert hinein galt der Gewerbeschutz-Gedanke. Geschützt war also der Verleger oder der Drucker und nicht der Schöpfer eines Werkes, also der Urheber. Dann begann man zunehmend zwischen dem Sacheigentum am Buch und dem geistigen Eigentum am Inhalt zu unterscheiden. Die so genannte „Lehre des geistigen Eigentums“ setzte sich durch und erste Autorenschutzgesetze traten in Kraft.

Betrachtet man die heutige deutsche Verfassung bilden die Artikel 1 (Schutz der Menschenwürde) und Artikel 2 (Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit) die Grundlage für einen Schutz der ideellen Interessen. Außerdem thematisiert der Artikel 14 (Gewährleistung des Eigentums) auch die materiellen Interessen von Urhebern. Durch dieses verfassungsrechtliche Verständnis des Urheberrechtes als Eigentum eines Urhebers, wird der wirtschaftliche Wert eines geschützten Werkes grundsätzlich dem Urheber zugeordnet und er allein ist frei, in eigener Verantwortung darüber zu verfügen.

## 2.2 Das Recht des Urhebers (Der Urheber und sein Werk, die Rechte des Urhebers, die Schranken des Urheberrechts)

### Der Urheber und sein Werk

#### § 1 UrhR

Die Urheber von Werken der Literatur, Wissenschaft und Kunst genießen für ihre Werke Schutz nach Maßgabe dieses Gesetzes.

#### Der Urheber:

- Der Urheber ist Schöpfer des Werkes.
- Urheber können folglich nur natürliche, nicht aber juristische Personen wie Institutionen oder Körperschaften sein.
- Besonderheiten: Miturheber und Urheber verbundener Werke.
- Das Urheberrecht ist nicht übertragbar, wird aber vererbt.

#### Das Werk:

#### § 2, Absatz 2 UrhR

Werke im Sinne dieses Gesetzes sind nur persönliche, geistige Schöpfungen.

Zu den geschützten Werken gehören insbesondere:

- Sprachwerke wie Schriftwerke, Reden und Computerprogramme
- Werke der Musik
- Pantomimische Werke einschließlich der Werke der Tanzkunst
- Werke der bildenden Künste, Werke der Baukunst und der angewandten Kunst sowie die Entwürfe solcher Werke
- Lichtbildwerke und Filmwerke
- Darstellungen wissenschaftlicher oder technischer Art wie Zeichnungen, Pläne, Karten, Skizzen, Tabellen und plastische Darstellungen
- Jede Bearbeitung eines Werkes - also beispielsweise Übersetzung, Vertonung, Verfilmung oder Dramatisierung - ist selbst wieder ein urheberrechtlich geschütztes Werk.

- Bearbeitungen dürfen nur mit Zustimmung des „Original-Urhebers“ vervielfältigt, verbreitet oder ausgestellt werden.
- Auch Sammelwerke sind urheberrechtlich geschützt.
- Keine Schutz genießen amtliche Werke wie Gesetze, Erlasse oder Verordnungen.

### **Die Rechte des Urhebers**

Der Urheber hat Urheberpersönlichkeitsrechte (ideelle Interessen am Werk) und Verwertungsrechte (materielle Interessen am Werk).

### **Urheberpersönlichkeitsrechte**

- Veröffentlichungsrecht
- Recht auf Anerkennung der Urheberschaft
- Schutz vor Entstellung des Werkes

## Verwertungsrechte

- Vervielfältigungsrecht
- Verbreitungsrecht
- Ausstellungsrecht
- sowie weitere wie beispielsweise Vortragsrecht, Senderecht oder Aufführungsrecht.

## Die Nutzungsrechte

Der Urheber kann Nutzungsrechte einräumen. Beispielsweise seinem Verlag oder auch seinem Arbeitgeber.

Unter bestimmten Umständen können diese vergebenen Nutzungsrechte zurückgefordert werden: Der Urheber hat ein Rückrufsrecht wegen Nichtausübung und ein Rückrufsrecht wegen gewandelter Überzeugung. Hierauf kann übrigens nicht im Voraus verzichtet werden, eine entsprechende Klausel im Verlagsvertrag wäre rechtswidrig.

## Die Dauer des Urheberrechts

Das Urheberrechtsgesetz nennt verschiedene Schutzfristen. In dieser Zeit genießt der Urheber oder auch sein Erbe den bereits erläuterten Schutz.

Die Regel: 70 Jahre nach dem Tod des Urhebers.

Nachgelassene Werke und wissenschaftliche, historisch-kritische Ausgaben: 25 Jahre nach Erscheinen.

Einfache Lichtbilder und Dokumente der Zeitgeschichte: 50 Jahre nach Erscheinen.

Auch darstellende Künstler (Sänger, Musiker, Tänzer oder Schauspieler) genießen einen Leistungsschutz: 50 Jahre nach ihrer Darbietung.

## Die Schranken des Urheberrechts

Diese Rechte des Urhebers können in einzelnen Fällen eingeschränkt werden. Das Urheberrechtsgesetz nennt unter anderem die folgenden Schranken:

- Einschränkungen zugunsten der Medien (Tagesaktualität)
- Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch
- Rechtspflege und öffentliche Sicherheit
- Sammlungen für den Kirchen-, Schul- und Unterrichtsgebrauch

- Zitate
- Werke an öffentlichen Plätzen

### 2.3 Der Verlag und sein Autor (Grundlagen des Verlagsrechts und der Verlagsvertrag)

Gesetzliche Grundlage ist das Gesetz über das Verlagsrecht von 1901.

Es regelt den Verlagsvertrag und somit die Rechte und Pflichten von Verlegern und Autoren.

#### § 1 VerlG

Inhalt des Verlagsvertrags

Durch den Verlagsvertrag über ein Werk der Literatur oder Tonkunst wird der Verfasser verpflichtet, dem Verleger das Werk zur Vervielfältigung und Verbreitung für eigene Rechnung zu überlassen, der Verleger ist verpflichtet, das Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten.

Prinzipiell gilt in Deutschland das Prinzip der Vertragsfreiheit. Verträge können also ohne bestimmte Formvorschrift frei von den jeweiligen Vertragspartnern ausgehandelt und gestaltet werden, sofern sie nicht gegen geltende Gesetze verstoßen oder sittenwidrige Bestimmungen enthalten.

Die Regelungen des Verlagsgesetzes gelten vor diesem Hintergrund als Mindestschutz und werden immer dann angewendet, wenn ein konkreter Vertrag lückenhaft ist und im Zweifelsfall Klärungsbedarf besteht.

Durch das Prinzip der Vertragsfreiheit fallen die Verträge zwischen Autoren und Verlagen mitunter sehr unterschiedlich aus.

Ein wichtiger und in der Praxis häufig genutzter Anhaltspunkt ist der sogenannte Normvertrag für den Abschluss von Verlagsverträgen. Dieser Mustervertrag wurde Ende der 70er Jahre zwischen dem Verband der Deutschen Schriftsteller und dem Verlegerausschuss des Börsenvereins ausgehandelt und berücksichtigt die Interessen beider Seiten.

Wichtigster Aspekt ist die Übertragung der Rechte, ein Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten. Außerdem werden in diesen Verträgen die Vereinbarung über die Nutzung von Nebenrechten und die Vergabe von Lizenzen geregelt. Denn nur wenn diese eindeutig benannt sind, gelten sie als übertragen.

Weitere Gegenstände des Normvertrags sind beispielsweise Vereinbarungen über:

- Ausstattung und Ladenpreis
- Auflagenhöhe und Auslieferungstermin
- Werbemaßnahmen
- Honorarregelungen



- Vorschüsse
- Manuskriptablieferung
- Freixemplare für den Autoren
- Satz und Korrektur
- Lieferbarkeit und Neuauflagen
- Verramschung und Makulierung

Besondere Vertragsarten sind der Optionsvertrag, der Herausgebervertrag, der Lizenzvertrag und der Übersetzungsvertrag.

## 2.4 Weitere Regelungen und Gesetze

### **Titelschutz**

Gesetzliche Grundlage ist das Markengesetz.

#### § 5 Markengesetz

Geschäftliche Bezeichnungen

(1) Als geschäftliche Bezeichnungen werden Unternehmenskennzeichen und Werktitel geschützt. (...)

(3) Werktitel sind die Namen oder besonderen Bezeichnungen von Druckschriften, Filmwerken, Tonwerken, Bühnenwerken oder sonstigen vergleichbaren Werken.

#### § 15 Markengesetz

Ausschließliches Recht des Inhabers einer geschäftlichen Bezeichnung; Unterlassungsanspruch; Schadenersatzanspruch.

### **Pflichtstückverordnung**

Die Pflichtstückverordnung (1969) wurde initiiert, um die nationale Literaturproduktion lückenlos zu sammeln und zu sichern.

Zentrale Sammelstelle ist die Deutsche Bibliothek:

- Sie soll alle Druckwerke, also Darstellungen in Schrift, Bild und Ton, die im Vervielfältigungsverfahren hergestellt und zur Verbreitung bestimmt sind, in den entsprechenden Reihen der Deutschen Nationalbibliographie erfassen.
- Abteilungen: Deutsche Bibliothek in Frankfurt, Deutsche Bücherei in Leipzig und Deutsches Musikarchiv in Berlin.

## Recht der Verwertungsgesellschaften

Die Verwertungsgesellschaften werden von Inhabern von Urheber- oder Leistungsschutzrechten beauftragt und nehmen die Rechte ihrer Auftraggeber gegenüber Dritten wahr.

Sie schließen Einzel- oder Pauschalverträge zur Nutzung ab, überwachen die Werknutzung und ziehen die vertraglich vereinbarten Honorare ein. Auch grenzüberschreitend kümmern sich die Verwertungsgesellschaften um die Rechte ihrer Urheber, sie arbeiten mit den Verwertungsgesellschaften anderer Länder zusammen.

Gesetzliche Grundlage: Wahrnehmungsgesetze.

Beispiele:

- Verwertungsgesellschaft Wort
- Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst
- GEMA

## Internationale Vereinbarungen zum Urheberrecht

Sowohl der zunehmende internationale Handel als auch die rasante Entwicklung des Internets fordern Regelungen für den internationalen Urheberrechtsschutz.

Ein weltweit einheitliches Urheberrecht gibt es nicht, dafür aber ein System internationaler Abkommen, das die Urheber der Mitgliedsländer entsprechend ihrer jeweils nationalen Rechtsordnung wechselseitig schützt.

- Revidierte Berner Übereinkunft (1886/1971)
- Welturheberrechtsabkommen (1952)
- Rom-Abkommen zum Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (1961)
- TRIPS-Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (1995)
- WIPO Copyright Treaty (1996)

Durch diese Konventionen werden Mindestrechte und die so genannte Inländerbehandlung gesichert. Inländerbehandlung bedeutet, dass jeder Staat den Angehörigen der anderen Verbandsstaaten denselben Schutz zusichert, den seine Gesetze den eigenen Urhebern gewähren.

Zu den wichtigsten zählt die Berner Übereinkunft, heute als Revidierte Berner Übereinkunft bezeichnet. China hat dieses Abkommen in den 90er Jahren unterzeichnet und ist seither Mitglied in diesem Staatenverband. Dessen Verwaltungsorgan, das internationale Büro in Genf, ist zugleich Sekretariat der WIPO - Weltorganisation für geistiges Eigentum.

Das WIPO Copyright Treaty gehört zu den jüngsten Vereinbarungen. Hier werden insbesondere die Rechte im Bereich des elektronischen Publizierens behandelt.

Die Europäische Union hat mit ihrer Informationsrichtlinie zur Stärkung der Urheberrechte in der Informationsgesellschaft einen entscheidenden Schritt in die Moderne gemacht. Sie fordert ein Recht des Urhebers auch an der digitalen Verwertung seiner Werke

In der Bundesrepublik gilt seit September 2003 das neue Urheberrecht. Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft reagiert auf die technischen Entwicklungen der vergangenen Jahre und setzt die EU-Richtlinie in geltendes nationales Recht um.

Im Mittelpunkt steht nun nicht mehr allein die Frage nach der Verbreitung und Vervielfältigung eines Werkes, sondern nach dem Recht der öffentlichen Zugänglichkeit.

Damit erstreckt sich der Schutz des Urhebers auch auf die Verwertung im Internet. Die Konsequenz: Wer gewerblich oder privat geschützte Werke wie Musik, Filme oder auch Computerspiele im Internet zum Download anbietet und verbreitet, ohne hierzu vom Urheber berechtigt zu sein, macht sich strafbar.

Über den aktuellen Stand der Diskussionen zum deutschen Urheberrecht kann man sich auf der Website des Justizministeriums informieren: <http://www.bmj.bund.de>

### **Das Zusammenspiel der Marktpartner -Wie arbeiten Verlage, Zwi-schenbuchhandel und Sortimentsbuchhandel in Deutschland zusammen?**

#### **Aufgaben und Arbeitsabläufe im Verlag**

Der Verlag als Teil der Buchbranche ist streng genommen für die Vervielfältigung und Verbreitung geistiger Werke eines Urhebers zuständig. Die Auswahl dieser Werke unterliegen dem Geschmack des Verlegers. Er entscheidet über das Verlagsprofil. Dabei spielen natürlich auch seine wirtschaftlichen Überlegungen und Möglichkeiten eine Rolle.

Die gesellschaftliche Bedeutung der Verlage besteht in ihrer Aufgabe, für Informationsaustausch zu sorgen und geistige Produkte an eine große Zahl von Endverbrauchern weiterzuleiten. Um Bücher und andere Druckerzeugnisse möglichst weit in Deutschland zu verbreiten, hat der Gesetzgeber Schutzmaßnahmen erlassen: Beispielsweise die Preisbindung oder den ermäßigten Mehrwertsteuersatz für Print-Medien.

In dieser kulturell bedeutsamen Rolle nimmt der Verlag eine besondere Stellung unter den Dienstleistern ein. Er setzt sich jedoch am Markt auch den

Mechanismen von Angebot und Nachfrage aus und muss mit anderen Verlagen konkurrieren.

Diese zwei Seiten - die kulturellen und die wirtschaftlichen Aufgaben — prägen nach wie vor die Identität der deutschen Verlage. Doch durch die erschwerte Konjunktur, durch stärkere Konkurrenz und die Veränderungen im Verhalten der Käufer und Verbraucher rückt der Anspruch an ein betriebswirtschaftlich rentable Arbeit immer mehr in den Vordergrund. Auch die Bedeutung von Marketingstrategien wächst. Diese marketing-orientierten Überlegungen verändern mitunter sogar die Entscheidungsprozesse und Zuständigkeiten innerhalb der Verlage.

Selbstverständlich haben die klassischen Arbeitsabläufe in den Verlagen nach wie vor Bestand. Doch lässt sich in einem großen Teil der Verlage eine zunehmende Vernetzung der einzelnen Verlagsabteilungen beobachten. Die Bereiche Produktion und Vermarktung bilden die Schwerpunkte, die so genannten Kernkompetenzen.

Zahlreiche Aufgaben werden an Dienstleister, freie Mitarbeiter - so genannte Freelancer - vergeben. In den Verlagen selbst verbleibt die Konzeption und die Koordination. Man spricht hier vom Outsourcing (aus dem englischen *outside resources*).

Die traditionellen Berufsbilder verschieben sich. Beispielsweise müssen die Lektoren oder auch die Redakteure stärker in Richtung Marketingorientierung agieren. Auch Marktforschung und Projektmanagement gehören zu den nahezu überall erwarteten Tätigkeiten.

In vielen Häusern bestehen trotz allem aber auch weiterhin die traditionellen Abteilungsgliederungen:

- Verlagsleitung
- Lektorat oder Redaktion
- Rechte und Lizenzen
- Herstellung oder Produktion
- Marketing
- Vertrieb und Verkauf
- Werbung
- Presse- und Öffentlichkeitsarbeit
- Rechnungswesen und Controlling

Doch orientieren sich deren Aufgaben eben verstärkt an den Komponenten des Marketings. Dazu gehören:

- Produkt- oder Programmpolitik
  - Welches Sortiment (Produkte / Dienstleistungen / Serviceleistungen) sollen in welcher Form dem Markt angeboten werden?

- Dazu gehören die Fragen nach Produktqualität, nach Markenbildung, nach Image und Profil, nach USP Unique Selling Proposition, also nach der Einzigartigkeit / Besonderheit.
- Kontrahierungspolitik / Preispolitik
  - Zu welchen Konditionen (Preise, Rabatte, Skonto) sollen die Leistungen am Markt angeboten werden?
- Distributionspolitik / Placement
  - Wie sollen die Produkte an den Kunden gebracht werden? Welche Verkaufswege werden hierfür genutzt?
  - Dazu gehören die Fragen nach der Logistik, Selbst- oder Fremdauslieferung, den Vertriebskanälen (vgl. Grafik), den Absatzhelfern wie Vertreter.
- Kommunikationspolitik / Promotion
  - Welche Wege der Information und Einflussnahme sollen den Absatz der Produkte unterstützen?
  - Öffentlichkeitsarbeit, Werbung, Verkaufsförderung am „Point of Sale“ und persönlicher Verkauf.

### **Verlage und ihre Vertriebspartner**

#### *BAG Buchhändler-Abrechnungsgesellschaft*

BAG Buchhändler-Abrechnungsgesellschaft ist eine zentrale Verrechnungsstelle für die Branche. Voraussetzung für die Teilnahme ist die Mitgliedschaft im Verein für buchhändlerischen Abrechnungsverkehr, der als Brancheneinrichtung zur Förderung der Wirtschaftlichkeit, des betriebswirtschaftlichen Handelns und zur Rationalisierung im Buchhandel auftritt.

Die BAG vereinfacht unter anderem die Abrechnungen zwischen Verlagen und deren Verlagsauslieferungen sowie Buchhandlungen: Sie sammelt Rechnungen aller Mitgliedsverlage und sortiert sie den Mitgliedsbuchhandlungen zu. Der Vorteil dabei ist, dass die Buchhandlung zwei mal im Monat nur eine Rechnung für alle Bestellungen bei Mitgliedsverlagen erhält und jeweils nur eine Zahlung leisten muss. Sie hat also eine erhebliche Vereinfachung der Buchung.

Die Verlage erhalten im Gegenzug 14-tägige Abrechnungen über alle Bestellungen der Mitgliedsfirmen.

Beitreten können nur Mitglieder der buchhändlerischen Fachverbände. Die BAG-Nummer ist identisch mit der Verkehrsnummer. Auch ausländische Firmen können am BAG-Abrechnungsverfahren teilnehmen.

### Verkehrsnummer

Sie ist ein Instrument der Rationalisierung und dient der effektiveren Abwicklung des Abrechnungssystems zwischen Verlag, Zwischenbuchhandel und Sortiment.

Jedes Verbandsmitglied erhält eine fünfstellige Verkehrsnummer und kann damit beispielsweise am Abrechnungssystem der BAG teilnehmen.

### Zwischenbuchhandel

Gerade der Zwischenbuchhandel bietet zahlreiche Angebote zur Rationalisierung im Buchhandel. Gemeint sind damit alle Maßnahmen und Angebote, welche die Abläufe in der Branche straffen oder zweckmäßiger gestalten. Dazu gehören beispielsweise die Verkehrsnummern oder auch die Bestellweg-Optimierung über die Bestellanstalten.

Im deutschen Zwischenbuchhandel sind grundsätzlich zwei Arten zu unterscheiden:

1. **Großhändler**, die im eigenen Namen und auf eigene Rechnung handeln. Dazu gehören beispielsweise:
  - Barsortimente
  - Großantiquariate
  - Importgrossisten
  - Pressegrossisten
2. **Kommissionäre**, die in fremden Namen und auf fremde Rechnung handeln. Dazu gehören beispielsweise:
  - Büchersammelverkehr
  - Verlagsauslieferungen

### Pressegrossisten

Die Großhändler für Presseerzeugnisse versorgen etwa 100.000 Pressevertriebsstellen in Deutschland. Dazu gehören Kioske, Tankstellen, aber auch Buchhandlungen.

Die Vertriebsgebiete sind mit Genehmigung des Bundeskartellamtes so aufgeteilt, dass es keine Überschneidungen gibt. Nur so ist eine vollständige, gleichmäßige und rationelle Versorgung der Bevölkerung mit Presseerzeugnissen zu gewährleisten.

Falls es in Einzelfällen zu Überlappungen der Vertriebsgebiete kommen sollte, dann bieten die Grossisten in der Regel unterschiedliche Titel an.

Der Pressegrossist ist verpflichtet, jedes Presseerzeugnis dem Kunden zu gleichen Konditionen zum Kauf anzubieten. Auch einzelne Produkte der Buchverlage werden über Pressegrossisten vertrieben, so beispielsweise Taschenbücher, preisgünstige Ratgeber, Taschenkalender und Bestseller.

### **Bestellanstalten**

Zielsetzung ist die Rationalisierung von Bestellvorgängen und Datenaustausch.

Die Bestellanstalten leiten Bestellungen des Sortimentsbuchhandels gebündelt an die Verlage oder deren Auslieferungen. Früher geschah dies postalisch per Bücherzettel, heute werden diese Daten natürlich per Eingabe der jeweiligen ISBN in entsprechende Terminals per Datenfernübertragung (DFÜ) verschickt.

Dadurch können die bereits numerisch aufbereiteten Bestelldaten in den Auslieferungen der Verlage auf Knopfdruck in Rechnungen umgewandelt werden. Das bedeutet für die Verlage eine große Arbeitserleichterung - deshalb übernehmen übrigens die Verlage die DFÜ-Gebühren.

Buchhandlungen benutzen diese Terminals auch zur Weiterleitung ihrer Barsortimentsbestellungen.

Es gibt zum einen die Bestellanstalten, die von den führenden Unternehmen des Zwischenbuchhandels betrieben werden, zum anderen gibt es mit dem Informationsverbund Buchhandel (IBU) auch eine großhandelsunabhängige Bestellanstalt.

### **IBU Informationsverbund Buchhandel**

Ursprünglich war der IBU konzipiert als großhandelsunabhängige Bestellanstalt. Heute ermöglicht er jeglichen Daten- und Informationsaustausch zwischen allen Buchhandelssparten und Buchhandelspartnern.

Als Adresse gilt die buchhändlerische Verkehrsnummer. Für die Verlage gilt außerdem das Firmenpräfix der ISBN, also die Identifikationsnummer des Verlages.

Jeder IBU-Teilnehmer kann sich in dem Zentralrechner der BAG Buchhändlerischen Abrechnungsgesellschaft eine Mailbox einrichten lassen. Von der aus er seine Nachrichten weiterleitet und auch seine Bestellungen oder Anfragen empfangen kann.

### **Barsortiment**

Großhandel, der auf eigene Rechnung einkauft und an den Fachhandel zum Grundrabatt wieder weiterverkauft. Der Grundrabatt entspricht dem Rabatt, den ein Verlag dem Buchhändler auf eine einzelne Bestellung gewährt. Das

Barsortiment erhält vom Verlag zuzüglich zu diesem Grundrabatt, den es weitergibt, einen so genannten Funktionsrabatt. Mit diesem Funktionsrabatt deckt der Zwischenbuchhändler seine Kosten. Je nach Vereinbarung und Jahresvolumen liegt der Funktionsrabatt zwischen 10 und 20%.

Das Barsortiment hält zwischen 90 und 95% der gängigen Verlagsware auf Lager. Das sind etwa 300.000 Artikel. Es erstellt Lagerkataloge auf CD-ROM oder macht seine Titeldatenbank über das Internet zugänglich. Es bietet elektronische Bestellmöglichkeiten und eigenen Zustelldienst (Bücherwagendienst). Barsortimente verstehen sich als Dienstleister der Branche.

Allgemeine Barsortimente in Deutschland sind:

- KNO Koch, Neff & Oetinger
- Libri
- Umbreit
- Könemann

Für die Verlage sind Barsortimente vor allem deshalb wichtig, weil sie diese von wirtschaftlich unlukrativen Einzelbestellungen entlasten. Sie sorgen für eine schnelle Verfügbarkeit von Medientiteln und sorgen für die Präsenz in den Titeldatenbanken, die der Buchhändler neben dem VLB, dem Verzeichnis der lieferbaren Bücher, verwendet.

Vor allem für Publikumsverlage, die nahezu überall präsent sein müssen, sind die Barsortimente ein unverzichtbarer Handelspartner. Während die spezialisierten Fachverlage auch ohne den Buchgroßhandel auskommen können.

### **Funktionsverschiebung im Einkaufsverhalten**

Seit Mitte der 90er Jahre kaufen die Buchhändler zunehmend auch zur Lagerergänzung in den Barsortimenten und nicht direkt bei den Verlagen ein. Die Buchhandlungen haben dadurch zwar Rabatt-Nachteile, tragen aber so nicht mehr das Risiko von zu viel Ware im Lager. Diese veränderte Bevorratungsstrategie hat Vorteile für das Sortiment: Man hat weniger Platzprobleme und kann dadurch beispielsweise wirkungsvoller präsentieren. Außerdem ist weniger Kapital gebunden, man reduziert damit selbstverständlich auch die Remittendenquote und muss insgesamt natürlich auch weniger Lieferantenkonten verwalten.

### **Büchersammelverkehr**

Unter Büchersammelverkehr versteht man in unserer Branche Transportunternehmen, die sowohl hauseigene Barsortimentsware als auch Verlagssendungen (die so genannten Verlegerbeischlüsse) dem Einzelhandel zustellen.



Die Verlagsware wird im Auftrag der Buchhändler von den Transportunternehmen bei der Auslieferung des Verlages gegen eine Gebühr abgeholt und dann den Buchhandlungen zugestellt. Remittenden, also Rücksendungen, nehmen den umgekehrten Weg.

Da sämtliche Gebühren unabhängig von der Entfernung gelten, werden kleinere Verlage oder Buchhandlungen, die nicht in Großstätten oder Ballungsräumen, sondern „auf dem Land“ arbeiten, nicht benachteiligt.

## Verlagsauslieferungen

Prinzipiell muss sich ein Verlag entscheiden, ob er den Weg der Selbstauslieferung oder den der Fremdauslieferung wählt. Die Fremdauslieferung über die Verlagsauslieferung bietet Vorteile vor allem im Bereich der technischen Ausstattung sowie auch in der Infrastruktur.

Die Verlagsauslieferung als Institution ist ein Dienstleistungsunternehmen für Verlage. Es führt im Auftrag eines Verlages verschiedene Tätigkeiten im operativen Bereich der Auslieferung aus.

Hierzu gehören klassisch:

- Einlagerung
- Lagerung
- Bestellannahme
- Fakturierung
- Auslieferung
- Remittendenannahme und Remittendenverwaltung

Je nach Vertrag bieten sie auch weitere Dienstleistungen an:

- EDV-Unterstützung von Vertrieb und Außendienst (Statistiken)
- Finanztechnische Dienstleistungen
  - Inkasso
  - Factoring (Kauf von Forderungen des Verlages)
  - Delcredere (Haftung bei Zahlungsverzug)
- Parkmodelle (also die Bündelung von vielen, kleinen Einzellieferungen, die insgesamt dann eine wirtschaftlich lukrative Lieferungsgröße ergeben)
- Printing on Demand

Die Verlagsauslieferung arbeitet normalerweise im fremden Namen und auf fremde Rechnung. Sie gilt also als Kommissionär im Buchhandel. Für die in Anspruch genommenen Dienstleistungen muss der Verlag Gebühren zahlen. Diese sind abhängig vom eingelagerten Gewicht der Ware, von den Sonderwünschen und vom getätigten Durchschnittsumsatz pro Rechnungsposition.

Weil der Verlag durch die Verlagsauslieferung einen großen Teil des Vertriebs auslagert, kann er sich verstärkt seinen Kernkompetenzen zuwenden und sich um die Programmpolitik und das Marketing konzentrieren.

Der verbreitende Buchhandel profitiert ebenfalls von den zahlreichen Verlagsauslieferungen in Deutschland: wenn diese beispielsweise die vielen kleinen

Büchersendungen verlagsübergreifend bündeln und so günstigere Packstücke verschicken.

### Vertreter

Die Vertreter sind wichtige Mittler zwischen den Verlagen und dem Handel. Sie besuchen die Buchhandlungen im Namen eines oder mehrerer Verlage, um Bestellungen oder Kaufverträge über Waren und Dienstleistungen abzuschließen, um über Remittenden zu verhandeln und vor allem aber auch, um über Maßnahmen zur Verkaufsförderung zu diskutieren. Außerdem ist der Vertreter auch als Mittler von Handelsinteressen zu sehen. Er kommuniziert diese Anliegen den Verlagen und betreibt somit auch eine Art von Marktforschung.

Der Einkauf beim Vertreter bringt dem Handel einen höheren Rabatt, den so genannten Reiserabatt. Der liegt etwa 10% über dem Grundrabatt des Verlages.

Zwei Arten von Vertretern gibt es:

1. **Reisende:** Sie sind fest angestellte Mitarbeiter im Außendienst des Verlages und erhalten ein Fixum, also ein festes Gehalt. (Rechnet sich erst ab einem Umsatzvolumen von etwa 10 Millionen Büro)
2. **Freie Handelsvertreter:** Sie reisen in der Regel für mehrere Verlage, deren Programme sich gegenseitig ergänzen, damit sie von möglichst vielen Buchhandlungen empfangen werden. Sie handeln als selbständige Kaufleute und erhalten eine Provision. (Provision etwa 7% des erreichten Umsatzes).

Die Vertreter besuchen Buchhandlungen in fest zugeteilten Gebieten oder auch bei fest vereinbarten Kunden. Sie genießen dabei einen Schutz, das heißt: Kein anderer Vertreter des Hauses besucht als Konkurrent das entsprechende Unternehmen. Ein Vertreter betreut in der Regel etwa 200 bis 300 Buchhandlungen und besucht diese mindestens zwei Mal im Jahr.

Vor Reisebeginn werden die Vertreter eines Verlages zur Vertreterkonferenz eingeladen, hier werden sie auf das neue Programm und wichtige Ziele vorbereitet.

### Vertreterbörsen

Viele Vertreter organisieren inzwischen so genannte Vertreterbörsen. Das sind meist auf ein Wochenende terminierte Veranstaltungen, auf denen Verlagsvertreter und ihre Buchhändler zusammenkommen, um Novitäten zu bestellen und Maßnahmen zur Verkaufsförderung zu besprechen.

Gerade in größeren Städten haben sich diese Vertreterbörsen in der vergangenen Zeit stärker durchgesetzt. Die Vertreter besuchen eben nicht mehr

die einzelnen Buchhandlungen, sondern nutzen die konzentrierte und effektive Arbeitssituation, die unabhängig von Ladenöffnungszeiten ist.

Problem: Der direkte Kontakt zur Buchhandlung und damit auch der Einfluss auf Präsentationsmöglichkeiten im Laden gehen verloren.

Große Buchhandlungen veranstalten inzwischen sogar schon ihre eigenen Hausbörsen, zu denen sie Vertreter einladen.

### **Key-Account-Manager**

Eine besondere Entwicklung der vergangenen Jahre ist der Einsatz so genannter Key-Account-Manager. Sie betreuen jeweils einen eigenen Kunden, meist drei bis vier besonders wichtige Kunden. Der Begriff account wird aus dem Englischen übersetzt mit Konto - da die Unternehmen über ihre Kunden Konten führen, versteht man darunter im Grunde den Kunden selbst. Der Key-Account ist also ein Schlüsselkunde, ein Kunde von besonderer Bedeutung, wie unter anderem die Zentraleinkäufer von großen Filialunternehmen oder Warenhäusern.

Die Key-Account-Manager entwickeln speziell auf Schlüsselkunden zugeschnittene Verkaufs- und Gesprächsstrategien, um diese möglichst erfolgreich zufriedenzustellen. Dabei arbeiten sie zwar gemeinsam mit den anderen Vertriebskollegen, haben aber doch einen eigenständigen Ansatz. Sie orientieren sich speziell an den Bedürfnissen dieser Abnehmer und agieren gewissermaßen produktgruppen-übergreifend.

Diese Großkunden erwarten einen ganz anderen Kontakt rhythmus. Traditionell wurde eine Vielzahl von einzelnen Verkaufsgesprächen geführt, die Entwicklung geht inzwischen aber in Richtung Jahresgespräche. Gegenstand der Gespräche sind umfassende Absprachen und nicht mehr allein die Präsentation neuer Titel oder Programmlinien, wie es im herkömmlichen Verkaufsgespräch stattfand. So werden in diesen Jahresgesprächen eben Vereinbarungen zu gemeinsamen Verkaufsförderungs- oder Werbemaßnahmen getroffen oder auch Absprachen zur Listung einzelner Produkte sowie zu Konditionen oder sonstigen Serviceleistungen.

### **Der Buchhandel als klassischer Handelspartner (Struktur und Aufgaben)**

Der Sortimentsbuchhandel gilt nach wie vor als klassischer Handelspartner der Verlage. Er trägt etwa 57% der geschätzten Umsätze buchhändlerischer Betriebe. Man unterscheidet zwischen Fachbuchhandel und allgemeinen Sortimenten. (Zum Vergleich: etwa 17 % Verlage direkt)

Hier beobachten wir sehr unterschiedliche Tendenzen, die jeweils eigene Wege aus der Strukturkrise zu zeigen scheinen:

- Entwicklung von Großflächen

Hier werden Vorteile gesehen: Sortimentsbreite und -tiefe, Einkauf, Lagerhaltung durch Warenwirtschaftssysteme, Präsentation und Atmosphäre, Werbung

- Filialisierung
- Spezialisierung

Daneben gibt es zahlreiche weitere Händler, die als indirekter, einstufiger Vertriebskanal gelten.

Dazu gehören:

- Warenhausbuchhandel (etwa 4,6% )
- Bahnhofsbuchhandel (Besonderheit: Ladenschluss)
- Reise- und Versandbuchhandel (etwa 9 %)

(Stationärer Buchhandel, also mit Ladengeschäft, versus ambulanter Buchhandel, ohne Ladengeschäft)

- Online.Buchhandel (etwa 4,5%)
- Nebenmärkte oder sonstige Verkaufsstellen (etwa 10%)  
(Besonderheit: Rack-Jobbing, das heißt: Handel mit Regalflächen)

Eine Sonderform stellen die so genannten Buchclubs - oder auch Buchgemeinschaften (etwa 3 bis 4%) - dar. Sie arbeiten als Lizenzpartner der klassischen Verlage und verlegen Bücher meist in einer besonderen Ausstattung und zu einem besonders günstigen Preis. Der Verkauf dieser Bücher ist im Abonnement organisiert.

### **Dienstleistungen des Buchhandels**

Das Spektrum der buchhändlerischen Dienstleistungen ist sehr breit gefächert. Auch hier hat sich in den vergangenen Jahren einiges verändert. Zum einen spielen die technischen Neuerungen eine große Rolle, beispielsweise im Bestellwesen, im Warenwirtschaftssystem oder auch in der Produktauswahl an sich. Inzwischen gehören eben auch Nicht-Printprodukte verstärkt zum Angebot der Sortimente. Dazu zählen insbesondere Software, Videos, CD-ROMS oder inzwischen auch DVDs. Ein ganz neuer und für Deutschland zunehmend wichtiger Markt hat sich im Bereich der Hörbücher entwickelt.

Verändert hat sich aber auch das Einkaufs- und Informationsverhalten der Kunden.

Hierauf muss der Buchhändler selbstverständlich auch reagieren. In Deutschland ist die Entwicklung vom Verkäufermarkt - also dem Markt, in dem der Verkäufer allein über das Angebot entscheidet und ein begrenztes Sortiment bereit hält - hin zum Käufermarkt unumkehrbar. Im so genannten

Käufermarkt kann der Kunde selbst aus einem großen, vielfältigen Angebot auswählen und entscheidet sich für oder gegen ein Produkt. Diese Entscheidungen trifft er im Grunde, ohne seinen Buchhändler zu fragen - der Buchhändler kann lediglich nur noch empfehlen oder beratend zur Seite stehen und muss die Konsumwünsche seiner Kunden erkennen und weitestgehend befriedigen. Stichworte wie „Erlebniskauf“, „Event-Kultur“ und die Atmosphäre im Verkaufsraum gewinnen zunehmend an Bedeutung.

Trotz allem haben aber auch hier die traditionellen Kompetenzen und klassischen Dienstleistungsschwerpunkte des Buchhandels Bestand. Dazu gehören:

- Beratung
- Bereitstellung, Selektion und Besorgung (Barsortimente oder Verlage)
- Informationsdienste (Kundenzeitschriften, Fachkataloge und buchhändlerische Werbemittel)
- Bibliographische Auskünfte
- Zusammenarbeit mit Bibliotheken
- Bücherschecks (BuchSchenkService des Börsenvereins)
- Antiquarische Suchdienste
- Zustellservice und Versand
- Monatskonto und Kundenkarte

### **Zusammenspiel der Marktpartner**

Insgesamt betrachtet kann man eine interessante Rollen- und Funktionsverschiebung in der Zusammenarbeit zwischen Buchhandel und Verlagen beobachten. Verstärkt wird diese Entwicklung durch die immer stärker voranschreitende Konzentration im Sortimentsbuchhandel.

- Früher: Verlage hatten Konditionenhoheit
- Heute: Buchhandlungen laden zu Jahresgesprächen und bestimmen verstärkt mit.
- Früher: Buchhandel kaufte nach Verlagsempfehlung
- Heute: Buchhandel weiß Bescheid und wählt verstärkt selbst aus.
- Früher: Buchhandel machte Werbung für Verlage
- Heute: Buchhändler profilieren sich selbst als Handelsmarke.
- Früher: Vertreter vereinbarten einen Termin
- Heute: Buchhandels selektiert zunehmend Verlage und Vertreter, die sie empfangen wollen.

## Regelungen

Zu erwähnen sind an dieser Stelle abschließend noch einige besondere Regelungen, die den Umgang der Marktpartner betreffen. Dazu zählen beispielsweise:

- Spartenpapier
- Verkehrsordnung
- Wettbewerbsregeln

### *Spartenpapier*

Es hält Verhaltensgrundsätze fest, zu denen sich die drei Sparten Verlage, Zwischenbuchhandel und Buchhandel im Börsenverein bekannt haben.

Als gemeinsame Kernaufgabe bezeichnet man, ein breit gefächertes Literaturangebot für jedermann und an möglichst vielen Orten bereit zu stellen. Das Spartenpapier soll insofern als Orientierungshilfe für das Verhalten gegenüber den Partnern der jeweils anderen Sparten dienen, stellt aber keine rechtsverbindlichen Regeln auf.

1984 mit dem Kartellamt abgestimmt, stellt es auch heute noch eine Art Grundkonsenz der Branche dar.

### *Verkehrsordnung*

Sie definiert den buchhändlerischen Handelsbrauch im Geschäftsverkehr mit den einzelnen Sparten. Seit 1989 stellt die Verkehrsordnung eine mit dem Kartellamt abgestimmte unverbindliche Konditionenempfehlung dar, die bei Rechtsstreitigkeiten sogar von den Gerichten zu berücksichtigen ist.

Viele Verlage legen die Verkehrsordnung ihren eigenen Lieferungs- und Zahlungsbedingungen zugrunde, regeln jedoch einzelne Punkte durchaus abweichend.

### *Wettbewerbsregeln*

Diese Verhaltensregeln haben das Ziel, unlauteren Wettbewerb zwischen den Marktteilnehmern zu verhindern. Das deutsche Kartellrecht gestattet den Wirtschafts- und Berufsvereinigungen die Aufstellung solcher Regeln.

Die Wettbewerbsregeln des Börsenvereins konkretisieren die Bestimmungen des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) und enthalten beispielsweise Regelungen zum Adressenschutz, zu Ladenpreisänderungen oder auch zu Mindestbestellgrößen. Die Mitglieder des Börsenvereins sind zur Einhaltung verpflichtet.

### 3 Vokabeln

das	Urheberrecht	版权法
das	Verlagsrecht	出版法
das	Landespressegesetz	州新闻法
das	Zeugnisverweigerungsrecht	拒绝证言权
das	Presserecht	新闻法
das	Markengesetz	商标保护法
das	Preisbindungsgesetz	价格约定法
die	Pflichtstückverordnung	呈缴本
das	Verwertungsrecht	使用权
der	Normvertrag	规范合同
der	Optionsvertrag	选择合同
die	Verwertungsgesellschaft	版税政收协会
das	Wahrnehmungsgesetz	代理法
das	Outsourcing	外包
der	Key-Account-Manager	大客户销售经理
die	Verkehrsordnung	交易规定



# Lektion 10 Kartellrecht

## 1 Einführender Text: Gesetz der Volksrepublik China gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Entwurf)

### 1.1 Abschnitt 1 Grundlegende Bestimmungen

#### § 1 (Zweck des Gesetzes)

Dieses Gesetz wird erlassen zur Verhinderung von Monopolen, zum Schutz fairen Wettbewerbs, zum Schutz der rechtlichen Interessen von Geschäftstreibenden und Konsumenten sowie des allgemeinen Interesses der Gemeinschaft und zur Gewährleistung der gesunden Entwicklung der sozialistischen Marktwirtschaft.

#### § 2 (Anwendungsbereich)

Von besonderen rechtlich festgelegten Ausnahmen abgesehen findet dieses Gesetz Anwendung bei monopolistischen Verhaltensweisen in Markttransaktionen innerhalb der Grenzen der Volksrepublik China.

Werden außerhalb der Grenzen der Volksrepublik China Bestimmungen dieses Gesetzes verletzt und damit der Wettbewerb auf dem nationalen Markt beschränkt oder beeinflusst, findet dieses Gesetz Anwendung.

#### § 3 (Definition von Monopolen)

Der in diesem Gesetz verwendete Begriff des Monopols meint die im Folgenden aufgelisteten Verhaltensweisen, die Wettbewerb beseitigen oder beschränken, die Interessen anderer Geschäftstreibender oder Konsumenten verletzen und dem allgemeinen Interesse der Gemeinschaft schaden:

- 1) Abkommen, Beschlüsse oder andere zwischen Geschäftstreibenden abgestimmte Verhaltensweisen;
- 2) Marktbeherrschende Stellung mißbrauchende Verhaltensweisen von Geschäftstreibenden;
- 3) Übermäßige Unternehmenszusammenschlüsse;
- 4) Amtsgewalt von Regierungen und deren nachgeordneten Behörden mißbrauchende Verhaltensweisen.

#### § 4 (Definition von Geschäftstreibenden und relevantem Markt)

Der in diesem Gesetz verwendete Begriff des Geschäftstreibenden meint juristische Personen, andere Organisationen und Einzelpersonen, die sich gewerblich mit der Produktion von Waren oder Dienstleistungen (der nachfolgend verwendete Begriff der Ware beinhaltet Dienstleistungen) befassen.

Der in diesem Gesetz verwendete Begriff des relevanten Marktes meint den regionalen Bereich, in dem Geschäftstreibende innerhalb einer bestimmten Frist ein bestimmte Ware handeln.

#### § 5 (Verantwortung der Regierung)

Regierungsstellen auf allen Verwaltungsebenen und die ihnen nachgeordneten Behörden ergreifen Maßnahmen zur Schaffung eines günstigen Umfeldes und günstiger Bedingungen für fairen Wettbewerb.

#### § 6 (Institutionen der Rechtsanwendung)

Die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht (*wörtl.*: „Anti-Monopol-Stellen“) des Staatsrats üben gemäß diesen Gesetzes die Amtsgewalt aus, heben Monopole auf und schützen fairen Wettbewerb.

#### § 7 (Aufsicht der Gemeinschaft)

Der Staat ermutigt, unterstützt und schützt die gesellschaftliche Aufsicht über monopolistische Verhaltensweisen durch jedwede Organisation und Einzelperson.

Staatlichen Institutionen und deren angestellten Personen ist es untersagt, Monopole zu unterstützen oder zu schützen.

### 1.2 Abschnitt 2 Verbot monopolistischer Abkommen

#### § 8 (Verbot monopolistischer Abkommen)

Geschäftstreibenden sind die im Folgenden genannten durch Abkommen, Beschlüsse oder andere abgestimmte Methoden herbeigeführten und wettbewerbsbeschränkenden oder wettbewerbsbeseitigende Verhaltensweisen untersagt:

- 1) Festlegung, Erhalt oder Änderung von Warenpreisen;
- 2) Kollusion bei Teilnahme an einer Ausschreibung
- 3) Beschränkung der Menge der Warenproduktion oder des Warenabsatzes;
- 4) Aufteilung von Absatzmärkten oder von Ankaufmärkten von Roh- und Fertigmateral;

- 5) Beschränkung des Ankaufs von neuer Technologie oder neuer Ausrüstung;
- 6) Gemeinschaftliche Ablehnung von Transaktionen;
- 7) andere wettbewerbsbeschränkende Abkommen.

Es gibt jedoch die im Folgenden genannten Ausnahmesituationen:

- 1) Die gemeinschaftliche Klassifizierung und Nummerierung von Waren und die gemeinschaftliche Erforschung und Entwicklung von Waren und Märkten durch Geschäftstreibende zur Entwicklung von Technologie, zur Erhöhung der Warenqualität, zur Erhöhung von Effizienz oder zur Reduzierung von Kosten;
- 2) Gemeinschaftliches Vorgehen von Klein- und Mittelbetrieben zur Erhöhung der Effizienz ihrer Geschäfte oder zur Stärkung ihrer Wettbewerbsfähigkeit;
- 3) Gemeinschaftliches Vorgehen von Geschäftstreibenden zur Anpassung an Marktveränderungen durch Verhinderung eines erheblichen Absinkens des Absatzvolumens oder einer erheblichen Überproduktion;
- 4) Gemeinschaftliches Vorgehen von Geschäftstreibenden zur Förderung der Rationalisierung von Produktion und Betrieb oder einer spezialisierten und arbeitsteilig koordinierten Entwicklung;
- 5) Anderes möglicherweise wettbewerbsbeschränkendes oder wettbewerbsbeseitigendes Vorgehen, welches aber der volkswirtschaftlichen Entwicklung und dem allgemeinen Interesse der Gemeinschaft dient.

#### § 9 (Beantragung von Genehmigungen)

Zwischen Geschäftstreibenden vereinbarte Abkommen, bei denen schwer zu beurteilen ist, ob für sie die Bestimmungen nach § 8, Abs.2 gelten, können bei den einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats beantragt werden.

#### § 10 (Antragsverfahren)

Reichen Geschäftstreibende ein Abkommen zur Genehmigung ein, müssen bis zum 15. Tag nach Erzielen des Abkommens die im Folgenden genannten Dokumente vorgelegt werden:

- 1) Das Abkommen;
- 2) Der Bericht zum Antrag;
- 3) Grundlegendes Material über die am Abkommen beteiligten Geschäftstreibenden.

### § 11 (Genehmigung von Abkommen)

Die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats haben innerhalb von 60 Arbeitstagen nach Abgabe der den Bestimmungen entsprechenden Dokumente eine Entscheidung über die Genehmigung oder die Ablehnung der von Geschäftstreibenden eingereichten Abkommen zu fällen. Fristüberschreitung ist nicht schriftlich mitzuteilen und wird als Genehmigung angesehen.

Die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats können bei der Genehmigung eines Abkommens einschränkende Auflagen hinzufügen.

Die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats haben beim Beschluß der Genehmigung eine Frist der Wirksamkeit festzulegen.

### § 12 (Widerruf oder Änderung der Genehmigung von Abkommen)

Nach Genehmigung eines Abkommens können die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats unter den im Folgenden genannten Umständen die Genehmigung widerrufen, deren Inhalt abändern, die Beendigung oder eine Korrektur des Vorgehens anordnen:

- 1) Gravierende Veränderung der Wirtschaftslage;
- 2) Der genehmigte Sachverhalt entfällt;
- 3) Geschäftstreibende verletzen die mit dem Genehmigungsbeschluß verbundenen Pflichten;
- 4) Der Genehmigungsbeschluß beruht auf von den Geschäftstreibenden vorgelegten falschen Informationen;
- 5) Mißbrauch der Freistellung.

Im Falle des Vorliegens der unter 3), 4) oder 5) genannten Umstände tritt der Widerruf der Genehmigung rückwirkend in Kraft.

### § 13 (Veröffentlichung der Genehmigung)

Die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats haben die nach §§ 11, 12 getroffenen Beschlüsse in dafür bestimmten Publikationen zu veröffentlichen.

## 1.3 Abschnitt 3 Verbot des Mißbrauchs der marktbeherrschenden Stellung

### § 14 (Verbot des Mißbrauchs der marktbeherrschenden Stellung)

Geschäftstreibende dürfen ihre marktbeherrschende Stellung nicht mißbrauchen, um Geschäftstätigkeiten anderer Geschäftstreibende zu behindern oder Wettbewerb zu beseitigen oder einzuschränken.

### § 15 (Marktbeherrschende Stellung)

Der in diesem Gesetz verwendete Begriff der marktbeherrschenden Stellung meint die Kontrolle eines bestimmten Marktes durch einen oder mehrere Geschäftstreibende.

Befinden sich Geschäftstreibende in den im Folgenden genannten Umständen, kann ihre marktbeherrschende Stellung akzeptiert werden:

- 1) Alleingestellte Geschäftstätigkeit auf einem bestimmten Markt erschwert den Marktzugang anderer Geschäftstreibender;
- 2) Vorteilhafte Stellung auf einem bestimmten Markt erschwert den Marktzugang anderer Geschäftstreibender;
- 3) Auf einem bestimmten Markt gibt es zwei oder mehr Geschäftstreibende, zwischen denen aber kein signifikanter Wettbewerb stattfindet.

### § 16 (Festlegung der marktbeherrschenden Stellung)

Erreicht der Marktanteil von Geschäftstreibenden auf einem bestimmten Markt die im Folgenden genannten Ausmasse, kann deren marktbeherrschende Stellung festgestellt werden:

- 1) Der Marktanteil eines einzelnen Geschäftstreibenden erreicht die Hälfte oder mehr;
- 2) Der Marktanteil von zwei Geschäftstreibenden erreicht zwei Drittel oder mehr;
- 3) Der Marktanteil von drei Geschäftstreibenden erreicht drei Viertel oder mehr.

### § 17 (Verbot von Monopolpreisen)

Geschäftstreibende in marktbeherrschender Stellung dürfen ihre Produkte innerhalb einer bestimmten Zeit nicht zu Preisen oberhalb des Normalwerts veräußern.

### § 18 (Verbot von *wörtl.*: „räuberischen Preisen“)

Geschäftstreibende in marktbeherrschender Stellung dürfen Ihre Waren nicht mit dem Ziel der Verdrängung von Wettbewerbern unterhalb des Einstandspreises (*wörtl.*: „Preise unterhalb der Kosten“) veräußern.

### § 19 (Verbot von ungleicher Behandlung)

Geschäftstreibende in marktbeherrschender Stellung dürfen gleichartigen Transaktionspartnern hinsichtlich der angebotenen Warenpreise und anderer Transaktionsbedingungen keine Preisdiskriminierung oder andere ungleiche Behandlung zukommen lassen.

### § 20 (Verbot der Ablehnung von Transaktionen)

Geschäftstreibende in marktbeherrschender Stellung dürfen ohne Vorliegen guter Gründe die Veräußerung ihrer Waren an Käufer nicht ablehnen.

### § 21 (Verbot von erzwungenen Transaktionen)

Geschäftstreibende in marktbeherrschender Stellung dürfen nicht mit Zwang oder anderen unrechtmäßigen Methoden Transaktionen erzwingen oder den fairen Wettbewerb anderer Geschäftstreibender beseitigen oder beschränken.

### § 22 (Verbot des *wörtl.*: „verbundenen Verkaufs“ und der Hinzufügung von unangebrachten Auflagen für Transaktionen)

Geschäftstreibende in marktbeherrschender Stellung dürfen nicht gegen die Absicht der Transaktionspartner die Veräußerung von Waren an den Kauf anderer Waren binden oder die Transaktionen mit anderen unangebrachten Auflagen versehen.

### § 23 (Verbot der alleingestellten Geschäftstätigkeit)

Geschäftstreibende in marktbeherrschender Stellung dürfen Handelsagenturen nicht vorschreiben auf einem bestimmten Markt allein ihre Waren und nicht die anderer Geschäftstreibender zu veräußern.

### § 24 (Verbot der Beschränkung von Wiederverkaufspreisen)

Geschäftstreibende in marktbeherrschender Stellung dürfen beim Verkauf ihrer Waren an Handelsagenturen deren Wiederverkaufspreise nicht beschränken.

## 1.4 Abschnitt 4 Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

### § 25 (Bedeutung von Unternehmenszusammenschlüssen)

Der in diesem Gesetz verwendete Begriff des Unternehmenszusammenschlusses meint:

- 1) Ein oder mehrere Unternehmen gehen in einem existierenden Unternehmen auf, oder zwei oder mehrere Unternehmen fusionieren zu einem neuen Unternehmen;
- 2) Ein Unternehmen erwirbt durch den Ankauf von Aktien oder Kapital eines anderen Unternehmens kontrollierende Rechte über dieses andere Unternehmen;
- 3) Zwei oder mehr als zwei Unternehmen gehen durch Maßnahmen, wie Auftragsgeschäfte oder Verbundgeschäfte, kontrollierende bzw. kontrollierte Beziehungen ein.

### § 26 (Beantragung von Unternehmenszusammenschlüssen)

Übersteigt der Jahresumsatz von an einem Unternehmenszusammenschluß beteiligten Geschäftstreibenden einen von den einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats bestimmten Grenzwert, so ist bei den einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats eine Genehmigung zu beantragen.

Der im voranstehenden Absatz bezeichnete Jahresumsatz von an einem Unternehmenszusammenschluß beteiligten Geschäftstreibenden wird von den einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats nach Branchen festgelegt.

### § 27 (Antragsinhalt)

Ein von an einem Unternehmenszusammenschluß beteiligten Geschäftstreibenden bei den einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats eingereicherter Antrag hat die im Folgenden genannten Dokumente aufzuweisen:

- 1) Gesamtlage der Geschäftstreibenden, darunter Name des Unternehmens, Unternehmenssitz, produzierte oder gehandelte Ware, Größe der Belegschaft, Bruttokapital, Nettokapital, Umsatz im vorangegangenen Geschäftsjahr, Gewinne und Steuern;
- 2) Finanz- und Geschäftsbericht der Geschäftstreibenden im vorangegangenen Jahr der Rechnungslegung;
- 3) Herstellungs- und Handelskosten, Absatzpreis und –menge sowie andere Informationen über verbundene Waren des Geschäftstreibenden;
- 4) Einfluß des durchgeführten Unternehmenszusammenschlusses auf die Volkswirtschaft und das allgemeine Interesse der Gemeinschaft;
- 5) Gründe für den Unternehmenszusammenschluß;
- 6) Andere von den einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats festgelegte Dokumente.

### § 28 (Antragsgenehmigung)

Die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats haben innerhalb von 90 Tagen nach Erhalt der nach § 27 festgelegten Dokumente durch den Geschäftstreibenden einen Beschluß für oder wider eine Genehmigung zu fassen. Unter besonderen Umständen kann die Genehmigungsfrist verlängert werden.

Die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats können mit einer Genehmigung zusätzliche Auflagen verbinden.

### § 29 (Verweigerung von Genehmigungen)

Die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats verweigern Genehmigungen für einen unter einer der im Folgenden genannten Umstände vorgenommenen Unternehmenszusammenschluß:

- 1) Beseitigung oder Beschränkung von Marktwettbewerb;
- 2) Behinderung der gesunden volkswirtschaftlichen Entwicklung;
- 3) Verletzung der allgemeinen Interessen der Gemeinschaft.

### § 30 (Außerordentliche Genehmigungen)

Unternehmenszusammenschlüsse, die in einem bestimmten Bereich Marktwettbewerb beseitigen oder beschränken, können von den einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats eine außerordentliche Genehmigung erhalten, wenn sie für die volkswirtschaftliche Entwicklung und das allgemeine Interesse der Gemeinschaft von Vorteil sind.

## 1.5 Abschnitt 5 Verbot von Verwaltungsmonopolen

### § 31 (Erzwungener Handel)

Regierungen und ihre nachgeordneten Behörden dürfen ihre Verwaltungsmacht nicht dazu mißbrauchen, Anderen einschränkend den Handel mit Waren von dazu ausgewählten Geschäftstreibenden festzulegen oder reguläre Geschäftstätigkeit mit den übrigen Geschäftstreibenden einzuschränken.

### § 32 (Regionale Monopole)

Die Lokalregierungen auf allen Verwaltungsebenen und ihre nachgeordneten Behörden dürfen ihre Verwaltungsmacht nicht dazu mißbrauchen, mit den im Folgenden genannten Methoden die Einfuhr und den Absatz externer Waren auf lokalen Märkten einzuschränken oder die Ausfuhr lokaler Waren auf externe Märkte einzuschränken:

- 1) Einschränkende Festlegung Anderer auf ausschließliche Geschäfte mit sowie den Ankauf und Gebrauch von lokalen Waren;
- 2) Einrichtung von Kontrollen auf Straßen, Bahnhöfen, Häfen, Flugplätzen oder an den Grenzen der Verwaltungsregion zur Behinderung der lokalen Einfuhr externer Waren oder der Ausfuhr lokaler Waren;
- 3) Verfügung von diskriminierenden Gebührenarten oder Gebührenstandards oder Festlegung von diskriminierenden Preisen für externe Waren;
- 4) Festlegung von anderen technischen Anforderungen oder Kontrollstandards für externe Waren als für gleichartige lokale Waren, oder Vollzug wiederholter Kontrollen und Genehmigungsverfahren sowie



- anderer diskriminierender Praktiken zur Beschränkung der Einfuhr externer Waren auf lokale Märkte;
- 5) Spezielle Geschäfts-, Absatz-, Genehmigungs-, und Lizenzverfahren sowie andere spezielle Methoden für externe Waren zur Beschränkung der Einfuhr externer Waren auf lokale Märkte;
  - 6) Beschränkung oder Ablehnung der Beteiligung externer Geschäftstreibender an lokalen Ausschreibungen durch die Verfügung diskriminierender qualifizierender Anforderungen und Prüfungsstandards, die unrechtmäßige Bekanntgabe von Informationen und andere Methoden;
  - 7) Beschränkung oder Ablehnung lokaler Investitionen oder der Einrichtung von lokalen Niederlassungen externer Geschäftstreibender durch Methoden der Ungleichbehandlung mit lokalen Geschäftstreibenden oder die diskriminierende Behandlung lokaler Investitionen und lokaler Niederlassungen externer Geschäftstreibender;
  - 8) Vollzug anderer Maßnahmen der regionalen Abriegelung.

#### § 33 (Behörden- und Branchenmonopole)

Regierungen und ihre nachgeordneten Behörden dürfen ihre Verwaltungsmacht nicht dazu mißbrauchen, den Markteintritt von Geschäftstreibenden in bestimmten Branchen zu beschränken, um Marktwettbewerb zu beseitigen oder zu beschränken.

#### § 34 (Erzwungene Wettbewerbsbeschränkung im Verbund)

Regierungen und ihre nachgeordneten Behörden dürfen ihre Verwaltungsmacht nicht dazu mißbrauchen, Geschäftstreibende zu nach Abschnitt 2, 3 und 4 dieses Gesetzes verbotenen Verhaltensweisen zur Beseitigung oder Beschränkung des Marktwettbewerbs zu zwingen.

#### § 35 (Verbotenes abstraktes Verwaltungshandeln)

Regierungen und ihre nachgeordneten Behörden dürfen ihre Verwaltungsmacht nicht dazu mißbrauchen, rechtliche Bestimmungen mit wettbewerbsbeseitigendem oder wettbewerbsbeschränkendem Inhalt zu erlassen, um fairen Wettbewerb zu verhindern.

### 1.6 Abschnitt 6 Einschlägige Stellen der Wettbewerbsaufsicht

#### § 36 (Untersuchung und Verfahren)

Die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats üben ihre Amtsgewalt nach dem Gesetz unabhängig aus und verfahren nach dem Gesetz mit den in diesem Gesetz niedergelegten monopolistischen Verhaltensweisen.

### § 37 (Aufgaben)

Die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats üben die im Folgenden genannten Aufgaben aus:

- 1) Ausarbeitung der Wettbewerbspolitik und ihrer gesetzlichen Bestimmungen;
- 2) Erwägung der nach diesem Gesetz wettbewerbsrelevanten Sachverhalte;
- 3) Behandlung der Sachverhalte, für die dieses Gesetz eine Berichterstattung oder Genehmigung festlegt;
- 4) Untersuchung der Situation des Marktwettbewerbs;
- 5) Untersuchung und Verhandlung von Verfahren zu Verstößen gegen dieses Gesetz;
- 6) Annahme und Anhörung der Berichterstattung;
- 7) Andere wettbewerbsbezogene Sachverhalte.

### § 38 (Untersuchungsbefugnisse)

Die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats haben bei den nach dem Gesetz durchgeführten Untersuchungen die im Folgenden genannten Befugnisse:

- 1) Forderung zur Vorbringung der Einwände der betroffenen sowie der bevorteiligten und der benachteiligten Parteien an einem bestimmten Ort;
- 2) Forderung zur Vorlage von Abrechnungsbüchern, Dokumenten und anderen relevanten Unterlagen der relevanten Stellen, Gesellschaften, Einheiten und Einzelpersonen;
- 3) Entsendung von Personal zur Residenz oder zum Geschäftssitz der Geschäftstreibenden zur Durchführung von Untersuchungen;
- 4) Mit gerichtlicher Zustimmung Gebrauch des Rechts zur Durchführung von Hausdurchsuchungen zur Versiegelung und Beschlagnahme von relevanten illegalen Gegenständen oder Beweismaterial;
- 5) Einfrieren von Bankkonten.

### § 39 (Ausführung des öffentlicher Auftrags nach dem Gesetz)

Untersuchungspersonal hat bei der Wahrnehmung des öffentlicher Auftrags nach dem Gesetz Dokumente vorzulegen, die die Wahrnehmung der relevanten öffentlichen Aufgaben belegen; die einer Untersuchung Unterzogenen können Personen, die diese Dokumente nicht vorlegen, die Untersuchung verweigern.

### § 40 (administrative Mahnung)

Kommen die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats in der Anfangsphase der Untersuchung zu der Ansicht, daß eine Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen dieses Gesetzes vorliegt, können sie den Zuwiderhandelnden ermahnen, angemessene Maßnahmen zur Korrektur des Verhaltens zu ergreifen.

### § 41 (Öffentliche Bekanntgabe der Verhandlungsergebnisse)

Die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats haben die Ergebnisse der Verhandlungen über Wettbewerbsverfahren öffentlich bekanntzugeben, ohne die bei der Ausführung des öffentlicher Auftrags erfahrenen Geschäftsgeheimnisse offenzulegen.

### § 42 (Pflichten)

Personal der einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats dürfen die bei der Ausführung des öffentlicher Auftrags erfahrene Geschäftsgeheimnisse von Geschäftstreibenden nicht an Andere weitergeben oder entgegen dem Gesetz verwenden.

### § 43 (lokale Niederlassungen)

Die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats können nach dem aus der Ausführung ihrer Aufgaben erwachsenen Bedarf lokale Niederlassungen einrichten.

## 1.7 Abschnitt 7 Rechtliche Verantwortung

### § 44 (Strafen für wettbewerbsbeschränkende Abkommen)

Bei Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen nach § 8 dieses Gesetzes ordnen die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats die Einstellung der Zuwiderhandlung an und können ein Strafgeld von mindestens 100.000 Yuan bis höchstens 5 Millionen Yuan erlassen.

### § 45 (Strafen für Zuwiderhandlung gegen das Verbot des Mißbrauchs der marktbeherrschenden Stellung)

Bei Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen nach §§ 17-24 dieses Gesetzes ordnen die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats die Einstellung der Zuwiderhandlung an und können ein Strafgeld von mindestens 100.000 Yuan bis höchstens 10 Millionen Yuan erlassen; liegt ein Straftatbestand vor, so erfolgt nach dem Gesetz die strafrechtliche Verfolgung.

#### § 46 (Strafen für ungenehmigte Unternehmenszusammenschlüsse)

Verstossen Geschäftstreibende gegen die Bestimmungen nach § 26 dieses Gesetzes indem sie ohne Genehmigung einen Unternehmenszusammenschluß durchführen, so können die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats diesen Unternehmenszusammenschluß verbieten, eine Frist zur Wiederherstellung des vorherigen Zustandes vorschreiben und ein Strafgeld von mindestens 100.000 Yuan bis höchstens 10 Millionen Yuan erlassen.

#### § 47 (Strafen für Behörden- und Branchenmonopole)

Liegt ein Zuwiderhandeln gegen die Bestimmungen nach § 33 dieses Gesetzes vor, wird dies durch die übergeordnete Behörde geändert oder beseitigt. Die direkt verantwortlichen Zuständigen erhalten nach dem gesetzlich geregelten Verfahren je nach Schwere des Vergehens disziplinarische Strafen (*wörtl.*: „Verwaltungsstrafen“) in Form von Degradierung oder Entlassung; liegt ein Straftatbestand vor, so erfolgt nach dem Gesetz die strafrechtliche Verfolgung.

#### § 48 (Strafen für erzwungenen Kauf, regionale Monopole, erzwungenen Verbund etc.)

Liegt ein Zuwiderhandeln gegen die Bestimmungen nach §§ 31, 32, 34 oder 35 dieses Gesetzes vor, ordnen die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats die Einstellung der Zuwiderhandlung an. Die direkt verantwortlichen Zuständigen erhalten nach dem gesetzlich geregelten Verfahren je nach Schwere des Vergehens disziplinarische Strafen (*wörtl.*: „Verwaltungsstrafen“) in Form von Degradierung oder Entlassung; liegt ein Straftatbestand vor, so erfolgt nach dem Gesetz die strafrechtliche Verfolgung.

#### § 49 (Klagerecht der Geschädigten)

Werden die legitimen Rechte und Interesse von Geschäftstreibenden oder Verbrauchern durch das monopolistische Verhalten geschädigt, können Sie vor Gericht Klage erheben.

#### § 50 (Schadensersatz)

Handeln Geschäftstreibende den Bestimmungen dieses Gesetzes zuwider und schaden den Rechten und Interessen Anderer, so können die Geschädigten vor Gericht den Ausgleich des Schadens durch den Geschäftstreibenden fordern. Die Höhe des Schadensersatzes richtet sich nach dem realen Verlust der Geschädigten sowie deren vorhersehbaren Gewinnen. Ist der Verlust der Geschädigten schwer zu errechnen, so richtet sich die Höhe des Schadensersatzes nach dem vom Schadensverursacher während des Zeitraums des Deliktes und aufgrund des Deliktes erzielten Gewinn und sollte zudem die durch die Unter-

suchung und die Klage notwendigen Aufwendungen des Geschädigten angemessen ausgleichen.

#### § 51 (Strafen für Verhaltensweisen der zu Untersuchenden)

Nehmen die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats nach den Bestimmungen des § 38 dieses Gesetzes eine Untersuchung vor, und verweigert der zu Untersuchende diese Untersuchung ohne innerhalb der festgelegten Frist plausible Gründe geltend zu machen, oder verweigert er das Erscheinen am bestimmten Ort zur Vorbringung der Einwände, oder verweigert er die Vorlage von Abrechnungsbüchern, Dokumenten und anderen relevanten Unterlagen, oder schafft er versiegelte oder beschlagnahmte relevante illegale Gegenstände oder Beweismaterial fort, so wird die Korrektur dessen angeordnet, und es kann je nach Schwere des Vergehens ein Strafgeld von mindestens 100.000 Yuan bis höchstens 1 Millionen Yuan erlassen werden.

#### § 52 (Zwangsvollstreckung)

Wir die Vollstreckung des nach den Bestimmungen dieses Gesetzes von den einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats erlassenen Strafbeschlusses verweigert, so kann vor Gericht die Zwangsvollstreckung beantragt werden.

#### § 53 (Rechte der betroffenen Parteien)

Lehnen die betroffenen Parteien einen von den einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats erlassenen Strafbeschluss ab, so können diese innerhalb von 60 Tagen nach Eingang des Strafbeschlusses bei den einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats Revision beantragen; wird der revidierte Beschluß angelehnt, so kann innerhalb von 15 Tagen nach Eingang des revidierten Beschlusses vor Gericht Klage erhoben werden; es kann auch direkt vor Gericht Klage erhoben werden.

#### § 54 (Verletzung der Verschwiegenheitspflicht)

Verletzt Personal der einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats die in den Bestimmungen der §§ 41 und 42 dieses Gesetzes niedergelegte Verschwiegenheitspflicht erfolgt eine disziplinarische Bestrafung (*wörtl.*: „Verwaltungsstrafe“); liegt ein schwerwiegendes Vergehen und ein Straftatbestand vor, so erfolgt nach dem Gesetz die strafrechtliche Verfolgung; wird Schaden verursacht, besteht die Pflicht zum Schadensausgleich.

#### § 55 (Pflichten von Personal mit öffentlichem Auftrag)

Wird vom Personal der einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats die Amtsgewalt mißbraucht, oder werden Pflichten verletzt, oder werden betrügerische Praktiken angewandt, erfolgt eine disziplinarische Bestra-

fung (*wörtl.*: „Verwaltungsstrafe“); liegt ein schwerwiegendes Vergehen und ein Straftatbestand vor, so erfolgt nach dem Gesetz die strafrechtliche Verfolgung.

## 1.8 Abschnitt 8 Zusätzliche Bestimmungen

### § 56 (Ausübung geistiger Eigentumsrechte)

Auf Geschäftstreibende, die Rechte nach dem Autorengesetz, dem Warenzeichengesetz, dem Patentgesetz und anderen Gesetzen zum Schutz geistigen Eigentums ausüben, findet dieses Gesetz keine Anwendung. Es findet jedoch Anwendung, wenn geistiges Eigentum mißbraucht wird und der reale Wettbewerb eingeschränkt oder beseitigt wird oder möglicherweise eingeschränkt oder beseitigt wird.

### § 57 (Festlegung detaillierter Bestimmungen)

Die einschlägigen Stellen der Wettbewerbsaufsicht des Staatsrats erlassen nach diesem Gesetz detaillierte Bestimmungen, die dem Staatsrat vorzulegen sind und nach dessen Genehmigung in Kraft treten.

### § 58 (Tag der Inkrafttretens)

Dieses Gesetz tritt am XX.XX.XXXX in Kraft.

(übersetzt von Rainer Heufers)

## 2 Text 1 zum Dolmetschen: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Entstehungsgeschichte und Entwicklungsperspektiven (Dr.Dieter Wolf, Präsident des Bundeskartellamtes a.D.)

Das GWB als nationales Wettbewerbsgesetz ist traditionell Grundlage für die Tätigkeit des Bundeskartellamtes, aber nicht allein. Über die fast 50 Jahre seines Bestehens hinweg hat das europäische Wettbewerbsrecht - zunächst daneben, dann überlagernd und schließlich zunehmend das nationale Recht verdrängend - erheblich an Bedeutung gewonnen, mit der Folge, dass das Bundeskartellamt in Fällen, die in seine nationale Zuständigkeit fallen, zunehmend europäisches Kartellrecht direkt anwendet.

Ich werde mich im Wesentlichen auf die Darstellung des GWB als national deutsches Wettbewerbsrecht beschränken, obwohl - wie gesagt - dadurch nur ein Teil des kartellrechtlichen Geschehens in Deutschland, demnächst sogar wohl der weniger bedeutende Teil, beschrieben wird.

Die erste Fassung des GWB trat am 1. Januar 1958 in Kraft, d.h. am gleichen Tage wie die **Römischen** Verträge, durch die die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), die heute Europäische Union (EU) heißt, begründet wurde. Diese zeitliche Koinzidenz war für uns Deutsche ein Glücks-

fall, weil bei der Vorbereitung beider Normenwerke, den europäischen Wettbewerbsregeln (damals Art.85 ff., heute Art.81 ff. des EG-Vertrages) und dem GWB, auf deutscher Seite zum Teil dieselben Fachleute tätig waren.

Diese erste GWB-Fassung enthielt bereits das Kartellverbot sowie - inzwischen wesentlich verschärfte - Regelungen zur Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, also zwei der drei Säulen, die heute international als Essentials eines modernen Wettbewerbsrechts angesehen werden. Die wichtige dritte Säule, die Fusionskontrolle, fehlte noch. Sie kam erst mit der zweiten Novelle im Jahre 1973 hinzu, nachdem überdeutlich geworden war, dass eine bloße Beobachtung der Konzentrationsvorgänge zur Erhaltung wettbewerblicher Strukturen nicht ausreicht. Es hatte sich sehr bald gezeigt, dass das Kartellverbot de facto sogar als zusätzlicher Anreiz für Zusammenschlüsse wirkte, weil auf diese Weise ganz legal und zu hundert Prozent lästiger Wettbewerb unter den fusionsbeteiligten Unternehmen beseitigt werden konnte. Der Begriff des „Fusionsprivilegs“, der heute noch bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen gelegentlich eine - wenn auch geminderte - Rolle spielt, wurde damals erfunden. Die Fusionskontrolle wurde für gewichtigere Zusammenschlüsse von vornherein als präventive, d.h. als vorherige und nicht als nachträgliche Kontrolle ausgestaltet und damit ein Instrument geschaffen, das effizient und in dieser Form in Europa neu war. Es hat - mit ziemlichem time-lag - vielfache Nachahmung gefunden und siebzehn Jahre später dann auch zur Europäischen Fusionskontrolle durch die EU-Kommission geführt.

Seit dem 1. Januar 1999 gilt das GWB in der Fassung der Sechsten Novelle. Sie hat bereits bedeutsame Angleichungen an das europäische Wettbewerbsrecht vorgenommen und - auch dies für die Kartellrechte Europas eine Novität - detaillierte Vorschriften zum Schutz von Bietern bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in das Gesetz integriert.

Die nächste, Siebte Novelle des GWB ist bereits programmiert. Die jüngsten, sehr weitgehenden Änderungen im materiellen und im Verfahrensrecht der EU (VO Nr. 1/2003 zum Kartellverbot und die im Februar, also gerade in Kraft getretene neue FusionskontrollVO - 139/2004) machen eine entsprechende Anpassung des nationalen Rechts (schon wieder) erforderlich. Die Siebte GWB-Novelle, sollte zeitgleich mit der neuen EG-Kartell- und der neuen EG-FusionskontrollVO, also am 1. Mai 2004, dem Zeitpunkt auch des Beitritts der neuen Mitgliedstaaten in die Union, in Kraft treten. Dass dieser ehrgeizige Termin einzuhalten sein würde, erschien von Anfang an ziemlich zweifelhaft. Bisher liegt gerade einmal ein Referentenentwurf für die Novelle vor, dessen Diskussion in den Fachkreisen noch gar nicht so recht begonnen hat. Das Bundeskabinett hat ihn natürlich auch noch nicht beschlossen und damit in den Rang eines Regierungsentwurfs erhoben, geschweige denn ist er ins Parlament (Deutscher Bundestag) und in die zweite Kammer (Deutscher Bundesrat) eingebracht und dort verabschiedet. Das Gesetzgebungsverfahren wird

sich also mindestens in die zweite Hälfte des Jahres hineinziehen, wohl sicher auch mit einigen inhaltlichen Änderungen.

Wegen der Unsicherheiten, was aus der Siebten Novelle wann wird, und weil sie zum eigentlichen Ziel hat, das inzwischen nicht mehr eigenständige GWB an das dominant gewordene EU-Recht anzupassen, möchte ich mich mehr auf die Darstellung des GWB in der Fassung der Sechsten Novelle konzentrieren. Das europäische Wettbewerbsrecht nämlich ist durch einstimmige Beschlüsse des EU-Rates mit einem sehr weitgehenden, direkt in die Mitgliedstaaten hineinwirkenden rechtlichen Vorrang ausgestattet worden. Dies hat für Deutschland und andere Mitgliedstaaten, übrigens auch für die Beitrittsländer, Anpassungsbedarf ausgelöst. Es geht in Europa jetzt nicht mehr darum, das nationale Wettbewerbsrecht weiterzuentwickeln, sondern möglichst schnell die Vorgaben des europäischen Rechts in das nationale zu übernehmen und effiziente, Kollisionen vermeidende Verfahrensregeln zu schaffen.

Eine solche Situation, die mit unterschiedlichen Rechtsebenen, dem nationalen und dem Gemeinschaftsrecht, umzugehen und dabei rechtliche Hierarchien zu beachten hat, ist typisch für Integrationsfortschritte eines völkerrechtlichen Gebildes wie das der Europäische Union. Für China ist sie es - so wie ich es sehe - nicht.

Das Kartellrecht, die erste Säule des Wettbewerbsrechts, ist seit je her als echtes gesetzliches Verbot ausgestaltet, mit der Folge, dass ein Verstoß Rechtswirksamkeit der Zuwiderhandlung auslöst und eine Ahndung mit Bußgeld nach sich ziehen kann. Die Sechste Novelle hat den Verbotswortlaut einerseits noch deutlicher dem europäischen Kartellverbot (Art.81 Abs.1 EGV) angeglichen, andererseits die im deutschen Recht bestehende Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen beibehalten. Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen sind, vorbehaltlich der Möglichkeit einer Freistellung, verboten, während vertikale nur einer mit Eingriffs schwellen verbundenen Missbrauchsaufsicht unterliegen, sofern sie nicht gegen das Preis- und Konditionenbindungsverbot verstoßen. Der Grund für diese Differenzierung zwischen horizontal und vertikal liegt in der schlichten Tatsache, dass horizontale Beschränkungen von Konkurrenten veranlasst und deshalb per se wettbewerbsschädigend sind, während Vertikalbindungen diesen Effekt nicht ohne weiteres haben, im Gegenteil manchmal sogar Wettbewerbs fördernd wirken können (z.B. das Franchising). Das EG-Recht kennt diese Unterscheidung gleichwohl nicht. Es hat von Anfang an horizontale und vertikale Bindungen gleichgeschaltet, vor allem weil das Unterlaufen eines der wesentlichen Ziele des EG-Vertrages, des Abbaus von Zollschränken, z.B. durch Gebietsschutzverträge verhindert werden sollte. Eine solche, am Binnenmarktziel festgemachte Orientierung ist wiederum ausgesprochen EU-spezifisch, was in den Anfängen der Gemeinschaft legitimer war als sie es heute noch ist, und sie hatte ihren Preis: Eine Menge von Vertikalbindungen, die typischerweise nicht



wettbewerbsschädigend sind aber dem EG-Kartellverbot unterfielen, mussten nämlich mit einer Vielzahl von sog. Gruppenfreistellungs-Verordnungen wieder legalisiert werden. Das geflügelte Stichwort in diesem Kontext war das vom „Chaos der Gruppenfreistellung“.

Wir Deutsche legten über Jahrzehnte beim Kartellverbot im GWB Wert auf die Unterscheidung zwischen horizontal und vertikal. Wir haben diese Unterscheidung verteidigt, weil wir sie für sachgerecht hielten und hierin von vielen Kollegen im Ausland bestätigt wurden. Das wird nun mit der Siebten Novelle anders werden. Der neuerlich noch verstärkte Vorrang des Gemeinschaftsrechts lässt eine solche Differenzierung in den nationalen Wettbewerbsrechten nicht mehr zu.

Auch was die Möglichkeit der Freistellung vom Kartellverbot angeht, stehen in Europa tiefgreifende materiell- und verfahrensrechtliche Veränderungen an. Der EG-Vertrag regelt die Freistellung in der Generalklausel des Art.81 Abs.3, während das GWB hierfür kasuistisch eine Reihe von Ausnahmetatbeständen bereithält. In den nun fast fünfzig Jahren paralleler Anwendung des GWB und des EG-Kartellrechts in Deutschland haben sich daraus jedoch keine gravierenden Interpretationsdivergenzen entwickelt.

Das Verfahren der Freistellung war rechtlich sehr ähnlich organisiert: es war ein Antrags- bzw. Anmeldeverfahren, das im Grundsatz auch der Entwurf des chinesische Anti-Monopolgesetzes in seinen Artikeln 11 bis 13 für die Legalisierung von Wettbewerbsbeschränkungen vorsieht. Allerdings konnte allein die EU-Kommission vom europäischen Kartellverbot freistellen. Die Mitgliedstaaten konnten das nicht. Das Kartellverbot europäischen Rechts, also Art.81 Abs.1 EGV, gilt zwar direkt in den Mitgliedstaaten, und die Mitgliedstaaten sind auch befugt, das Verbot zu exekutieren. Die Verbots-Freistellung war jedoch (sekundärrechtlich durch die Verordnung Nr. 17/62) bei der EU-Kommission monopolisiert. Dies hatte zur Folge, dass sich die Anmeldungen und Freistellungsanträge in Brüssel häuften und zu einem administrativen Massenproblem wurden. Die Kommission kam in diesem Bereich zuletzt kaum noch zu formellen Entscheidungen, sondern stellte sog. Comfort-letter aus, in denen sie mitteilte, dass sie nicht einschreiten werde. Diese Comfort-letter banden rechtlich zwar die Kommission selbst, sonst aber niemanden, insbesondere keine Dritten, die sich z.B. zivilrechtlich weiterhin auf die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Kartellverstoßes berufen konnten. Es musste also etwas geschehen, und so kam die Kommission im Jahre 1999 auf die Idee, die Freistellung vom europäischen Kartellverbot radikal zu ändern. Im Ergebnis schlug sie vor, die Freistellung durch administrative Entscheidung überhaupt abzuschaffen und die Einschätzung, ob ein Verhalten mit dem Kartellverbot kompatibel oder freistellungsfähig ist, den beteiligten Unternehmen selbst zu überlassen (System der sog. Legalausnahme): Auf diese Weise befreite sich die Kommission schlagartig von dem mit der Anmeldung verbundenen Massen-

problem und argumentierte, dass nun dezentral vor den Gerichten der Mitgliedstaaten entschieden werden solle, ob ein Kartellverstoß vorliegt. Mit eine Rolle spielte wohl auch die Überlegung, dass auf diese Weise das europäische Wettbewerbsrecht dem US-amerikanischen Antitrust-Recht nähergebracht werde. In den USA wird ja weitaus die Mehrzahl der Kartellfälle aufgrund privater Klagen (private litigation) vor die Gerichte gebracht und dort entschieden, nicht aber durch die Kartellbehörden. Um es kurz zu machen, die Kommission setzte sich in jahrelanger Diskussion mit ihrem Vorschlag durch. Am Ende beschloss der EU-Rat einstimmig die Verordnung 1/2003, die diese neue Konzeption zum europäischen Kartellverbot materiellrechtlich fixiert und verfahrensmäßig ausgestaltet, und diese Verordnung ist am 1. Mai diesen Jahres in Kraft getreten. Da am gleichen Tage zehn weitere europäische Länder der Union beigetreten sind, gilt das neue Recht nun nicht nur im bisherigen Europa der fünfzehn sondern im erweiterten Europa der fünfundzwanzig Mitgliedstaaten.

Das allein schon macht die Umsetzung der neuen Konzeption nicht leichter. Die Mitgliedstaaten, auch die Beitrittsländer mit ihren gerade erst verabschiedeten Kartellgesetzen, müssen ihr nationales Recht entsprechend anpassen. In Deutschland soll das durch die Siebte GWB-Novelle geschehen, die sich schon im Zeitverzug befindet. Da wir in Europa eine deutlich weniger entwickelte „Streitkultur“ als die Vereinigten Staaten haben, zeichnet sich ab, dass - möglicherweise in einem weiteren Schritt - Anreize (incentives) für geschädigte Konkurrenten und Verbraucher geschaffen werden müssen, damit sie überhaupt in Kartellsachen vor Gericht ziehen. Die Diskussion darüber ist schon in vollem Gange. Vor allem aber ist nicht abzuschätzen, wie und wie schnell die nationalen Gerichte und dann auch die europäischen mit der für sie neuen Aufgabe der Freistellung fertig werden. Sogar die Frage, ob die neue EU-KartellVO, die ja abgeleitetes, d.h. Sekundärrecht ist, überhaupt als mit Art.81 Abs.3 EGV, dem Primärrecht, vereinbar angesehen werden kann, wird irgendwann einmal vom Europäischen Gerichtshof in Luxemburg zu entscheiden sein.

All dies - und einiges mehr - sind offene Fragen, so offen, dass wohl einige Zeit ins Land ziehen muss, bevor auf der Grundlage dann vorliegender Erfahrungen die neuen Regelungen bewertet werden können. Ich möchte deshalb den Kartellverbotsteil der noch gar nicht verabschiedeten Siebten GWB-Novelle jetzt nicht weiter vertiefen.

Zweite Säule des Kartellrechts ist die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen. Der Entwurf zum chinesischen Anti-Monopolgesetz kennt sie auch (Abschnitt 3, Art. 14-24) und regelt sie im Ergebnis ähnlich wie das GWB. Ich gehe deshalb hier nur auf zwei Besonderheiten ein, die von der Sechsten Kartellnovelle im GWB normiert worden sind. Erstens hat diese Novelle die Missbrauchsaufsicht in § 19 Abs. 1 GWB ent-

sprechend Art.82 EGV zu einem echten gesetzlichen Verbot der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung ausgestaltet. Die Missbrauchsaufsicht ist also nicht mehr nur Verhaltenskontrolle durch die Kartellbehörden. Das gesetzliche Verbot hat zur Rechtsfolge, dass im Falle seiner Verletzung die durch den Missbrauch Geschädigten zivilrechtlich Schadenersatz von dem missbrauchenden Unternehmen verlangen können - eine nicht zu unterschätzende Sanktion, die bisher im deutschen Recht nicht durchgehend, sondern nur bei Verletzung besonders geschützter Rechte beim Geschädigten drohte. Und zweitens wurde in § 19 Abs. 4 GWB eine Regelung eingefügt, durch die eine Verweigerung des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen als Missbrauch qualifiziert und so das allgemeine Missbrauchsverbot des § 19 Abs. 1 GWB konkretisiert wird. Diese Neuregelung ist vor dem Hintergrund der im US-Antitrustrecht entwickelten Essential facilities doctrine und der Notwendigkeit zu sehen, private Netze zunehmend für dritte Newcomer zu öffnen, die auf Märkten, die dem Netz vor- oder nachgelagert sind, als Wettbewerber tätig werden möchten. Die Essential facilities doctrine war von der Kommission, bestätigt durch den Europäischen Gerichtshof, bereits in anderem Kontext, nämlich beim Zugang zu Hafenanlagen angewandt worden. Nun hat mit der Sechsten Kartellnovelle der deutsche Gesetzgeber sie aufgegriffen und sie - in Europa erstmalig - für den Zugang zu Märkten nutzbar gemacht, die sonst durch monopolistische Flaschenhälse verschlossen blieben.

Ob die Mitbenutzung einer Einrichtung für die Aufnahme von Wettbewerb wesentlich ist, wird nach objektiven Kriterien bestimmt. Sind sie erfüllt, kommt es nicht auf die Art des betroffenen Marktes oder des betroffenen Wirtschaftszweiges an. Die offene, allgemein auf die Aufnahme von Wettbewerb abstellende Formulierung erleichtert es insbesondere, auf heute noch nicht absehbare Marktentwicklungen, die künftig von monopolisierten Netzwerken abhängen, wettbewerbsrechtlich zu reagieren. Gedacht ist dabei nicht nur an neue körperliche, also leitungsgebundene Netze. Die Regelung kann auch bei den sog. virtuellen Netzen relevant werden, die in Zukunft - das ist ja schon absehbar - nach Art und Gewicht besondere wettbewerbsliche Probleme stellen werden (siehe Microsoft/Bill Gates). Auch die Frage, ob dem Unternehmen, das Zugang begehrt, selbst die Schaffung entsprechender eigener Einrichtungen möglich und zumutbar ist, richtet sich nach objektiven Kriterien. Geschäftspolitische Präferenzen sind nicht maßgeblich. Inwieweit eine Verweigerung des Zugangs sachlich gerechtfertigt ist, ist nach den Grundsätzen zu beurteilen, die von den Kartellbehörden und Gerichten zum Behinderungsmissbrauch entwickelt worden sind. Zu prüfen ist also zum Beispiel insbesondere, ob die Kapazität der Einrichtung für die Mitbenutzung durch den Dritten ausreichend ist. Und ganz wichtig: es geht nicht um eine unentgeltliche Öffnung privater Einrichtungen und Netze, die nach deutschem Recht ein enteignungsgleicher Eingriff wäre. Der Eigentümer kann für die Mitbenutzung

z.B. seines Netzes durch Dritte ein Entgelt verlangen, das allerdings angemessen sein muss. Hier - in der Preisfindung - liegen zugegebenermaßen die eigentlichen Probleme der Regelung. Darauf detaillierter einzugehen, würde den Rahmen meines überblickhaften Vertrags sprengen. Vielleicht können wir in der Diskussion noch auf das Thema zurückkommen. Jetzt nur so viel: für Kenner der Materie auffällig ist die Nähe zu den Problemen, die sich für die Preisfindung in regulierten, nicht hinreichend wirksamen Wettbewerb unterliegenden Märkten immer stellen. Auch die Preisfindung bei Zwangslizensierung ist nicht einfach. Trotzdem hat das Bundeskartellamt noch zu meiner aktiven Zeit mit dem Zwang zur Durchleitung von Elektrizität dritter Anbieter durch die Netze der etablierten deutschen Stromversorger zeitweise für so viel Wettbewerb gesorgt, dass die Strompreise für gewerbliche Abnehmer um bis zu 50% gesunken waren.

Dritte Säule des Kartellrechts ist die Fusionskontrolle. Auch hier ist - bedingt durch Rechtsänderungen auf europäischer Ebene - einiges im Fluss. Der EU-Rat hat, wiederum einstimmig, im Februar, also vor kurzem erst eine neue Fusionskontrollverordnung erlassen, die ebenfalls am 1. Mai in Kraft getreten ist. Auch sie führt zu Anpassungen in den Mitgliedstaaten, in Deutschland durch die Siebte Kartellnovelle. Sehr weitgehend geht es dabei jedoch um die Intensivierung der Zusammenarbeit der nationalen Kartellbehörden untereinander und mit der EU-Kommission, um eine Art administrativer Vernetzung also. Das ist wiederum, wie schon im Kontext mit dem Kartellverbot, im Wesentlichen eine Konsequenz der sich verstärkenden Integration der Europäischen Union. Mit dem Institut der Fusionskontrolle selbst hat dies eigentlich weniger zu tun. Ich gehe deshalb auf diese Neuerungen jetzt nicht ein, mit einer Ausnahme:

Die europäische Fusionskontrolle knüpfte, wie das auch die deutsche seit eh und je getan hat, an der „Entstehung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung“ als einzigem Untersagungskriterium an. Nun ist von der Möglichkeit einer Freistellung vom Fusionsverbot die Rede, wenn die Marktbeherrschung den Wettbewerb nicht wesentlich behindert. Damit wird in Zweifel gezogen, was bisher niemals zweifelhaft war, nämlich dass die beherrschende Stellung - schon sachlogisch - aus einem besonders hohen Grad von Wettbewerbsbeschränkung folgt. Hintergrund dieser Neuregelung ist zum einen wohl wiederum die Absicht, sich dem US-amerikanischen Antitrustrecht anzunähern. Dort verbietet Section 7 Clayton Act seit 1914 Zusammenschlüsse, „where the effect may be to substantially lessen competition“ (sog. SLC-Test). Ursprünglicher Gesetzeszweck war dort, monopolistische Tendenzen bereits in ihren Ansätzen („in their incipiency“) zu begegnen. Dafür genügte anfangs schon eine oligopolistisch angelegte Unternehmenskonzentration bei - aus heutiger Sicht - geringen gemeinsamen Marktanteilen der beteiligten Unternehmen (von deutlich unter 20%). Aus dem harten Incipency-Test ist in der Praxis mancher

erst- und zweitinstanzlicher Gerichte in den USA (bisher nicht des Supreme Court!) inzwischen der deutlich weichere, von der Chicago School propagierte Efficiency-Test geworden. Und das scheint mir der eigentliche Grund für das neue Untersagungskriterium in der europäischen Fusionskontrolle zu sein. Nach den Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Fusionen (Abl.EG 2004 C Nr.31, 76 ff.) will die EU-Kommission zukünftig Effizienzvorteile berücksichtigen, sofern sie den Verbrauchern zugute kommen (siehe Art.81 Abs.3 EGV), fusionsspezifisch und überprüfbar sind.

Die Kommission unterstellt dabei einen Zielkonflikt zwischen Effizienz und Wettbewerb. Alle empirischen industrieökonomischen Untersuchungen der letzten 20 Jahre kommen dagegen übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass weltweit über 50 % aller Fusionen (im Falle von Megafusionen sogar mehr als 70 %) betriebswirtschaftlich gesehen Fehlschläge waren, vor allem weil behauptete Effizienzvorteile entweder überhaupt nicht existierten oder sich nicht realisieren ließen.

Zudem wird bei einem solchen trade-off von Wettbewerbsbeschränkung und Effizienz außer Acht gelassen, dass Wettbewerb in dynamischer Sicht auch eine Kontrollfunktion über die Produktionskosten im Zeitablauf ausübt, die bei Wettbewerbsbeschränkung deutlich geschwächt wird. Das bedeutet, einer einmaligen Kostensenkung durch eine Fusion in Höhe von  $x$  % steht in mittel- und langfristiger Sicht eine mangels Wettbewerbsdrucks nicht realisierte Kostensenkung von  $y$  % gegenüber, die den behaupteten trade-off nochmals relativiert.

Überhaupt stellt sich die Frage, wie bei Marktbeherrschung die Effizienzvorteile in Gestalt niedrigerer Preise an die Verbraucher weitergegeben werden sollen.

Auf Wohlverhalten, d.h. auf freiwilligen Verzicht auf die an sich mögliche Einforderung monopolistisch überhöhter Preise zu setzen, wäre reine Illusion.

Zwar kann modelltheoretisch durch eine Fusion, die Marktbeherrschung generiert, die Marktversorgung im Vergleich zur Versorgung unter Wettbewerbsbedingungen verbessert werden; jedoch setzt das eine so drastische fusionsbedingte Kostensenkung voraus, dass daraus eine für das Unternehmen selbst attraktive Niedrigpreisstrategie resultiert. Ein solches Modell ist unter bestimmten Annahmen ökonomisch zwar errechenbar, in der Praxis jedoch realitätsfern. Nach aller Erfahrung funktioniert die Weitergabe einer Effizienzsteigerung in Gestalt niedriger Preise eben nur, wenn nach der Fusion wirksamer Wettbewerbsdruck verbleibt, der bei Marktherrschaft definitionsgemäß fehlt.

Es bliebe also die permanente Missbrauchsaufsicht, um die Weitergabe der Effizienzvorteile sicherzustellen. Dies kann schon wegen des damit verbundenen Massenproblems für die Kartellbehörden, vor allem aber wegen des - auch sehr teuren - hochregulatorischen Ansatzes keine befriedigende Lösung sein.

Die Kommission könnte schließlich die Fusionserlaubnis (nach Art. 6 Abs. 3 a bzw. 8 Abs. 6 FKVO) widerrufen, wenn sich die zuvor behaupteten Effizienzvorteile nicht einstellen oder nicht an die Verbraucher weitergegeben werden. Eine solche sog. unechte Entflechtung unterscheidet sich jedoch - was ihre Problematik angeht - in nichts von der echten, d.h. einer Entflechtung, die unabhängig von der Fusionskontrolle angeordnet wird. Im Kern geht es in beiden Fällen um das „descrambling of scrambled eggs“, eine Aufgabe, an der auch die US-Antitrust-Praxis, die dieses Instrument seit hundert Jahren kennt und ausprobiert hat, meist gescheitert ist.

Mit all diesen Problemen wird sich die Siebte Kartellnovelle - und anschließend das Bundeskartellamt und die Gerichte - auseinander zu setzen haben. Man kann nur hoffen, dass das neue, nun für die Fusionskontrolle geltende europäische Untersagungskriterium „to significantly impede effective competition“ (sog. SIEC-Test) auch unter Effizienzgesichtspunkten nicht niedriger angesiedelt wird als das Kriterium der Marktbeherrschung, das daneben ja fortbesteht. Dann wäre der Schaden für das wettbewerbliche Schutzniveau einigermaßen minimiert. Feststeht jedoch schon jetzt, dass wir es für einige Zeit mit Rechtsunsicherheit zu tun haben werden, die vermeidbar gewesen wäre.

### 3 译文：《反限制竞争法》产生历史与发展前景（迪特尔·沃尔夫博士，联邦反卡特尔局前局长）

从传统意义上讲，《反限制竞争法》作为国家性的竞争法规是联邦反卡特尔局的工作基础，但它不是孤立存在的。自其产生以来的近 50 年中，欧盟竞争法取得了越来越重要的地位——起先身居其次，然后与国家法并行，如今它正在不断地排挤国家法。在处理一些国家管辖范围内的案件时，联邦反卡特尔局也开始越来越多地直接使用欧盟卡特尔法。对这个问题我们将另作探讨，明天马肯罗特先生的报告主题就是——欧盟和国际背景下的《反限制竞争法》。

在此，我将仅仅阐述作为德国国家竞争法的《反限制竞争法》，虽然——如上所述——这只是描述了德国反垄断行为的一个方面，而且在不久以后甚至是一个次要方面。

《反限制竞争法》的第一版是于 1958 年 1 月 1 日生效的，也就是说，它和组建欧洲经济共同体，即今天的欧盟的《罗马公约》是于同一天生效的。这个时间上的巧合对我们德国人来说是一大幸事，因为相当部分的德国专家既参与了欧盟的竞争法规（当时《欧共体法》的第八十五条及以下几条，如今的第八十一条及以下几条）的制定，也参加了国内《反限制竞争法》的立法工作。

《反限制竞争法》的第一版包括了反卡特尔禁令和禁止滥用市场支配地位的规定，并且后者在此后的一段时间里得到了明显加强。也就是说，当今世界公认的现代竞争法的三大部分，有二者已经包含其中。所缺的第三部分就是兼并监管，直到 1973 年第二次修订时才补充进去。当时，情势已经极其明朗：正如人们所预料的那样，单单对企业集中过程进行监视是不足以维护竞争结构的。而且事实上，反卡特尔禁令甚至进一步刺激了企业的联合行为，因为参与兼并的企业能够通过这种方式基本合法地而且是完全彻底地克服彼此之间的残酷竞争。所谓的“兼并优惠”就是那时产生的，直到今天在成立联合企业时还间或发生作用，尽管这种作用已经大大弱化了。针对重大的企业联合行为，兼并监管从一开始起就是一种预防性措施，也就是说，它是事前而非事后监管。由此，兼并监管成为一种在欧洲全新的有效的监督手段。一段时间以后，各国纷纷效仿：17 年以后，欧盟委员会开始从事欧盟的兼并监管工作。

1999 年 1 月一日起，《反限制竞争法》的第六修订版开始生效。它为适应欧盟竞争法做了一些重大调整，并首次在欧洲将政府招标中对投标者的具体保护措施写入了法律。

对《反限制竞争法》进行第七次修订已经成为必然。欧盟在实体法和程序法上做出的最新变动（有关反卡特尔禁令的第 1 / 2003 条例以及 2 月份通过的第 139 / 2004 条例，即刚刚生效的兼并监管新条例）牵扯面广，这就要求各国法律与之相适应。《反限制竞争法》的第七修订版本应该和欧共体反卡特尔和兼并监管的新条例同时生效，即于 2004 年的 5 月 1 日生效，这恰好也是新成员国加入欧盟的时间。但要遵守这样的时间限制似乎是不太可能的。因为目前才刚刚有了一份草案稿，法律界对它的讨论还没有真正开始。该草案也尚未通过联邦内阁的批准，进而成为政府法律建议案，也就更谈不上提交议会（联邦议院）和第二议会（联邦参议院）讨论通过了。立法程序至少要拖到今年的下半年，而且肯定还会有一些内容上的变更。

我想主要谈谈《反限制竞争法》的第六修订版，这不仅仅是因为第七修订版何日出台尚不清楚。主要原因还在于，马肯罗特先生将深入阐述第七修订版，而且第七次修订的目的就在于调整如今越来越不独立的《反限制竞争法》，使其适应越来越处于优势地位的欧盟法规。欧盟理事会已经一致通过决议，赋予欧盟竞争法在法律上的优先地位，使其能深入各成员国内部发生广泛影响。这要求德国和其他成员国，包括那些即将加入的国家对自身法律进行相应调整。目前，欧洲各国的首要任务并不在于进一步发展国内竞争法，而是要尽快吸收既定的欧盟法规并且制定出有效的，避免冲突的程序规则。

这样一种情势涉及到国家法和共同体法的不同法律层次，也关乎法律的位阶，这对于一个国际法体系融合的进程，比如欧盟的一体化进程是很典型的。对中国——就我看来——就不具有典型意义。请正确领会我的意思：我并不是要撇开第七修订版。我的建议只是，我们明天在听完马肯罗特先生有关欧盟背景下的《反限制竞争法》的报告之后再讨论这个问题。我也很乐意对此发表看法。

我们先从竞争法的第一大支柱——反卡特尔禁令入手。

卡特尔一直是被法律明文禁止的，违反此禁令的行为不仅在法律上无效，而且当事人还要被处以罚金。第六修订版的条文在字句上进一步同欧盟的反卡特尔禁令（《欧共同体法》第八十一条第一款）接近，另一方面仍然保留了德国法中既有的对横向和纵向限制竞争行为的区分。除了豁免可能之外，横向的限制竞争行为是被禁止的；而纵向的只要不违反反价格和商务条件卡特尔禁令就仅仅受制于防止滥用的监管措施，在一定条件下才会被干预。区分的原因很简单，横向限制竞争的行为都是由相互竞争的各方策划的，从而势必损害竞争环境，而纵向的协议不一定会产生这样的作用，甚至有时反而会促进竞争（例如特许专营销售）。但《欧共同体法》没有这样的区分。从一开始起，它就将横向和纵向限制竞争的约定一视同仁，原因主要在于人们担心《欧共同体法》的主要目标之一，即消除关税壁垒会因诸如区域保护协议措施而受到阻碍。这种以内部大市场为目标的导向也非常具有欧盟特色，这一点在共同体的初期要比今天更加合理，但也要付出代价：那时很多并不危害竞争却触犯到欧共同体反卡特尔禁令的纵向协议不得不通过名目繁多的所谓集体豁免条例再次合法化。当时这一情形被戏称为“集体豁免的大混乱”。

我们德国人几十年来在反卡特尔禁令中一直重视横向和纵向的划分，其实你们从我的阐述方式上就能看出这点来。我们也捍卫过这种区分，因为我们认为这是符合实际情况的，并且也得到了许多外国同仁的赞同。然而随着《反限制竞争法》的第七次修订这种情况会有所变动。如今共同体法越来越强大的优先地位已经不再允许在国家竞争法中保留这样的区分。我向你们阐述这一点，并非要争取德国法的地位，这终究是失去了。我只是想表明，反卡特尔禁令是可以这样来区别设计的。

同样，在有关反卡特尔禁令的豁免方面，欧盟的实体法和程序法都将发生深刻的变革。《欧共同体法》在第八十一条第三款的综合条款中规定了豁免事宜，而《反限制竞争法》则以判例法的方式列举了一系列的例外情况。然而，《反限制竞争法》和欧共体的卡特尔法在德国并行使用了近五十年，还没有产生过什么重大的解释性分歧。



过去，它们的豁免程序是很相似的：通过申请及申报程序，这同《中国反垄断法（草案）》第十一到第十三条将限制竞争的行为合法化原则上很类似。然而只有欧盟委员会有权豁免欧盟反卡特尔禁令。各成员国自身无权豁免。欧盟法中的反卡特尔禁令，即《欧共同体法》第八十一条第一款虽然直接适用于各成员国，而且各成员国也有权执行此禁令。但豁免权过去（依据第二级法律——第 17 / 62 条例）一直由欧盟委员会垄断。这就导致大量的申报和豁免申请积压在布鲁塞尔，给行政管理工作带来大量困难，最终导致欧盟委员会连做个形式上的决定都几乎不可能，而只能出具所谓的默许信，称其将不干预。这样的默许信尽管在法律上对欧盟委员会自身有约束力，但除此之外不能约束任何人，特别是第三方可能在民法上引证某一合同因为触犯了反卡特尔禁令而不具效力。因此，欧盟委员会在 1999 年决定彻底改革欧盟反卡特尔禁令的豁免程序。它建议彻底取消以行政决定的方式进行豁免，至于某一行为是否同反卡特尔禁令具有兼容性以及是否具备豁免资格，这留给相关企业自身去判定（即所谓的合法例外体系）：这样，欧盟委员会就从申报积压的问题中解脱出来，它认为，现在应由各成员国的法院分散地去裁定是否存在违反卡特尔法的行为。同时，这也是要使欧盟竞争法进一步与美国的反托拉斯法接近。在美国，大部分的卡特尔案件都是因为私人起诉才被提交法院判决的，而不是由反卡特尔机构做出裁决。简言之，经过长期的讨论，欧盟委员会的建议最终被认可。欧盟理事会一致通过了第 1 / 2003 条例，将这一方案确立为欧盟反卡特尔禁令的实体法内容并制定了相关程序。这一条例于今年 5 月 1 日生效。十个欧洲国家于同日加入欧盟，因此，新法规不仅适用于过去的欧盟 15 国，而是适用于拥有 25 个成员国的大欧盟。

仅就这点，新方案的实施就决非易事。所有的成员国，包括那些刚刚通过卡特尔法的新成员国必须对自身的国家法做出相应的调整。德国——如上所述——将通过第七次修订《反限制竞争法》来完成，事实上已经有所拖延了。此外，我们欧洲不具备——婉转一点说——像美国那么发达的“争执文化”，那么很可能下一步必须制定一些刺激措施，使得受害的竞争者和消费者能够向法院就卡特尔案件提起诉讼。相关的讨论事实上正在进行之中。然而，当务之急是如何以及如何迅速地使得各国的法院以及欧洲法院能够胜任它们的新任务——裁定豁免事宜。甚至于新的反卡特尔条例，作为第二级法律是否可以认为同第一级法律，即《欧共同体法》的第八十一条第三款相一致，都有待卢森堡欧洲法院的裁定。

所有这些，还包括其他一些，都是有待解决的问题。我们必须要有经历一段时间以后才能在现实经验的基础上就新条例做出公正的评价。我现在还做不到这一点，所以我不打算对尚未通过的《反限制竞争法》第七修订版中的反卡特尔禁令部分做进一步的深入，在中国恐怕也没有这个必要。因为我不能想象，你们会考虑在卡特尔法中摈弃反卡特尔禁令豁免中的申请和申报要求而直接过渡到合法例外原则。

由于时间的缘故，要了解这么复杂的一个法律领域只能是浮光掠影的，下面我们来看看卡特尔法的第二个部分，即对能支配市场的企业是否滥用其地位进行监管。中国的反垄断法草案也有此项内容（第三章的第十四到二十四条），其规则同《反限制竞争法》类似。在此我只想提及《反限制竞争法》的第六修订版规则的两个特殊点。第一，与《欧共同体法》第八十二条相适应，《反限制竞争法》的第十九条第一款将这样的监管确定为正式的法律禁令，禁止企业滥用市场支配地位，这就是说对企业滥用市场支配地位进行监管不再仅仅是由反卡特尔机构执行的行为监管；法律禁令意味着，在其被违反的情况下，受害者可以向滥用市场支配地位的企业进行民事索赔——这是一项不可低估的制裁，在德国法中并非是普遍的，而只有在受害者受特殊保护的权利受损时才有可能发生。第二，《反限制竞争法》的第十九条第四款插入了一条新规定，将拒绝他人使用一些重要设施也视为滥用行为，从而将第十九条第一款的一般性禁令进一步具体化。这项新规定的产生背景是借鉴了美国反托拉斯法的必要设施条款，认为有必要为想进入某一市场竞争的后来者更多地提供使用私人网络的可能，无论这个市场是在这个网络的上游或者下游。经欧洲法庭证实，事实上，欧盟委员会曾经在其他背景下，即港口设施的使用方面应用过必要设施条款。现在德国法的第六修订版吸收了此项条款，并且在欧洲首次将其用于市场准入方面，以免垄断成为进入市场的瓶颈。

共用某一设施对于进行竞争是否是必要的，这一点要依据客观标准判定，并不取决于相关市场和相关经济部门的类别。这种以“进行竞争”为准则的开放式表达便于人们在法律上对于今天还预见不到的，但未来随着市场发展可能会产生的新情况做出反应。它不仅涉及到新的实体网络，即管线网络，还考虑了所谓的虚拟网络，它们未来——现在已经可以预见——将带来特别的竞争性问题（例如微软 / 比尔·盖茨）。另外，对于渴望被准入的企业是否有可能自己建造相应的设施也取决于客观的标准。经营政策上的优惠在此并不起决定作用。某一拒绝准入的行为在多大程度上是合法的，需要依据反卡特尔机构和法庭针对阻止竞争制定的基本原则去判定。比如说，我们特别要考虑设施的能力是否还足以允许第三者共用。同样重要的是：开放私人设施

和网络并非是无偿的，否则这在德国法中就将被视为没收性干预。所有者可以在比如允许第三者共用其设施时收取费用，但收费必须合理。恰恰在定价方面，——正如我们早已承认的那样——这项规定的确遇到了困难。具体探讨这个问题就超出我报告的范围了，也许在讨论中我们还会回到这个话题上。现在我只能说：很多行家都注意到，这些问题同在一个受管制而非充分竞争的市场上出现的定价问题非常类似。同样，对于强制发放许可证的定价也决非易事。不过联邦反卡特尔局还是在我的任期内通过强制原有供电商向其他竞争者开放电网引入了一些竞争，使得企业用电的价格曾经下调了 50%。

现在我们进入卡特尔法的第三个部分——兼并监管。因为欧盟法有所变动，这方面也同样有一些发展。欧盟理事会于今年 2 月一致通过决定，颁布了兼并监管的新条例，该条例也于 5 月 1 日生效。这也引起了各成员国的法律调整，德国将对《反限制竞争法》进行第七次修订。涉及面特别广的就是要加强各国反卡特尔机构之间以及它们同欧盟委员会的合作，以塑造一种行政网络。同反卡特尔禁令一样，这主要是欧盟一体化进程加深的结果，同兼并监管机制自身其实关系并不很大。所以我不详述这些新规则，但我要提一点：

过去，欧盟兼并监管的出发点和唯一准绳就是“是否产生或加强市场支配地位”，德国法也是一直这么实践的。但如今讨论的是，如果这种市场支配地位不会对竞争造成实质性威胁，那么这样的兼并行为是否可以豁免。市场的支配地位自然是产生于竞争高度受阻，这个过去从未被质疑过的命题由此被动摇了。制定这项新规定一方面也是试图同美国的反托拉斯法相接近。自 1914 年起，《特莱顿法》的第七章就禁止那些“会对竞争构成实质性威胁”的企业联合行为（所谓的 SLC 测试）。最初的目的是要将垄断的趋势扼杀在初始状态。当时只要是意在组建寡头的兼并就会被禁止，其实相关企业共同所占据的市场份额在今天看来也不算大（低于 20%）。然而在实践中，美国的一些一审和二审法院（目前最高法院还没有）已经从严厉的早期监测转向温和得多的、芝加哥学派宣传的效率测试。我认为这才是欧洲兼并监管出台新的禁止标准的真正原因。根据横向兼并的判定原则（欧共同体文件 2004C31, 76 页及以下几页），欧盟委员会今后将考虑效率提高的因素，只要这样的兼并对消费者有利（参见《欧共同体法》第八十一条第三款）并且可以审核。

在此，欧盟委员会是假定效率和竞争这两大目标是冲突的。事实上，过去 20 年所有有关工业经济的研究都一致表明，世界上 50% 以上的兼并（如果谈大型兼并这一比例将超过 70%）从企业经济学的角度

来看都是失败的，主要原因在于其声称的效率提高要么根本就不存在要么就是难以实现。

另外，在限制竞争和效率之间做这样的权衡也忽视了另外一点：从动态的角度来看，竞争在一段时间内对生产成本也有控制作用，限制了竞争当然也就弱化了这种功能。这就是说，通过兼并能一次性降低成本  $x\%$ ，但从中长期来看也就因为缺少竞争压力而失去了降低  $y\%$ 成本的可能，这事实上再次减弱了这种权衡的意义。

问题还在于，在企业支配市场的情况下，效率的提高如何才能以降价让利的形式使消费者受益。

寄希望于道德善行，也就是希望企业能自愿放弃完全有可能实现的垄断高价纯属幻想。

尽管理论模型显示，通过兼并市场实现支配地位，市场的供给状况会较竞争条件下的供给状况有所改善；但它的前提是兼并非常有效地降低了成本，使企业制定出对自身也颇具吸引力的低价战略。在一定前提假设下，这种模式在理论上是成立的，但是脱离实际太远。经验表明，只有在兼并以后仍然存在竞争压力的情况下，效率的提升才会以降价的方式使消费者受益，而这种压力在“市场支配地位”存在的情况下不存在。

因此这就需要持续的监管措施，以保证效率提升最终使消费者受益。但这个解决办法显然不能让人满意，因为这会给反卡特尔机构带来繁重的工作，更重要的是，过度的调节烦琐而且成本过高。

如果以前声称的效率提升并没有实现或者没有使消费者受益，欧盟委员会最终也可能（根据兼并监管第六条第三款和第八条第六款）撤销兼并许可。然而这种并非真正的拆分措施跟真正去拆散一个企业（与兼并监管无关）并没有本质的区别。实质上，两种情况都是要将“搅匀的鸡蛋再分开”。百年来，美国反托拉斯的实践一直在尝试完成这个任务，结果多为失败。

所有这些问题都需要《反限制竞争法》的第七修订版——包括联邦反卡特尔局和各级法院——去研究。我们只能希望，目前对欧盟兼并监管已经生效的新标准，即“对有效竞争有重大妨碍”，不要比依然保留的市场支配标准要低，哪怕是从效率角度去看。这样的话，对维护竞争的负面影响还会小一点。现在可以肯定的是，一段时间内，我们势必要处于一种法律的不确定性当中，其实这本可以避免的。

#### 4 Vokabeln

	das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	反限制竞争法
das	Bundeskartellamt	联邦反卡特尔局
	Römische Verträge	《罗马公约》
das	Kartellverbot	反卡特尔禁令
die	Fusionskontrolle	兼并监管
das	Fusionsprivileg	兼并优惠
die	Novelle, -n	(法律、法规中的) 补充部分, 增订部分
die	Novität, -en	新事物
der	Bieter, -	投标者
die	Vergabe	招标
der	Referentenentwurf	草案稿
der	Regierungsentwurf	政府法律建议稿
das	Gesetzgebungsverfahren	立法程序
die	Hierarchie, -n	位阶
die	Rechtsunwirksamkeit	法律上无效
die	Ahndung, -en	惩罚, 制裁
die	Freistellung	豁免
das	Konditionenbindungsverbot	商务条件卡特尔禁令
das	Franchising	特许专营销售

	kasuistisch	判例法的
	Comfort-letter	默许信
das	Legalausnahme	合法例外体系
das	Antitrust-Recht	反托拉斯法
das	Sekundärrecht	第二级法律
das	Primärrecht	第一级法律
	Essential facilities doctrin	必要设施条款
	enteignungsgleicher Eingriff	没收性干预
die	Preisfindung	定价
die	Zwangslizensierung	强制发放许可证
	Clayton Act	《特莱顿法》

## 5 Text 2 zum Dolmetschen: Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Rolle des Bundeskartellamtes in Deutschland (Dr. Dieter Wolf, Präsident des Bundeskartellamtes a.D.)

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als nationales Normenwerk ist traditionell Grundlage für die Wettbewerbsordnung in Deutschland, aber nicht allein. Über die fast 50 Jahre seines Bestehens hinweg hat das europäische Wettbewerbsrecht - zunächst daneben, dann überlagernd und schließlich zunehmend das nationale Recht verdrängend - erheblich an Bedeutung gewonnen, mit der Folge, dass das Bundeskartellamt in Fällen, die in seine nationale Zuständigkeit fallen, zunehmend europäisches Kartellrecht direkt anwendet.

Gleichwohl werde ich mich hier und jetzt - wie von der Thematik meines Vortrags vorgegeben - wenn nicht ganz so doch im Wesentlichen auf die Darstellung des GWB als national deutsches Wettbewerbsrecht beschränken.

Die erste Fassung des GWB trat am 1. Januar 1958 in Kraft, d.h. am gleichen Tage wie die Römischen Verträge, durch die die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), die heute Europäische Union (EU) heißt, begründet wurde. Diese zeitliche Koinzidenz war für uns Deutsche ein Glücks-

fall, weil bei der Vorbereitung beider Normenwerke, den europäischen Wettbewerbsregeln (damals Art.85 ff., heute Art.81 ff. des EG-Vertrages) und dem GWB, auf deutscher Seite zum Teil dieselben Fachleute tätig waren.

Diese erste GWB-Fassung enthielt bereits das Kartellverbot sowie - inzwischen wesentlich verschärfte - Regelungen zur Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, also zwei der drei Säulen, die heute international als Essentials eines modernen Wettbewerbsrechts angesehen werden. Die wichtige dritte Säule, die Fusionskontrolle, fehlte noch. Sie kam erst mit der Zweiten Novelle im Jahre 1973 hinzu, nachdem überdeutlich geworden, was eh' zu erwarten war, dass nämlich eine bloße Beobachtung der Konzentrationsvorgänge zur Erhaltung wettbewerblicher Strukturen nicht ausreicht. Es hatte sich sehr bald gezeigt, dass das Kartellverbot de facto sogar als zusätzlicher Anreiz für Zusammenschlüsse wirkte, weil auf diese Weise ganz legal und zu hundert Prozent lästiger Wettbewerb unter den fusionsbeteiligten Unternehmen beseitigt werden konnte. Der Begriff des „Fusionsprivilegs“, der heute noch bei der Gründung von Gemeinschaftsunternehmen gelegentlich eine, wenn auch geminderte Rolle spielt, wurde damals erfunden. Die Fusionskontrolle wurde für gewichtigere Zusammenschlüsse von vornherein als präventive, d.h. als vorherige und nicht als nachträgliche Kontrolle, ausgestaltet und damit ein Instrument geschaffen, das effizient und in dieser Form in Europa neu war. Es hat - mit ziemlichem time-lag - vielfache Nachahmung gefunden und siebzehn Jahre später dann auch zur Europäischen Fusionskontrolle durch die EU-Kommission geführt.

Seit dem 1. Januar 1999 gilt das GWB in der Fassung der Sechsten Novelle. Sie hat bereits bedeutsame Angleichungen an das europäische Wettbewerbsrecht vorgenommen und - auch dies für die Kartellrechte Europas eine Novität - detaillierte Vorschriften zum Schutz von Bietern bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in das Gesetz integriert.

Die nächste, Siebte Novelle des GWB ist bereits programmiert. Die jüngsten, sehr weitgehenden Änderungen im materiellen und im Verfahrensrecht der EU (VO Nr.1/2003 zum Kartellvetbot und die im Februar, also gerade in Kraft getretene neue FusionskontrollVO - 139/2004) machen eine entsprechende Anpassung des nationalen Rechts (schon wieder) erforderlich. Sie, die Siebte GWB-Novelle, sollte zeitgleich mit der neuen EG-Kartell- und der neuen EG-FusionskontrollVO, also am 1. Mai 2004, dem Zeitpunkt auch des Beitritts der neuen Mitgliedstaaten in die Union, in Kraft treten. Dass dieser ehrgeizige Termin einzuhalten sein würde, erschien von Anfang an ziemlich zweifelhaft. Bisher liegt gerade einmal ein Referentenentwurf für die Novelle vor. Das Bundeskabinett soll ihn in diesen Tagen beschließen, und damit würde er in den Rang eines Regierungsentwurfs erhoben. Dann erst stehen die Beratungen im Parlament (Deutscher Bundestag) und in der zweiten Kammer (Deutscher Bundesrat) an. Das Gesetzgebungsverfahren wird sich also mindes-

tens in die zweite Hälfte des Jahres hineinziehen, wohl sicher auch mit einigen inhaltlichen Änderungen.

Nicht nur wegen der Unsicherheiten, was aus der Siebten Novelle wann wird, möchte ich mich mehr auf die Darstellung des GWB in der Fassung der Sechsten Novelle konzentrieren. Der Grund dafür ist, dass die Siebte Novelle zum eigentlichen Ziel hat, das inzwischen nicht mehr eigenständige GWB an das dominant gewordene EU-Recht anzupassen. Das europäische Wettbewerbsrecht nämlich ist durch einstimmige Beschlüsse des EU-Rates mit einem sehr weitgehenden, direkt in die Mitgliedstaaten hinein wirkenden rechtlichen Vorrang ausgestattet worden. Dies hat für Deutschland und andere Mitgliedstaaten, übrigens auch für die Beitrittsländer, Anpassungsbedarf ausgelöst. Es geht in Europa jetzt nicht mehr darum, das nationale Wettbewerbsrecht weiterzuentwickeln, sondern möglichst schnell die Vorgaben des europäischen Rechts in das nationale zu übernehmen und effiziente, Kollisionen vermeidende Verfahrensregeln zu schaffen.

Fangen wir also mit dem Kartellverbot, der ersten Säule des Wettbewerbsrechts, an.

Es ist seit je her als echtes gesetzliches Verbot ausgestaltet, mit der Folge, dass ein Verstoß Rechtsunwirksamkeit der Zuwiderhandlung auslöst und eine Ahndung mit Bußgeld nach sich ziehen kann. Die Sechste Novelle hat den Verbotswortlaut einerseits deutlicher dem europäischen Kartellverbot (Art.81 Abs.1 EGV) angeglichen, andererseits die im deutschen Recht bestehende Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen (noch) beibehalten. Horizontale wettbewerbsrelevante Vereinbarungen sind, vorbehaltlich der Möglichkeit einer Freistellung, verboten, während vertikale nur einer mit Eingriffsschwellen verbundenen Missbrauchsaufsicht unterliegen, sofern sie nicht gegen das Preis- und Konditionenbindungsverbot verstoßen. Der Grund für diese Differenzierung zwischen horizontal und vertikal liegt in der schlichten Tatsache, dass horizontale Beschränkungen von Konkurrenten veranlasst und deshalb per se wettbewerbschädigend sind, während Vertikalbindungen diesen Effekt nicht ohne weiteres haben, im Gegenteil manchmal sogar wettbewerbsfördernd wirken können (z.B. das Franchising).

Das EG-Recht kennt diese Unterscheidung gleichwohl nicht. Es hat *von* Anfang an horizontale und vertikale Bindungen gleichgeschaltet, vor allem weil das Unterlaufen eines der wesentlichen Ziele des EG-Vertrages, des Abbaus von Zollschranken, z.B. durch Gebietsschutzverträge, verhindert werden sollte. Eine solche, am Binnenmarktziel festgemachte Orientierung ist ausgesprochen EU-spezifisch, war in den Anfängen der Gemeinschaft legitimiert war als sie es heute noch ist, und sie hatte ihren Preis: Eine Menge von Vertikalbindungen, die typischerweise nicht wettbewerbschädigend sind aber dem EG-Kartellverbot unterfielen, mussten nämlich mit einer Vielzahl von sog. Grup-



penfreistellungs-Verordnungen wieder legalisiert werden. Das geflügelte Stichwort in diesem Kontext war das vom „Chaos der Gruppenfreistellung“.

Wir Deutsche legten also, das werden Sie der Art meiner Darstellung entnommen haben, über Jahrzehnte beim Kartellverbot im GWB Wert auf die Unterscheidung zwischen horizontal und vertikal. Wir haben sie - diese Unterscheidung - verteidigt, weil wir sie für sachgerecht hielten und hierin von vielen Kollegen im Ausland bestätigt wurden. Das ist nun durch die neue EU-KartellVO und wird mit der Siebten GWB-Novelle anders werden. Der neuerlich noch verstärkte Vorrang des Gemeinschaftsrechts lässt eine solche Differenzierung in den nationalen Wettbewerbsrechten nicht mehr zu. Ich schildere Ihnen das, nicht um für die - ohnehin verlorene - deutsche Position zu werben. Ich möchte lediglich aufzeigen, dass das Kartellverbot in der geschilderten Weise differenziert gesehen werden kann.

Auch was die Möglichkeit der Freistellung vom Kartellverbot angeht, stehen in Europa tiefgreifende materiell- und verfahrensrechtliche Veränderungen an. Der EG-Vertrag regelt die Freistellung in der Generalklausel des Art.81 Abs.3, während das GWB hierfür (noch) kasuistisch eine Reihe von Ausnahmetatbeständen bereithält. In den nun fast fünfzig Jahren paralleler Anwendung des GWB und des EG-Kartellrechts in Deutschland haben sich daraus jedoch keine gravierenden Interpretationsdivergenzen entwickelt.

Das Verfahren der Freistellung war rechtlich sehr ähnlich organisiert: es war ein Antrags- bzw. Anmeldeverfahren, das im Grundsatz ja auch der Entwurf des chinesische Anti-Monopolgesetzes in seinen Artikeln 11 bis 13 für die Legalisierung von Wettbewerbsbeschränkungen vorsieht. Allerdings konnte allein die EU-Kommission vom europäischen Kartellverbot freistellen. Die Mitgliedstaaten konnten das nicht. Das Kartellverbot europäischen Rechts, also Art.81 Abs.1 EGV, gilt zwar direkt in den Mitgliedstaaten, und die Mitgliedstaaten sind auch befugt, das Verbot zu exekutieren. Die Verbots-Freistellung war jedoch (sekundärrechtlich durch die Verordnung Nr.17/62) bei der EU-Kommission monopolisiert. Dies hatte zur Folge, dass sich die Anmeldungen und Freistellungsanträge in Brüssel häuften und zu einem administrativen Massenproblem wurden. Die Kommission kam in diesem Bereich zuletzt kaum noch zu formellen Entscheidungen, sondern stellte sog. Comfort-letter aus, in denen sie mitteilte, dass sie nicht einschreiten werde. Diese Comfort-letter banden rechtlich zwar die Kommission selbst, sonst aber niemanden, insbesondere keine Dritten, die sich z.B. zivilrechtlich weiterhin auf die Nichtigkeit eines Vertrages wegen Kartellverstoßes berufen konnten.

Es musste also etwas geschehen, und so kam die Kommission im Jahre 1999 auf die Idee, die Freistellung vom europäischen Kartellverbot radikal zu ändern. Im Ergebnis schlug sie vor, die Freistellung durch administrative Entscheidung überhaupt abzuschaffen und die Einschätzung, ob ein Verhalten mit dem Kartellverbot kompatibel oder freistellungsfähig ist, den beteiligten Un-

ternehmen selbst zu überlassen (System der sog. Legalausnahme): Auf diese Weise befreite sich die Kommission schlagartig von dem mit der Anmeldung verbundenen Massenproblem und argumentierte, dass nun dezentral vor den Gerichten der Mitgliedstaaten entschieden werden solle, ob ein Kartellverstoß vorliegt. Mit eine Rolle spielte wohl auch die Überlegung, dass auf diese Weise das europäische Wettbewerbsrecht dem US-amerikanischen Antitrust-Recht nähergebracht werde. In den USA wird ja weitaus die Mehrzahl der Kartellfälle aufgrund privater Klagen (private litigation) vor die Gerichte gebracht und dort entschieden, nicht aber durch die Anütrustbehörden. Um es kurz  $\approx$  machen, die Kommission setzte sich in jahrelanger Diskussion mit ihrem Vorschlag durch. Am Ende beschloss der EU-Rat einstimmig die Verordnung 1/2003, die diese neue Konzeption zum europäischen Kartellverbot materiellrechtlich fixiert und verfahrensmäßig ausgestaltet, und diese Verordnung ist am 1. Mai diesen Jahres in Kraft getreten. Da am gleichen Tage zehn weitere europäische Länder der Union beigetreten sind, gilt das neue Recht nun nicht nur im bisherigen Europa der fünfzehn sondern im erweiterten Europa der fünfundzwanzig Mitgliedstaaten.

Das allein schon macht die Umsetzung der neuen Konzeption nicht leichter. Die Mitgliedstaaten, auch die Beitrittsländer mit ihren gerade erst verabschiedeten Kartellgesetzen, müssen ihr nationales Recht entsprechend anpassen. In Deutschland -ich sagte es schon - soll das durch die Siebte GWB-Novelle geschehen, die sich schon im Zeitverzug befindet. Da wir Europäer eine - gelinde gesagt - deutlich weniger entwickelte „Streitkultur“ als die Vereinigten Staaten haben, zeichnet sich ab, dass - möglicherweise in einem weiteren Schritt - Anreize (incentives) für geschädigte Konkurrenten und Verbraucher geschaffen werden müssen, damit sie überhaupt in Kartellsachen vor Gericht ziehen. Die Diskussion darüber ist schon in vollem Gange. Vor allem aber ist nicht abzuschätzen, wie und wie schnell die nationalen Gerichte und dann auch die europäischen mit der für sie neuen Aufgabe der Freistellung fertig werden. Sogar die Frage, ob die neue EU-KartellVO, die ja abgeleitetes, d.h. Sekundärrecht ist, überhaupt als mit Art.81 Abs.3 EGV, dem Primärrecht, vereinbar angesehen werden kann, wird irgendwann einmal vom Europäischen Gerichtshof in Luxemburg zu entscheiden sein.

All dies - und einiges mehr - sind offene Fragen, so offen, dass wohl einige Zeit ins Land ziehen muss, bevor auf der Grundlage dann vorliegender Erfahrungen die neuen Regelungen bewertet werden können. Ich gebe zu, dass ich mich dazu derzeit nicht recht in der Lage sehe, möchte deshalb den Kartellverbotsteil der noch gar nicht verabschiedeten Siebten GWB-Novelle jetzt nicht weiter vertiefen und brauche das ja wahrscheinlich hier in China auch nicht. Ich kann mir nämlich nicht recht vorstellen, dass Sie in Ihrem Kartellrecht den Abschied vom Antrags- und Anmeldeverfahren für die Freistellung vom

Kartellverbot und den Übergang zum Prinzip der Legalausnahme in Erwägung ziehen werden.

Kommen wir also mit der eiligen Oberflächlichkeit, die der kurze Überblick über ein so komplexes Rechtsgebiet erforderlich macht, zur zweiten Säule des Kartellrechts, der Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen. Der Entwurf zum chinesischen Anti-Monopolgesetz kennt sie auch (Abschnitt 3, Art.14-24) und regelt sie im Ergebnis ähnlich wie das GWB. Ich gehe deshalb hier nur auf eine Besonderheit ein, die von der Sechsten Kartellnovelle im GWB normiert worden ist: § 19 Abs.4 GWB qualifiziert nun die Verweigerung des Zugangs zu für den Markteintritt wesentlichen Einrichtungen durch einen Marktbeherrscher als Missbrauch. Diese Neuregelung ist vor dem Hintergrund der im US-Antitrustrecht entwickelten Essential facilities doctrine und der Notwendigkeit zu sehen, private Netze zunehmend für dritte Newcomer zu öffnen, die auf Märkten, die dem Netz vor- oder nachgelagert sind, als Wettbewerber tätig werden möchten. Die Essential facilities doctrine war von der Kommission, bestätigt durch den Europäischen Gerichtshof, bereits in anderem Kontext, nämlich beim Zugang zu Hafenanlagen angewandt worden. Nun hat mit der Sechsten Kartellnovelle der deutsche Gesetzgeber sie aufgegriffen und sie - in Europa erstmalig - für den Zugang zu Märkten nutzbar gemacht, die sonst durch monopolistische Flaschenhälse verschlossen geblieben.

Ganz wichtig dabei ist: es geht nicht um eine unentgeltliche Öffnung privater Einrichtungen und Netze, die nach deutschem Recht ein enteignungsgleicher Eingriff wäre. Der Eigentümer kann für die Mitbenutzung z.B. seines Netzes durch Dritte ein Entgelt verlangen, das allerdings angemessen sein muss. Hier - in der Preisfindung - liegen zugegebenermaßen die eigentlichen Probleme der Regelung. Darauf detaillierter einzugehen, würde den Rahmen meines überblickhaften Vertrags sprengen. Vielleicht können wir in der Diskussion noch auf das Thema zurückkommen. Jetzt nur so viel: für Kenner der Materie auffällig ist die Nähe zu den Problemen, die sich für die Preisfindung in regulierten, nicht hinreichend wirksamen Wettbewerb unterliegenden Märkten immer stellen. Auch die Preisfindung bei Zwangslizensierung ist nicht einfach. Trotzdem hat das Bundeskartellamt noch zu meiner aktiven Zeit mit dem Zwang zur Durchleitung von Elektrizität dritter Anbieter durch die Netze der etablierten deutschen Stromversorger zeitweise für so viel Wettbewerb gesorgt, dass die Strompreise für gewerbliche Abnehmer um bis zu 50% gesunken waren.

Und nun zur dritten Säule des Kartellrechts: der Fusionskontrolle. Auch hier ist -bedingt durch Rechtsänderungen auf europäischer Ebene - einiges im Fluss. Der EU-Rat hat nämlich, wiederum einstimmig, im Februar, also vor kurzem erst eine neue Fusionskontrollverordnung erlassen, die ebenfalls am 1. Mai in Kraft getreten ist. Auch sie führt zu Anpassungen in den Mitgliedstaat-

ten, in Deutschland durch die Siebte Kartellnovelle. Sehr weitgehend geht es dabei jedoch um die Intensivierung der Zusammenarbeit der nationalen Kartellbehörden untereinander und mit der EU-Kommission, um eine Art administrativer Vernetzung also. Das wiederum ist im Wesentlichen eine Konsequenz der sich verstärkenden Integration der Europäischen Union. Mit dem Institut der Fusionskontrolle selbst hat dies eigentlich weniger zu tun. Ich gehe deshalb auf diese Neuerungen jetzt nicht ein.

Auch hier jedoch mit einer Ausnahme: Die europäische Fusionskontrolle knüpfte, wie das auch die deutsche seit eh und je getan hat, an der „Entstehung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung“ als einzigem Untersagungskriterium an. Nun ist neuerdings von der Möglichkeit einer Freistellung vom Fusionsverbot die Rede, wenn die Marktbeherrschung den Wettbewerb nicht wesentlich behindert. Damit wird in Zweifel gezogen, was bisher niemals zweifelhaft war, nämlich dass die beherrschende Stellung - schon sachlogisch - aus einem besonders hohen Grad von Wettbewerbsbeschränkung folgt. Hintergrund dieser Neuregelung ist zum einen wohl wiederum die Absicht, sich dem US-amerikanischen Antitrustrecht anzunähern. Dort verbietet Section 7 Clayton Act seit 1914 Zusammenschlüsse, „where the effect may be to substantially lessen competition“ (sog. SLC-Test). Ursprünglicher Gesetzeszweck war dorr, monopolistische Tendenzen bereits in ihren Ansätzen („in their incipency“) zu begegnen. Dafür genügte anfangs schon eine oligopolistisch angelegte Unternehmenskonzentration bei - aus heutiger Sicht - geringen gemeinsamen Marktanteilen der beteiligten Unternehmen (von deutlich unter 20%). Aus dem harten Incipency-Test ist in der Praxis mancher erst- und zweitinstanzlicher Gerichte in den USA (bisher nicht des Supreme Court!) inzwischen der deutlich weichere, von der Chicago School propagierte Efficiency-Test geworden. Und das scheint mir der eigentliche Grund für das neue Untersagungskriterium in der Europäischen Fusionskontrolle zu sein. Nach den Leitlinien zur Beurteilung horizontaler Fusionen (Abl.EG 2004 C Nr.31, 76 ff.) will die EU-Kommission zukünftig Effizienzvorteile berücksichtigen, sofern sie den Verbrauchern zugute kommen (siehe Art.81 Abs.3 EGV), fusionspezifisch und überprüfbar sind.

Die Kommission unterstellt dabei einen Zielkonflikt zwischen Effizienz und Wettbewerb. Alle empirischen industrieökonomischen Untersuchungen der letzten 20 Jahre kommen dagegen übereinstimmend zu dem Ergebnis, dass weltweit über 50 % aller Fusionen (im Falle von Megafusionen sogar mehr als 70 %) betriebswirtschaftlich gesehen Fehlschläge waren, vor allem weil behauptete Effizienzvorteile entweder überhaupt nicht existierten oder sich nicht realisieren ließen.

Zudem wird bei einem solchen trade-off von Wettbewerbsbeschränkung und Effizienz außer Acht gelassen, dass Wettbewerb in dynamischer Sicht auch eine Kontrollfunktion über die Produktionskosten im Zeitablauf ausübt, die

bei Wettbewerbsbeschränkung deutlich geschwächt wird. Das bedeutet, einer einmaligen Kostensenkung durch eine Fusion in Höhe von  $x\%$  steht in mittel- und langfristiger Sicht eine mangels Wettbewerbsdrucks nicht realisierte Kostensenkung von  $y\%$  gegenüber, die den behaupteten trade-off nochmals relativiert.

Überhaupt stellt sich die Frage, wie bei Marktbeherrschung die Effizienzvorteile in Gestalt niedrigerer Preise an die Verbraucher weitergegeben werden sollen.

Auf Wohlverhalten, d.h. auf freiwilligen Verzicht auf die an sich mögliche Einforderung monopolistisch überhöhter Preise zu setzen, wäre reine Illusion.

Zwar kann modelltheoretisch durch eine Fusion, die Marktbeherrschung generiert, die Marktversorgung im Vergleich zur Versorgung unter Wettbewerbsbedingungen verbessert werden; jedoch setzt das eine so drastische fusionsbedingte Kostensenkung voraus, dass daraus eine für das Unternehmen selbst attraktive Niedrigpreisstrategie resultiert. Ein solches Modell ist unter bestimmten Annahmen ökonometrisch zwar errechenbar, in der Praxis jedoch realitätsfern. Nach aller Erfahrung funktioniert die Weitergabe einer Effizienzsteigerung in Gestalt niedriger Preise eben nur, wenn nach der Fusion wirksamer Wettbewerbsdruck verbleibt, der bei Marktbeherrschung definitionsgemäß fehlt.

Es bliebe also die permanente Missbrauchsaufsicht, um die Weitergabe der Effizienzvorteile sicherzustellen. Dies kann schon wegen des damit verbundenen Massenproblems für die Kartellbehörden, vor allem aber wegen des - auch sehr teuren -hochregulatorischen Ansatzes ordnungspolitisch keine befriedigende Lösung sein.

Die Kommission könnte schließlich die Fusionserlaubnis (nach Art. 6 Abs. 3 a bzw. 8 Abs. 6 FKVO) widerrufen, wenn sich die zuvor behaupteten Effizienzvorteile nicht einstellen oder nicht an die Verbraucher weitergegeben werden. Eine solche sog. unechte Entflechtung unterscheidet sich jedoch - was ihre Problematik angeht - in nichts von der echten, d.h. einer Entflechtung, die unabhängig von der Fusionskontrolle angeordnet wird. Im Kern geht es in beiden Fällen um das „descrambling of scrambled eggs“, eine Aufgabe, an der auch die US-Antitrust-Praxis, die dieses Instrument seit hundert Jahren kennt und ausprobiert hat, meist gescheitert ist.

Mit all diesen Problemen wird sich die Siebte Kartellnovelle und anschließend das Bundeskartellamt und die Gerichte auseinander zu setzen haben. Man kann nur hoffen, dass das neue, nun für die Fusionskontrolle geltende europäische Untersagungskriterium „to significantly impede effective competition“ (sog. SIEC-Test) auch unter Effizienzgesichtspunkten nicht niedriger angesiedelt wird als das Kriterium der Marktbeherrschung, das daneben ja fortbesteht. Dann wäre der Schaden für das wettbewerbliche Schutzniveau einigermaßen minimiert.

Feststeht jedoch schon jetzt, dass wir es für einige Zeit mit Rechtsunsicherheit zu tun haben werden, die vermeidbar gewesen wäre.

Nun aber zum Bundeskartellamt. Es ist eine Bundesoberbehörde, die zum Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft (und neuerdings auch „für Arbeit“) gehört. Es wird von einem Präsidenten geleitet, der das Amt vor allem nach außen, gegenüber der Regierung und dem Parlament, auf Fachtagungen, in internationalen Gremien vertritt, und - ganz wichtig - natürlich auch gegenüber den Medien und der sonstigen Öffentlichkeit.

Die wettbewerbsrechtlichen Entscheidungen in der Sache, das heißt die Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen, die Durchsetzung des Kartellverbots und des Verbots missbräuchlicher Verhaltensweisen werden von derzeit elf Beschlussabteilungen getroffen, deren Zuständigkeiten nach Wirtschaftszweigen abgegrenzt sind (siehe anliegendes Organigramm). Seit dem 1. Januar 1999 gewähren zusätzlich zwei Vergabekammern Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge durch den Bund. Zu den bisher drei Teilen des GWB („Wettbewerbsbeschränkungen“, „Kartellbehörden“ und „Verfahren“) ist dieserhalb ein weiterer, vierter Teil („Vergabe öffentlicher Aufträge“) hinzugefügt worden. Das Vergaberecht wurde und wird in Deutschland eigentlich dem Haushalts- und nicht dem Wettbewerbsrecht zugeordnet. Die Einrichtung der Vergabekammern beim Bundeskartellamt war also von der Sache her nicht eigentlich geboten. Sie lag nur wegen der Nähe der öffentlichen Vergabe zu Fragen der Wettbewerbsordnung nahe. Und wohl auch eine Rolle hat damals das Renommee des Amtes als objektiv und unabhängig agierende Behörde gespielt.

In der Tat ist aus unserer Sicht die Unabhängigkeit in Sachentscheidungen für eine Wettbewerbsbehörde von essentieller Bedeutung. Deshalb normieren die meisten jüngeren Wettbewerbsrechte in Europa dies auch ausdrücklich. Nicht so das GWB. Es enthält lediglich in einigen Regelungen Hinweise, die nur Sinn machen, wenn man von solcher Unabhängigkeit ausgeht. Und die herrschende Meinung unter den Wettbewerbsrechtlern in Deutschland sieht das inzwischen auch so. Was den Haushalt, die personelle und sächliche Ausstattung betrifft, wird davon ausgegangen, dass das Amt vom Ministerium abhängig ist, nicht jedoch bei seinen Entscheidungen in der Sache.

Ich kann hier nur die wesentlichen Gründe für diese Mehrheitsauffassung wiedergeben:

Erstens ist das Bundeskartellamt gerichtsähnlich organisiert. Die Beschlussabteilungen entscheiden - wie Kammern oder Senate bei Gericht - als Kollegialgremien, bestehend aus dem Vorsitzenden und zwei Beisitzern, von denen einer als Berichterstatter für die Aufarbeitung des Falles bis hin zur Entscheidungsreife fungiert. Die Entscheidung wird dann mehrheitlich gefällt, wobei Beratungs- und Abstimmungsverlauf der Geheimhaltung unterliegen. Externe Weisungen in der Fallpraxis - auch solche des Kartellamtspräsidenten -

sind weder vorgesehen noch hat es sie je gegeben. Genauso arbeiten auch die beiden Vergabekammern, denen der Europäische Gerichtshof noch zu meiner Präsidentschaft Gerichtsqualität sogar ausdrücklich attestiert hat.

Zweitens sagt das GWB nur etwas zu nicht fallbezogenen, sog allgemeinen Weisungen des Ministeriums; sie müssen im Bundesanzeiger veröffentlicht werden (§ 52 GWB).

Zu Einzelweisungen in der Sache schweigt das Gesetz, obwohl hier - wenn sie denn zulässig sein sollten - erst recht hohe Transparenz geboten wäre, u.a. wegen der für die gerichtliche Überprüfung wichtigen Zuordnung der Verantwortlichkeit.

Und drittens kennt das GWB das Institut der Ministererlaubnis. Sie gibt dem Minister die Möglichkeit, sowohl beim Kartellverbot (§ 8 GWB) als auch in der Fusionskontrolle (§ 42 GWB) eine negative Entscheidung des Kartellamtes aus gesamtwirtschaftlichen oder aus Gründen des Gemeinwohls (auf Antrag) durch eine Erlaubnis zu ersetzen, heißt zu kassieren, das jedoch nur in einem (hoch)transparenten förmlichen Verfahren. Diese Regelungen würden keinen Sinn machen, wenn der Minister durch Einzelweisung - und das intransparent - den gleichen Effekt erzielen könnte.

Die gerichtähnliche Organisation des Amtes mag zu der Annahme verleiten, es sei fest in der Hand der Juristen. Mitnichten ist das so. Meine Vorgänger und ich selbst haben sehr darauf geachtet, ökonomischen Sachverstand in die Personalstruktur zu integrieren. Von den eigentlichen Entscheidungsträgern sind nur die Hälfte Juristen, die andere Hälfte sind Ökonomen. Ein so ausgewogenes Verhältnis zwischen den beiden akademischen Disziplinen ist nach meiner Kenntnis mindestens sehr selten. Selbst im Wirtschaftsministerium in Berlin haben nach wie vor die Juristen die Mehrheit, und in der Generaldirektion Wettbewerb in Brüssel ist es wohl ähnlich. Eine solche Ausgewogenheit setzt allerdings voraus, dass die eine Disziplin die Sprache der jeweils anderen versteht, und dies zu lernen ist eine der Hauptaufgaben der Nachwuchsbeamten im Bundeskartellamt. Ich kann nur sagen, das klappt. Von den Beschlussabteilungsleitern sind - wie übrigens der derzeitige Präsident auch - inzwischen eine ganze Reihe Ökonomen. Sie vertreten in der Beschwerdeinstanz vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf ihre Fälle selbst (die Prozessabteilung des Amtes wirkt nur bei der Vorbereitung mit). Der Kartellsenat dieses Obergerichts, vor dem ansonsten Anwaltszwang herrscht, ist - was juristische Kenntnisse angeht - gelinde gesagt recht fordernd. Und diese Kollegen Ökonomen spielen ihren Part vor Gericht nun schon seit Jahren (in aller Regel) mit Bravour, wie umgekehrt den Juristen des Amtes immer wieder überraschend hohe ökonomische Kompetenz bescheinigt wird. Gegen Ende meiner Präsidentschaft hat einmal eine im Ausland veranlasste Befragung von ca. zweihundert Anwälten qualitativ das Bundeskartellamt sogar auf Rang Eins der Wettbewerbsbehörden dieser Welt gesetzt. Ein solch schmeichelhaftes Ergebnis erklärt sich m.E. auch aus

dem intensiven Austausch, täglich und auf gleicher Augenhöhe, zwischen den Juristen und Ökonomen, die - wenn sie sich verstehen - einander viel zu sagen haben.

Die im GWI3 geregelten Verfahren und die Fallpraxis des Bundeskartellamtes sind jedoch nur eine Seite, wenn auch die immer noch wichtigste Seite der Medaille. An Gewicht gewinnt nämlich die Tatsache, dass das Amt zunehmend in ein Netz internationaler Zusammenarbeit eingebunden ist.

Sehr intensive Beziehungen bestehen mit der EU-Kommission in Brüssel, und zwar nicht nur institutionalisiert in den dortigen Beratenden Ausschüssen, sondern auch informell von Kollege zu Kollege, und das so gut wie ständig.

Im April 2001 riefen die nationalen Wettbewerbsbehörden des Europäischen Wirtschaftsraumes das Forum der European Competition Authorities (ECA) ins Leben. Im Zentrum steht die horizontale Zusammenarbeit der nationalen Behörden in konkreten grenzüberschreitenden Wettbewerbsfragen wie der Fusionskontrolle, der Verhängung von Bußgeldern oder z.B. der Strukturen im Luftverkehrsmarkt.

Unter dem Dach der OECD finden seit gut vierzig Jahren schon regelmäßige Treffen des Competition Committee statt, die für die deutsche Seite regelmäßig das Bundeskartellamt wahrnimmt. Dort ist weltweit sehr Wesentliches für das wechselseitige Verständnis in Wettbewerbsfragen geleistet worden. Im Oktober 2001 ist das Global Forum on Competition hinzugekommen, das die Entwicklung von „best practics“ anstrebt und auch Nicht-OECD-Mitglieder umfasst.

Das im Herbst 2001 in New York gegründete International Competition Network (ICN) hat zum Ziel, durch Erfahrungsaustausch zu einem besseren Verständnis und zu einer „soft harmonization“ der verschiedenen Wettbewerbskonzeptionen, insbesondere auch in der Fusionskontrolle, zu gelangen. Hilfestellung soll Ländern geleistet werden, die dies wünschen, weil sie erst in jüngerer Zeit ein Wettbewerbsregime eingeführt haben.

Auch bereits eine Institution ist die Internationale Kartellkonferenz (IKK), die das Bundeskartellamt schon seit zwei Jahrzehnten im Zweijahresrhythmus ausrichtet. Die Konferenz ist weltweit das wohl größte Forum, auf dem Wettbewerbsexperten aktuelle Fragen der Wettbewerbspolitik und des -rechts diskutieren.

Zu diesen mehr multilateralen Aktivitäten, zu denen - soweit sie wettbewerbsrelevant sind - ja auch diejenigen der WTO (z.B. die auf der Ministerkonferenz in Singapur 1997 eingerichtete Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy) gehören, kommen dann noch die vielen bilateralen Kontakte zu den inzwischen schon recht zahlreichen nichteuropäischen Wettbewerbsbehörden hinzu. Neben der Fallpraxis des Amtes bedeutet dies ein recht umfangreiches Programm.

Zusammengefasst und als Überblick das Bundeskartellamt in Zahlen:



- Am 1. Januar 1958 hat das Amt mit 53 Mitarbeitern in Berlin seine Tätigkeit aufgenommen.
- Zum gleichen Zeitpunkt traten das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die Römischen Verträge mit ihren Wettbewerbsregeln in Kraft.
- Das GWB wurde bisher sechsmal novelliert. Eine siebte Novelle ist in Vorbereitung.
- Der Amtssitz wurde im Oktober 1999 von Berlin nach Bonn verlegt.
- Vier Präsidenten hatte das Bundeskartellamt bisher, den amtierenden, meinen Nachfolger, eingeschlossen.
- Die Gesamtzahl der Beschäftigten beläuft sich heute auf knapp 300. Davon sind ca. 150 Beamte und Angestellte des höheren Dienstes (Verhältnis Juristen zu Ökonomen 50 : 50).
- Jahresbudget im Bundeshaushalt: 15 Mio EURO.
- Einnahmen vor allem aus Bußgeldern (und aus Gebühren): im längerfristigen Durchschnitt das Zehnfache des Jahresbudgets. Sämtliche Einnahmen fließen in den allgemeinen Bundeshaushalt.

## 6 译文：《反限制竞争法》及联邦反卡特尔局在德国的地位（迪特尔·沃尔夫博士，联邦反卡特尔前局长）

《反限制竞争法》作为国家性的法律规范，构成了德国传统上规整竞争秩序的基础，但却并不是唯一的基础。欧盟竞争法在德国的卡特尔法产生的 50 年甚至更长的时间内，先是并行的、接着是重合的发挥效力，其意义和重要性不断上升，现在越来越多的取代了国家层面上的卡特尔法，使得联邦反卡特尔局在处理很多即使是属于自己权责范围内的案例时也更多地直接适用欧盟的卡特尔法。

但在这里，在本次报告中我仍然——像报告的标题所指出的那样——也许不是完全，可至少总体上还是以介绍德国的卡特尔法即《反限制竞争法》为主。

《反限制竞争法》的第一版是于 1958 年 1 月 1 日生效的，也就是说，它和组建欧洲经济共同体，即今天的欧盟的《罗马公约》是于同一天生效的。这个时间上的巧合对我们德国人来说是一大幸事，因为相当部分的德国专家既参与了欧盟的竞争法规（当时《欧共体法》的第八十五条及以下几条，如今的第八十一条及以下几条）的制定，也参加了国内《反限制竞争法》的立法工作。

《反限制竞争法》的第一版包括了反卡特尔禁令和禁止滥用市场支配地位的规定，并且后者在此后的一段时间里得到了明显加强。也就是说，当今世界公认的现代竞争法的三大部分，有二者已经包含其中。所缺的第三部分就是兼并监管，这一部分直到 1973 年第二次修订时才补充进去。当时，情势已经极其明朗：正如人们所预料的那样，单单对企业集中过程进行监视是不足以维护竞争结构的。而且事实上，反卡特尔禁令甚至进一步刺激了企业的联合行为，因为参与兼并的企业能够通过这种方式基本合法地而且是完全彻底地摆脱彼此之间的残酷竞争。所谓的“兼并优惠”就是那时产生的，它直到今天在成立联合企业时还间或发生作用，尽管这种作用已经大大弱化了。针对重大的企业联合行为，兼并监管从一开始起就是一种预防性措施，也就是说，它是事前而非事后监管。由此，兼并监管成为一种在欧洲全新的有效的监督手段。一段时间以后，各国纷纷效仿；17 年以后，欧盟委员会开始从事欧盟的兼并监管工作。

1999 年 1 月 1 日起，《反限制竞争法》的第六修订版开始生效。它为适应欧盟竞争法做了一些重大调整，并首次在欧洲将政府招标中对投标者的具体保护措施写入了法律。

对《反限制竞争法》进行第七次修订已成为必然。欧盟实体法和程序法方面那些最新的和范围极其广泛的修改（第 1 / 2003 号卡特尔禁令条例以及 2 月份刚刚生效的新的第 139 / 2004 号兼并监管条例）使得国家性的卡特尔法必须（再一次）做出必要的调整以适应新的欧盟层面的法规。第七版的《反限制竞争法》本该在 2004 年 5 月 1 日，与新的欧共同体卡特尔及欧共同体兼并监管条例同时生效，而这个日期也是新的成员国加入欧盟的日子。能否如期完成修订，这点自始令人怀疑。到目前为止该修订版还只是一个专题报告草案。联邦内阁应该在近期对此进行表决通过，将其升格为政府法律草案。之后还要交由议会（联邦议院）和第二议会（联邦参议院）审核。所以整个立法程序至少要安排到下半年，而且肯定会有一些内容上的变动。

我在这里把第六版的《反限制竞争法》作为介绍的重心，不仅仅由于这七个修订版内容和时间上的不确定性，更是因为第七版的根本目的就在于调整在这期间不再具有那么大独立性的《反限制竞争法》使其能够适应更具主导性的欧盟法规。欧盟的卡特尔法经欧洲理事会的一致决议，在很大程度上对其成员国享有直接的法律性的优先效力。由此对于德国和其它的成员国，也包括即将加入欧盟的那些国家来说就产生了调整适应的必要性。欧洲现在所面临的问题不再是单独发展各成员国本国的法律，而是尽快地将那些欧盟法规纳入本国的法规之中并且制定有效的避免矛盾冲突的程序规则。

我们先从卡特尔法的第一大部分，即关于卡特尔的禁令谈起：

卡特尔一直是被法律明文禁止的，违反此禁令的行为不仅在法律上无效，而且当事人还要被处以罚金。第六修订版的条文在字句上进一步同欧盟的反卡特尔禁令（《欧共体法》第八十一条第一款）接近，另一方面仍然保留了德国法中既有的对横向和纵向限制竞争行为的区分。除了豁免可能之外，横向的限制竞争行为是被禁止的；而纵向的只要不违反反价格和商务条件卡特尔禁令就仅仅受制于防止滥用的监管措施，在一定条件下才会被干预。区分的原因很简单，横向限制竞争的行为都是由相互竞争的各方策划的，从而势必损害竞争环境，而纵向的协议不一定会产生这样的作用，甚至有时反而会促进竞争（例如特许专营销售）。

但《欧共体法》没有这样的区分。从一开始起，它就将横向和纵向限制竞争的约定一视同仁，原因主要在于人们担心《欧共体法》的主要目标之一，即消除关税壁垒会因诸如区域保护协议措施而受到阻碍。这种以内部大市场为目标的导向也非常具有欧盟特色，这一点在共同体的初期要比今天更加合理，但也要付出代价：那时很多并不危害竞争却触犯到欧共体反卡特尔禁令的纵向协议不得通过名目繁多的所谓集体豁免条例再次合法化。当时这一情形被戏称为“集体豁免的大混乱”。

我们德国人——大家从我介绍的方式中就可以看出——几十年以来都非常重视《反限制竞争法》中卡特尔禁令方面横向和纵向上的区分。之所以坚持这样的区分，是因为我们认为它非常符合实际情况而且这一点也得到了很多在外国的同事们的确认。但随着新的欧盟卡特尔条例和第七版的《反限制竞争法》的诞生，情况就不再是这样了。新近加强的具有优先地位的共同体法不再进行这样的一种划分。我之所以要讲这些，不是为了宣扬德国的立场——反正也不再具备了。我只是想指出对卡特尔禁令在对待方式上是可能存在着差异的。

关于卡特尔禁令的豁免可能性问题，在欧洲也出现了广泛的实体法和程序法方面的变化。《欧共体条约》附加条款的第 81 条第 3 款对豁免做了规定，而德国的《反限制竞争法》在这方面只是包含了一系列例外行为的罗列。在《反限制竞争法》和欧共体的卡特尔法并行在德国适用的几乎 50 年期间并没有形成重大的阐释方面的不同。

过去，它们的豁免程序是很相似的：通过申请及申报程序，这同《中国反垄断法（草案）》第十一到第十三条将限制竞争的行为合法化原则上很类似。然而只有欧盟委员会有权豁免欧盟反卡特尔禁令。各成员国自身无权豁免。欧盟法中的反卡特尔禁令，即《欧共体法》第八十一条第一款虽然直接适用于各成员国，而且各成员国也有权执

行此禁令。但豁免权过去（依据第二级法律——第 17 / 62 条例）一直由欧盟委员会垄断。这就导致大量的申报和豁免申请积压在布鲁塞尔，给行政管理工作带来大量困难，最终导致欧盟委员会连做个形式上的决定都几乎不可能，而只能出具所谓的默许信，称其将不干预。这样的默许信尽管在法律上对欧盟委员会自身有约束力，但除此之外不能约束任何人，特别是第三方可能在民法上引证某一合同因为触犯了反卡特尔禁令而不具效力。

因此，欧盟委员会在 1999 年决定彻底改革欧盟反卡特尔禁令的豁免程序。它建议彻底取消以行政决定的方式进行豁免，至于某一行为是否同反卡特尔禁令具有兼容性以及是否具备豁免资格，这留给相关企业自身去判定（即所谓的合法例外体系）：这样，欧盟委员会就从申报积压的问题中解脱出来，它认为，现在应由各成员国的法院分散地去裁定是否存在违反卡特尔法的行为。同时，这也是要使欧盟竞争法进一步与美国的反托拉斯法接近。在美国，大部分的卡特尔案件都是因为私人起诉才被提交法院判决的，而不是由反卡特尔机构做出裁决。简言之，经过长期的讨论，欧盟委员会的建议最终被认可。欧盟理事会一致通过了第 1 / 2003 条例，将这一方案确立为欧盟反卡特尔禁令的实体法内容并制定了相关程序。这一条例于今年 5 月 1 日生效。十个欧洲国家于同日加入欧盟，因此，新法规不仅适用于过去的欧盟 15 国，而是适用于拥有 25 个成员国的大欧盟。

仅就这点，新方案的实施就决非易事。所有的成员国，包括那些刚刚通过卡特尔法的新成员国必须对自身的国家法做出相应的调整。德国——如上所述——将通过第七次修订《反限制竞争法》来完成，事实上已经有所拖延了。此外，我们欧洲不具备——婉转一点说——像美国那么发达的“争执文化”，那么很可能下一步必须制定一些刺激措施，使得受害的竞争者和消费者能够向法院就卡特尔案件提起诉讼。相关的讨论事实上正在进行之中。然而，当务之急是如何以及如何迅速地使得各国的法院以及欧洲法院能够胜任它们的新任务——裁定豁免事宜。甚至于新的反卡特尔条例，作为第二级法律是否可以认为同第一级法律，即《欧共体法》的第八十一条第三款相一致，都有待卢森堡欧洲法院的裁定。

所有这些，还包括其他一些，都是有待解决的问题。我们必须经历一段时间以后才能在现实经验的基础上就新条例做出公正的评价。我现在还做不到这一点，所以我不打算对尚未通过的《反限制竞争法》第七修订版中的反卡特尔禁令部分做进一步的深入，在中国恐怕也没有这个必要。因为我不能想象，你们会考虑在卡特尔法中摒弃反卡特尔禁令豁免中的申请和申报要求而直接过渡到合法例外原则。

要在这么有限的篇幅内概述如此复杂的法律问题，很多方面只能一带而过。下面我们进入卡特尔法的第二大部分即对企业滥用市场支配地位行为的监管。中国的《反垄断法》草案中也有同类条款（第 3 章第 14—24 条）并且在调节结果上同《反对限制竞争法》相似。所以我只想就通过第六版的《反限制竞争法》确定下来的一点特别之处说两句：《反限制竞争法》第 19 条第 4 款将在市场上占有支配地位的企业阻止其它企业获取、接触那些对于进入某个市场来说必不可少的设施的行为规定为滥用行为。这条新规定是在美国反托拉斯法中的必要设施条款的背景下产生的，其必要性在于提高私营网络对于第三方的开放性，而这个市场新人有可能在上游或是下游市场上对原企业构成竞争威胁。必要设施条款由欧盟委员会——经欧洲法院的批准——适用在了另一个情况中，即码头设施的可使用性。德国的立法部门在第六版的《反限制竞争法》中也吸取了该点内容并将它——也是第一次在欧洲——普遍适用于其它一些原本处于垄断瓶颈封锁之下的市场。

其中很重要的一点是：这里涉及到的私营设施和网络的开放并非免费的，不然就成了没收式的干预行为了。所有者有权就对其比如网络的使用向第三方要求支付费用，但这一收费的额度必须是合理的。这里——即价格方面——恰恰如早已承认的那样是该规定真正的问题所在。出于本次报告篇幅方面的考虑，我无法一一详述细节。也许我们在之后的讨论时能再就这个问题做进一步的探讨。在这里只说这么多：实体法的内行们也许会发现这个问题同在其它一些因管制而不再处于足够有效竞争之下的市场中的定价问题具有很大的近似性。同时，强制许可证的定价也相当复杂。尽管如此，联邦反卡特尔局还是在我任局长期间通过对第三方电力供应商开放那些现成的电力供应网络而实现了更多的竞争，也使得工商业消费者所需缴纳的电费下降了 50%。

现在我要谈谈卡特尔法的第三大部分：兼并监管。由于欧洲层面上的法规修改，这个部分也出现了一些改动。欧盟理事会在二月份——也就是不久之前——再一次一致通过了一部新的兼并监管条例，该条例在 5 月 1 日正式生效。这部条例使得其成员国必需再次调整各国相应法规以同欧盟的规定保持一致。在德国这次调整要通过第七版的《反限制竞争法》的修订来完成。其中大大强化了各国反卡特尔机构之间以及同欧盟委员会之间的合作，即某种类型的行政方面的网络化。本质上讲这也是欧盟深化一体化进程的结果，而同兼并监管局本身倒没有太大关系，所以我在此就不再赘言了。

但这儿也存在着一项例外：过去，欧盟兼并监管的出发点和唯一准绳就是“是否产生或加强市场支配地位”，德国法也是一直这么实践

的。但如今讨论的是，如果这种市场支配地位不会对竞争造成实质性威胁，那么这样的兼并行为是否可以豁免。市场的支配地位自然是产生于竞争高度受阻，这个过去从未被质疑过的命题由此被动摇了。制定这项新规定一方面也是试图同美国的反托拉斯法相接近。自 1914 年起，《特莱顿法》的第七章就禁止那些“会对竞争构成实质性威胁”的企业联合行为（所谓的 SLC 测试）。最初的目的是要将垄断的趋势扼杀在初始状态。当时只要是意在组建寡头的兼并就会被禁止，其实相关企业共同所占据的市场份额在今天看来也不算大（低于 20%）。然而在实践中，美国的一些一审和二审法院（目前最高法院还没有）已经从严厉的早期监测转向温和得多的、芝加哥学派宣传的效率测试。我认为这才是欧洲兼并监管出台新的禁止标准的真正原因。根据横向兼并的判定原则（欧共体文件 2004 C31 号，76 页及以下几页），欧盟委员会今后将考虑效率提高的因素，只要这样的兼并对消费者有利（参见《欧共体法》第三章第八十一条）并且可以审核。

在此，欧盟委员会是假定效率和竞争这两大目标是冲突的。事实上，过去 20 年所有有关工业经济的研究都一致表明，世界上 50% 以上的兼并（如果谈大型兼并这一比例将超过 70%）从企业经济学的角度来看都是失败的，主要原因在于其声称的效率提高要么根本就不存在要么就是难以实现。

另外，在限制竞争和效率之间做这样的权衡也忽视了另外一点：从动态的角度来看，竞争在一段时间内对生产成本也有控制作用，限制了竞争当然也就弱化了这种功能。这就是说，通过兼并能一次性降低成本  $x\%$ ，但从中长期来看也就因为缺少竞争压力而失去了降低  $y\%$  成本的可能，这事实上再次减弱了这种权衡的意义。

问题还在于，在企业支配市场的情况下，效率的提高如何才能以降价让利的形式使消费者受益。

寄希望于道德善行，也就是希望企业能自愿放弃完全有可能实现的垄断高价纯属幻想。

尽管理论模型显示，通过兼并实现市场支配地位，市场的供给状况会较竞争条件下的供给状况有所改善；但它的前提是兼并非常有效地降低了成本，使企业制定出对自身也颇具吸引力的低价战略。在一定前提假设下，这种模式在理论上是成立的，但是脱离实际太远。经验表明，只有在兼并以后仍然存在竞争压力的情况下，效率的提升才会以降价的方式使消费者受益，而这种压力在“市场支配地位”存在的情况下不存在。

因此这就需要持续的监管措施，以保证效率提升最终使消费者受益。但这个解决办法显然不能让人满意，因为这会给反卡特尔机构带来繁重的工作，更重要的是，过度的调节烦琐而且成本过高。

如果以前声称的效率提升并没有实现或者没有使消费者受益，欧盟委员会最终也可能（根据兼并监管第六条第三款和第八条第六款）撤销兼并许可。然而这种并非真正的拆分措施跟真正去拆散一个企业（与兼并监管无关）并没有本质的区别。实质上，两种情况都是要将“搅匀的鸡蛋再分开”。百年来，美国反托拉斯的实践一直在尝试完成这个任务，结果多为失败。

所有这些问题都需要《反限制竞争法》的第七修订版——包括联邦反卡特尔局和各级法院——去研究。我们只能希望，目前对欧盟兼并监管已经生效的新标准，即“对有效竞争有重大妨碍”，不要比依然保留的市场支配标准要低，哪怕是从效率角度去看。这样的话，对维护竞争的负面影响还会小一点。

现在可以肯定的是，一段时间内，我们势必要处于一种法律的不确定性当中，其实这本可以避免的。

现在我们来谈谈联邦反卡特尔局。联邦反卡特尔局是下属经济部（最近改为经济和劳动部）的联邦高级机构，该局由局长负责领导总体工作。局长是联邦反卡特尔局面对联邦政府和议会、出席专业大会和国际组织会议、面向媒体和其它公众场合时的代表。

竞争法方面的裁定，具体指对企业合并的审核、对卡特尔禁令的执行以及对滥用行为的禁止，由目前 11 个裁定部门做出，这些裁定部门的责权范围是根据不同的行业领域来划分的（见附件中的图表）。1999 年 1 月 1 日起，两个发包庭对联邦公共定单的发包提供额外的法律保护。这就在《反限制竞争法》迄今为止的三大部分（“限制竞争”、“反卡特尔机构”以及“审理程序”）的基础上又加入了第四个方面的内容（“公共定单的发包”）。招投标法在德国曾经并且到现在为止仍然被划归在预算法而非竞争法的范畴内。所以在联邦反卡特尔局内设立发包庭其实并不是一定必须的，只是因为公共发包同竞争秩序的问题紧密关联才这样做。并且联邦反卡特尔局当时作为客观和独立工作的机构的美名也起了一定的作用。

事实上在我们看来，对于一个竞争监管机构而言，其在决策方面的独立性有着至关重要的意义，所以欧洲较新的竞争法都特别强调了这点。但《反限制竞争法》却没有这样。《反限制竞争法》只是在部分规定中包含了一些只有从独立性出发才有意义的指示。德国的竞争法学家中的主流观点也认为是这样。就预算、人事和物资方面的装备配

置而言，联邦反卡特尔局当然是依赖经济部，但在事物的决策方面却并非如此。

对于这种主流观点我只想在这儿简单地阐述几个重要的原因：

第一，联邦反卡特尔局与法院的组织结构类似。这些裁定部门——像法院中的法庭或是判决委员会那样——以合议庭的形式由一个主席和两个陪审人员组成。其中的一位陪审是整个案例直至成熟的裁决形成过程中的报告人。裁决依多数原则做出，而协商和协调的过程通常是保密的。案例实际操作过程中不考虑来自外部的指令——哪怕是反卡特尔局局长本身的指令也不行——事实上也从未出现过这种由外部通过指令干预的现象。两个发包庭也以同样的方式运作，欧洲法院在我任局长的期间就曾盛赞该庭所体现的法庭质量。

第二，《反限制竞争法》中仅就部里的那些并非涉及到具体案例的一般性指令作了相应规定；这些规定须公布在联邦司法部公报中（《反限制竞争法》第 52 条）而对于案例中的个别具体指令，该法则未置一词，尽管在这里——如果指令是被允许的话——出于对法庭审核至关重要的责任划分的缘故应当具有高度的透明性。

第三，《反限制竞争法》也允许部长特批的情况。联邦经济部长可以（根据申请）出于公共福利方面的考虑对卡特尔禁令（《反限制竞争法》第 8 条）或者联邦反卡特尔局在兼并监管（《反限制竞争法》第 42 条）方面做出的负面决定行使特别豁免权，予以批准，但整个程序必须具有高度的透明性。如果部长通过个别指令——而且是非透明化的——可以取得相同效果的话，那么这些规定都将没有意义。

联邦反卡特尔局这种与法院类似的组织结构也许会让人以为它完全处于法律界人士的掌控之中。事实绝非如此。我的前任们以及我都非常重视在人员结构中融入经济方面的专家。这些实际上的决策者中只有一半是法律工作者，另外一半则是经济学家。两个学术分支间如此协调适度的关系至少据我所知是很罕见的。就算柏林的经济部中法律工作者也始终是占多数的，设在布鲁塞尔的竞争总局的情况也与之类似。这种协调性的前提在于，其中的一个分支懂得另外一个分支的行话，学习这种沟通和理解的能力也是反卡特尔局中公务员新生力量的主要任务之一。这项工作进展得很顺利。裁定部门的领导人中有相当数量的经济学家——包括现在的局长也是如此。他们在杜塞尔多夫高等法院的诉讼中自己代言一切案件（反卡特尔局的诉讼分部只是参与准备工作）。该法院在其它情况下是强制诉讼双方聘用律师的——这里涉及了法律方面的知识——它的卡特尔判决委员会要求是相当高的。我们的这些同事常年以来都出色地完成了法庭上的任务；反过来，那些法律工作者也出人意料地具备相当高水平的经济知识。在我



的局长任期结束前，一项在外国进行的对约 200 名律师的调查显示，联邦反卡特尔局在质量上跃居世界上所有竞争监管机构的首位。这样一项殊荣在我看来与经济和法律工作者双方每天进行的平等、深入的交流是密不可分的。

那些在《反限制竞争法》中规定的程序以及联邦反卡特尔局的案例实际工作只是其中的一个方面，尽管始终都还是最重要的一个方面，但联邦反卡特尔局参与国际合作的重要性也受到越来越多的关注。

联邦反卡特尔局同布鲁塞尔的欧盟委员会之间保持着十分紧密的联系，并且不单单是同那里的咨询委员会之间的制度化的官方正式联系，也包括同事之间非正式的合作关系，并且这种关系几乎是持续不间断的。

2001 年 4 月欧盟经济区的各国竞争监管机构召开了一个欧洲竞争权威论坛。中心议题是各国相应机构间在具体的跨国界竞争问题方面的横向合作，如兼并监管、罚款或者空运市场的结构。

在经合组织的框架内，四十年来都定期举行竞争委员会之间的会晤，德国方面一直是由联邦反卡特尔局参会。在这些会晤中各国可就各自对竞争方面问题的理解进行基本的沟通。2001 年 10 月又召开了全球竞争问题论坛，这个论坛旨在追求促进“最佳实践”并且也囊括了那些非经合组织的成员。

2001 年秋天在纽约成立了国际竞争网络，其目标在于通过相互之间的经验交流实现更好的沟通理解以及各国竞争监管机构之间特别是在兼并监管方面的“温和协调”，并对那些有需要的国家提供帮助，因为这些国家可能刚刚引入竞争监管机制而尚不成熟。

联邦反卡特尔局二十年以来每两年召开一次国际卡特尔大会，这一大会已经制度化。这个大会应当是全球最大的竞争方面的专家讨论竞争政策及竞争法的现实问题的论坛。

除了这些多边的活动之外——这其中也包括世贸组织的那些与竞争有关的活动（如 1997 年在新加坡召开的部长会议上成立的贸易竞争政策互动工作小组）——还有很多同众多非欧盟竞争监管机构之间的双边接触。这是反卡特尔局常规的案例处理工作外另一项广泛的工作。

为了让大家对联邦反卡特尔局的整体情况有一个概括性的了解，我最后列出一些数据：

1958 年 1 月 1 日联邦反卡特尔局在柏林成立，当时共有 53 名员工。

在同一时间《反限制竞争法》和《欧洲罗马公约》连同其关于竞争方面的相应规定正式生效。

《反限制竞争法》迄今为止前后共修订了六次，现在第七次修订也正处于准备之中。

1999年10月总部所在地由柏林迁往波恩。

包括我的继任，即现在的局长在内，联邦反卡特尔局先后有四任局长。

工作人员的总数约有300人。其中150人为高级公务员（法律和经济方面的专业人员的比例为50:50）。

在整个联邦预算中的年预算达一千五百万欧元。收入主要来自罚款（和费用），并且长期平均下来是年预算的十倍。所有的收入最终进入联邦预算中。

## 7 Vokabeln

das	europäische Wettbewerbsrecht	《欧盟竞争法》
	Entwurf des chinesischen Anti-Monopolgesetz	《中国反垄断法（草案）》
die	Beschlußabteilung, -en	裁定部门
die	Vergabekammer, -n	发包庭
	Vergabe öffentlicher Aufträge	公共订单的发包
das	Vergaberecht	《招标投标法》
das	Haushaltsrecht	预算法
das	Kollegialgremium, ..ien	合议庭
der	Beisitzer, -	陪审人员
die	Ministererlaubnis	部长特批
	European Competition Authorities (ECA)	欧洲竞争权威
	Competition Committee	竞争委员会
	Global Forum on Competition	全球竞争问题论坛
	International Competition Network (ICN)	国际竞争网络
die	Internationale Kartellkonferenz (IKK)	国际卡特尔大会

# Lektion 11 Arbeitsgerichtsbarkeit

## 1 Text 1 zum Dolmetschen: Grundstrukturen des deutschen Arbeitsrechts und seine Perspektiven unter dem Einfluss der Globalisierung (Prof. Dr. Wolfgang Däubler, 13 Mai 2005, Peking)

### 1.1 Die Ausgangssituation

Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind keine gleichen Vertragspartner. Der Arbeitnehmer benötigt einen Arbeitsplatz, um ein angemessenes Leben führen zu können. Der Arbeitgeber hat in aller Regel die Auswahl, welchen Bewerber er auswählen will. Auch wenn er schlechte Bedingungen bietet, wird sich mangels besserer Alternative immer eine Person finden, die nach der Devise „schlechte Arbeit ist besser als Arbeitslosigkeit“ die Bedingungen akzeptiert.

Auch nach der Einstellung besteht keine faktische Gleichheit. Der Arbeitnehmer muss nicht nur den Weisungen des Arbeitgebers folgen. Er kommt vielmehr in eine Organisation hinein, deren Regeln der Arbeitgeber schon vorher gesetzt hat. Wann die Arbeit in der Frühe beginnt, welche Kleidung man tragen muss, welche Kontrollen durchgeführt werden - das alles ist für den Einzelnen eine „Vorgabe“, eine Tatsache, über die er nicht verhandeln kann.

Überlässt man die Beschäftigung von Arbeitskräften dem freien Spiel der Kräfte, so kommt es zu Missständen, wie sie Friedrich Engels in seinem Buch über die Lage der arbeitenden Klasse in England für das 18. Jahrhundert beschrieben hat. Große Bevölkerungsschichten verarmten. Auch in Deutschland und anderen europäischen Ländern kam es zu ähnlichen Erscheinungen. In der zeitlichen Distanz von über 150 Jahren ist man sich heute darüber im Wesentlichen einig. Fern aller aktuellen Kontroversen über den Inhalt des Arbeitsrechts besteht Konsens auch in dem Punkt, dass man diese Missstände auf zwei Wegen bekämpfen muss, die sich wechselseitig ergänzen:

Der eine Weg ist die staatliche Intervention, insbesondere in der Form der Gesetzgebung. In Bezug auf die Arbeitsbedingungen wird ein Minimum fixiert, das durch den Arbeitsvertrag nicht unterschritten werden darf.

Der zweite Weg ist die erlaubte „Selbsthilfe“, d.h. das Recht der Beschäftigten, durch gemeinsames Handeln Löhne und Arbeitsbedingungen zu verbessern. Der Streik ist die historisch wichtigste Erscheinungsform dieses Versuchs, das Schicksal in die eigenen Hände zu nehmen und für eine bessere Existenz zu kämpfen.

Beide Formen sollen im Folgenden am Beispiel des deutschen Rechts skizziert werden, ehe wir uns dann der Durchsetzung der bestehenden Vorschriften und den aktuellen Perspektiven zuwenden.

## 1.2 Die staatliche Intervention

Das älteste Mittel, um der Übermacht des Arbeitgebers Schranken zu setzen, sind Vorschriften über den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz: Besonders schädliche Arbeitsbedingungen wurden verboten, die Unfallgefahren in wachsendem Maße reduziert. Erster Anlass war in Deutschland die Beobachtung, dass in den industrialisierten Teilen von Preußen nicht genügend gesunde Rekruten zur Verfügung standen: Durch die verbreitete Kinderarbeit waren die meisten 18-Jährigen in einem so schlechten Zustand, dass sie für die Armee nicht mehr tauglich waren. Man erließ daraufhin 1837 das sog. Kinderarbeitsregulativ, das die Kinderarbeit beschränkte - das erste und sehr bescheidene Stück arbeitsrechtlicher Gesetzgebung in Deutschland. Im Laufe von rund 170 Jahren folgten sehr viel weitergehende Vorschriften, die sich an dem Ziel orientierten, die gesundheitliche Belastung der Arbeitnehmer und die Unfallgefahren möglichst gering zu halten. Allerdings blieb bis 1994 die Einschränkung bestehen, dass alle Maßnahmen nur gelten sollten, „soweit die Natur des Betriebes es gestattete“.

Juristisch spricht man von „Arbeitsschutzrecht“, dessen Einhaltung von staatlichen Behörden kontrolliert wird. Bei Verstößen können diese Sanktionen verhängen und im Extremfall die Fortsetzung bestimmter Produktionsverfahren untersagen.

Die zweite Form der staatlichen Intervention bestand darin, bestimmte Lebensrisiken des arbeitenden Menschen durch eine Versicherung aufzufangen. In den Jahren 1880 bis 1890 wurde in Deutschland die Sozialversicherung errichtet, die die Risiken „Unfall“, „Krankheit“, „Invalidität“ und „Alter“ abdeckte. Sie war eine bewusste Reaktion des Staates auf Missstände und hatte auch den Sinn, der in den siebziger Jahren erstarkten sozialdemokratischen Protestbewegung den Wind aus den Segeln zu nehmen. 1926 kam die Arbeitslosenversicherung dazu.

Der Sozialversicherung gehörten (und gehören noch heute) automatisch alle Arbeitnehmer bis zu einer relativ hohen Verdienstgrenze an. Die Finanzierung war ursprünglich vorwiegend Sache der Arbeitgeberseite; heute dominieren gleich hohe Beiträge durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die erbrachten Leistungen sind durchaus weitgehend. Erleidet beispielsweise ein Arbeitnehmer einen Arbeitsunfall, so werden die gesamten Heilungskosten und die weiteren Konsequenzen von der Unfallversicherung übernommen. Auch im Falle der Krankheit gehen die Kosten der Krankenversicherung zu Lasten der Sozialversicherung; erst in allerjüngster Zeit wurde eine gewisse Beteiligung der Versicherten an den von ihnen verursachten Kosten eingeführt, die jedoch 1 %

des Jahreseinkommens nicht überschreiten darf. Die Höhe der Altersrente hängt von den geleisteten Beiträgen und dem Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Erwerbsleben ab; sie beläuft sich im Durchschnitt der Fälle auf etwa 50 % des aktiven Einkommens.

Die Sozialversicherung nimmt die von ihr erfassten Risiken gewissermaßen aus dem Arbeitsverhältnis heraus. Bei dessen Abschluss wird deshalb z.B. nicht mehr über das Unfallrisiko gesprochen. Ein etwaiger vertraglicher Ausschluss der Sozialversicherung wäre unwirksam.

Rechtlich handelt es sich hier um ein Sondergebiet des „Sozialrechts“, das zwar viele Berührungspunkte mit dem Arbeitsrecht hat, das aber in der deutschen Tradition von diesem getrennt ist.

Dritte Form der Staatsintervention ist die Vorgabe zwingender Normen für das Arbeitsverhältnis, von denen im Arbeitsvertrag nicht zu Lasten der Arbeitnehmer abgewichen werden kann. Entsprechende Vorschriften sind zahlreich; die wichtigsten Beispiele seien genannt.

Das Gesetz schreibt in § 622 BOB bestimmte Mindestkündigungsfristen vor. Für den Arbeitgeber wie für den Arbeitnehmer betragen sie vier Wochen, wobei nur zum fünfzehnten oder zum Ende eines Monats gekündigt werden kann. Hat der Arbeitnehmer längere Zeit beim selben Arbeitgeber gearbeitet, so verlängern sich die von diesem (nicht aber die vom Arbeitnehmer) einzuhaltenen Fristen: Nach fünfjähriger Betriebszugehörigkeit kann der Arbeitgeber nur noch mit einer Frist von zwei Monaten zum Monatsende kündigen. Nach 20 Jahren ist die Höchstfrist (sieben Monate zum Monatsende) erreicht.

Wichtiger sind Regeln, die die Kündigung nur aus ganz bestimmten inhaltlichen Gründen wie beispielsweise erhebliche Pflichtverletzung des Arbeitnehmers oder wirtschaftliche Krise des Unternehmens zulassen. Große Bedeutung hat weiter der Grundsatz, dass befristete Arbeitsverhältnisse nur aus bestimmten Gründen vereinbart werden können, weil sonst der Kündigungsschutz weitgehend leer laufen würde: Der Arbeitgeber würde einfach keine unbefristeten, sondern nur noch befristete Arbeitsverträge schließen. In der Praxis sind deshalb ca. 90 % aller Arbeitsverhältnisse unbefristet und nur etwa 10 % befristet. Für die Arbeitnehmer erhöht dies die Planbarkeit ihres Lebens; aus eigenem Entschluss den Arbeitsplatz zu wechseln, bleibt ihnen gleichwohl möglich, da sie ihr Arbeitsverhältnis jederzeit mit vierwöchiger Frist kündigen können.

Eine wichtige gesetzliche Regelung betrifft weiter die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall: Erkrankt ein Arbeitnehmer, erhält er seine Vergütung vom Arbeitgeber in voller Höhe fortbezahlt, und zwar für die Dauer von sechs Wochen pro Jahr. Bei mehreren Krankheiten kann es zu einer mehrfachen Entgeltfortzahlung kommen.

Erwähnung verdient außerdem das Bundesurlaubsgesetz von 1963, das in seiner heutigen Fassung einen Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub für

eine Dauer von vier Wochen pro Jahr vorsieht; in der Praxis besteht allerdings typischerweise ein Anspruch in Höhe von sechs Wochen.

Alle diese Vorschriften werden normalerweise unter dem Begriff „Individualarbeitsrecht“ zusammengefasst.

1.3 Die erlaubte Selbsthilfe in Form der kollektiven Interessenvertretung  
Nicht weniger wichtig als die direkte staatliche Intervention ist die autonome Interessenvertretung durch gemeinsames Handeln der Beschäftigten. Das deutsche Recht kennt dabei drei verschiedene Wege, die man auch als „Säulen“ der Interessenvertretung bezeichnet.

Historisch älteste Form sind frei gebildete Gewerkschaften, die unabhängig von der Arbeitgeberseite und vom Staat sind. Vergleichbar bedeutsam ist heute die Interessenvertretung durch Betriebsräte, die automatisch alle in einem Betrieb Beschäftigten vertreten. Schließlich wählen die Arbeitnehmer in Unternehmen ab einer bestimmten Größe einige Mitglieder des Aufsichtsrats, die über die Unternehmenspolitik mitentscheiden. Alle darauf bezogenen Normen bezeichnet man als „kollektives Arbeitsrecht“. Betrachten wir die drei Wege der Reihe nach.

#### 1.3.1 *Interessenvertretung durch Gewerkschaften*

Jeder Arbeitnehmer hat nach der deutschen Verfassung (Art. 9 Abs.3 Grundgesetz) das Recht, sich mit anderen „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“ zu Organisationen, konkret: zu Gewerkschaften zusammenzuschließen. Diese dürfen sich frei betätigen; insbesondere können sie ihre Ziele selbst setzen, soweit sich diese auf das Arbeitsleben beziehen. Die Mittel, die sie für die Erreichung dieser Ziele einsetzen, dürfen nicht gegen geltendes Recht verstoßen.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das über den genauen Inhalt der Verfassung befindet, hat den Gewerkschaften eine Reihe von spezifischen Befugnissen eingeräumt:

- Sie haben das Recht, im Betrieb für ihre Tätigkeit zu werben und beispielsweise Flugblätter zu verteilen oder den einzelnen Beschäftigten E-Mails zu senden.
- Sie können mit der Arbeitgeberseite Kollektivverträge abschließen, die man in Deutschland „Tarifverträge“ nennt. Diese enthalten bestimmte Mindestbedingungen, die im Arbeitsvertrag nicht unterschritten werden dürfen. Die Tarifverträge legen insbesondere fest, was ein Arbeitnehmer, der eine bestimmte Tätigkeit verrichtet, mindestens in einer Stunde (oder in einem Monat) verdient, oder sie

bestimmen, dass die wöchentliche Arbeitszeit z.B. 38 Stunden beträgt. Eine Abweichung zugunsten der Arbeitnehmer ist jederzeit möglich; man spricht insoweit vom so genannten Günstigkeitsprinzip.

- Kann sich die Gewerkschaft mit der Arbeitgeberseite nicht über den Abschluss eines Tarifvertrags einigen, so darf sie die Beschäftigten zum Streik aufrufen. Dies ist praktisch der einzige Fall, in dem eine kollektive Arbeitsniederlegung legal ist; Deutschland unterscheidet sich insoweit von Frankreich, Italien, Spanien und Portugal, wo auch die nicht-gewerkschaftliche, von einer bloßen Arbeitnehmergruppe getragene Arbeitsniederlegung, rechtmäßig ist. Während des Streiks bezahlt der Arbeitgeber keine Vergütung mehr; wer Mitglied der Gewerkschaft ist, bekommt nach deutscher Tradition von dieser eine so genannte Streikunterstützung, die zwischen 70 und 100% des bisherigen Nettoverdienstes beträgt und die aus den Mitgliedsbeiträgen ( in der Regel 1 % des Bruttoeinkommens) finanziert wird. In der Praxis wird vom Streikrecht nur sehr selten Gebrauch gemacht.
- Die Gewerkschaft darf von der Interessenvertretung durch Betriebsräte und durch Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nicht getrennt werden. Insoweit ist ein Kooperationsverhältnis vorgeschrieben, das sich in der Realität meist dadurch herstellt, dass die Mitglieder des Betriebsrats und die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zugleich in der Gewerkschaft aktiv sind.
- Die Gewerkschaft hat schließlich das Recht, die Interessen ihrer Mitglieder wie die Interessen aller Arbeitnehmer gegenüber dem Staatsapparat und den politischen Parteien geltend zu machen. In der Regel begnügt sie sich mit Appellen, doch kann sie auch Demonstrationen durchführen. Ein Streik für politische Ziele wäre illegal - auch hier gehen das französische und das italienische Recht über das deutsche hinaus.

In Deutschland sind derzeit nur noch etwa 20 bis 25% aller Arbeitnehmer Mitglied einer Gewerkschaft. Anfang der 90er Jahre lag der „Organisationsgrad“ noch bei knapp 40%. Dies hängt mit vielen Gründen, u.a. damit zusammen, dass die traditionellen Industriezweige, in denen zahlreiche Gewerkschaftsmitglieder arbeiteten, deutlich an Bedeutung verloren haben, und dass die Gewerkschaften wenig Einfallsreichtum beim Aufgreifen neuer Probleme

entwickeln. Der Abschluss von Tarifverträgen ist dennoch auch in der Gegenwart von großer Bedeutung; von ihnen werden mehr als 60% aller Arbeitnehmer erfasst, weil in den Arbeitsverträgen der Nichtmitglieder üblicherweise auf die Tarifverträge verwiesen wird.

### *1.3.2 Interessenvertretung durch Betriebsräte*

Seit 1918 existieren in Deutschland Betriebsräte; nur in den Jahren 1933 bis 1945, d.h. während des Faschismus, waren sie - genauso wie die Gewerkschaften - verboten und abgeschafft.

Betriebsräte werden in „Betrieben“ gebildet. Dieser Begriff meint die arbeitstechnische, nicht die wirtschaftliche Einheit; letztere bezeichnet man als „Unternehmen“. Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen: Eine AG produziert an verschiedenen Orten Autos; jeder Standort stellt einen eigenständigen „Betrieb“ dar. Die AG selbst wird als Unternehmen bezeichnet.

Betriebsräte können in allen Betrieben mit mindestens 5 Arbeitnehmern gewählt werden, doch sind Wahlen in solchen kleinen Einheiten die Ausnahme. Je größer der Betrieb, umso eher wird es zur Errichtung eines Betriebsrats kommen. Etwa 50% aller Arbeitnehmer werden in der Praxis durch einen Betriebsrat vertreten.

Die Wahl erfolgt auf Initiative von drei Beschäftigten oder einer Gewerkschaft, sofern sie mindestens ein Mitglied im Betrieb hat. Ähnlich wie bei politischen Wahlen gibt es einen Wahlvorstand, der die Wahl durchführt. Er wird in einer Versammlung der Beschäftigten gewählt, notfalls durch das Arbeitsgericht bestimmt. In Betrieben, in denen bereits ein Betriebsrat existiert, setzt dieser den Wahlvorstand ein. Jede Kandidatenliste benötigt eine Mindestanzahl von Unterschriften oder die Unterstützung durch eine Gewerkschaft. Die Abstimmung selbst ist geheim. Würde man sich nicht an dieses Prinzip halten, läge ein schwerer Verfahrensverstoß vor, der die Wahl nichtig, d.h. wirkungslos machen würde. Jeder Arbeitnehmer, der mindestens 18 Jahre alt ist, kann an der Wahl teilnehmen und auch selbst kandidieren, soweit er vorher mindestens sechs Monate im Betrieb beschäftigt war.

Der Betriebsrat wird auf vier Jahre gewählt; die Zahl seiner Mitglieder steigt mit der Zahl der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer an. Er kann seine Aufgaben während der Arbeitszeit erfüllen, ohne dass seine Mitglieder deshalb irgendeine wirtschaftliche Einbuße erleiden dürfen. Der Arbeitgeber muss außerdem ein Büro mit Telefon- und Internetanschluss zur Verfügung stellen; auch dürfen sich die Betriebsratsmitglieder die für ihre Tätigkeit notwendigen Kenntnisse auf Kursen verschaffen, die der Arbeitgeber zu bezahlen hat. Außerdem genießen sie einen umfassenden Kündigungsschutz: Sie können grundsätzlich nur dann entlassen werden, wenn ihre Weiterbeschäftigung wegen einer schweren Pflichtverletzung für den Arbeitgeber „unzumutbar“ ist und der Betriebsrat als Gremium der Kündigung zustimmt. Wird diese Zu-



stimmung verweigert, kann der Arbeitgeber das Arbeitsgericht anrufen, das eine definitive Entscheidung trifft. Während der Dauer des Verfahrens ist das betroffene Betriebsratsmitglied weiter im Betrieb tätig, da ja noch keine wirk-same Kündigung vorliegt. Wird der Betrieb geschlossen, ist ausnahmsweise eine Kündigung wie gegenüber anderen Arbeitnehmern möglich. Gewissermaßen als Ausgleich für diese relativ komfortable Rechtsstellung darf der Betriebsrat nur seine gesetzlichen Rechte wahrnehmen, nicht aber den Betriebsfrieden stören oder gar zum Streik aufrufen.

Der Betriebsrat wacht über die Einhaltung der im Betrieb anzuwendenden Gesetze. Bei Verstößen kann er sich an den Arbeitgeber wenden; werden arbeitsschutzrechtliche Vorschriften verletzt, kann er auch die staatliche Aufsichtsbehörde einschalten. Außerdem darf der Betriebsrat bei zahlreichen Planungen des Arbeitgebers mit beraten.

Am wichtigsten sind die Bestimmungsrechte des Betriebsrats. Auf bestimmten Sachgebieten benötigt der Arbeitgeber die Zustimmung des Betriebsrats, er kann nicht mehr alleine entscheiden. Zu diesen Bereichen gehören z.B. die Lage der Arbeitszeit, die Anordnung von Überstunden, die Schaffung von technischen Einrichtungen, mit denen Arbeitnehmer überwacht werden können, Fragen der Lohnberechnung und Regelungen über betriebliche Verbesserungsvorschläge. Wird Personal abgebaut oder eine andere wesentliche Betriebsänderung vorgenommen, kann der Betriebsrat den Abschluss eines Sozialplans verlangen, der die wirtschaftlichen Nachteile der betroffenen Arbeitnehmer ausgleicht oder mindert.

Was geschieht, wenn sich Arbeitgeber und Betriebsrat beispielsweise nicht über die Ableistung von Überstunden einigen können? Auch in diesem Fall darf der Arbeitgeber nicht etwa einseitig handeln. Vielmehr wird eine so genannte Einigungsstelle gebildet. Sie besteht aus einer gleichen Anzahl von Vertretern des Betriebsrats und des Arbeitgebers sowie aus einem unparteiischen Vorsitzenden, über dessen Person sich beide Seiten einigen sollen; geschieht dies nicht, wird die Person vom Arbeitsgericht ausgewählt, das meist einen Richter eines anderen Gerichts einsetzt. Die Einigungsstelle entscheidet notfalls durch Mehrheitsbeschluss, doch steht in der Praxis die freiwillige Einigung im Vordergrund. Wird bei dem Beschluss gegen geltendes Recht verstoßen, so kann das Arbeitsgericht die Entscheidung aufheben.

Übergeht der Arbeitgeber das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats und trifft einseitige Maßnahmen, so sind diese unwirksam; kein Arbeitnehmer muss einer entsprechenden Weisung Folge leisten. Der Betriebsrat kann außerdem beim Arbeitsgericht eine einstweilige Verfügung (d.h. eine binnen weniger Tage ergehende vorläufige Entscheidung) erwirken, wonach der Arbeitgeber seine Maßnahme zurücknehmen muss und sie auch in Zukunft nicht mehr vornehmen darf.

In personellen Angelegenheiten gibt es unterschiedliche Einflussmöglichkeiten des Betriebsrats. Bei abstrakten Fragen wie bei der Festlegung des Inhalts von Fragebögen für Bewerber besteht ein Mitbestimmungsrecht. Bei der Einstellung konkreter Personen kann der Betriebsrat lediglich aus bestimmten Gründen widersprechen, doch kann er dem Arbeitgeber keinen eigenen Kandidaten aufzwingen. Vor Kündigungen muss der Betriebsrat lediglich angehört werden; aus bestimmten (sehr selten vorliegenden) Gründen kann er widersprechen. Macht er davon Gebrauch und erhebt der gekündigte Arbeitnehmer Klage beim Arbeitsgericht, so muss dieser an seinem bisherigen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden, bis das Gericht rechtskräftig über den Fall entschieden hat. In der Praxis spielt diese Möglichkeit keine sehr große Rolle, weil die Voraussetzungen für einen wirksamen Widerspruch nur ausnahmsweise erfüllt sind.

Wie ist das Verhältnis Gewerkschaft - Betriebsrat beschaffen? Anders als in China gibt es in Deutschland keine Betriebsgewerkschaften. Der einzelne ist vielmehr Mitglied einer Branchengewerkschaft; als Metallarbeiter gehört er der „Industriegewerkschaft Metall“, als Chemiarbeiter der „Industriegewerkschaft Bergbau - Chemie - Energie“ an. Unterste organisatorische Ebene dieser Gewerkschaften ist nicht der Betrieb, sondern ein bestimmtes räumliches Gebiet wie z.B. eine Stadt. Aus diesem Grund ist die direkte Interessenvertretung im Betrieb Sache des Betriebsrats, der aber - wie bereits gesagt - vorwiegend aus aktiven Gewerkschaftsmitgliedern besteht. Was die Schwerpunkte der Tätigkeit angeht, so existiert eine „Arbeitsteilung“ der Art, dass die Gewerkschaften Tarifverträge über das Entgelt, die Arbeitszeit und eine Reihe weiterer Fragen abschließen, während der Betriebsrat über die Art und Weise der Arbeit und bestimmte Einzelmaßnahmen des Arbeitgebers mitbestimmt.

### *1.3.3 Interessenvertretung durch Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat*

Der dritte Weg ist nur bei größeren Unternehmen vorgesehen, die die Form einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH haben.

Beschäftigt das Unternehmen mehr als 2000 Arbeitnehmer, so besteht der Aufsichtsrat zu gleichen Teilen aus Vertretern der Eigentümer und aus Vertretern der Arbeitnehmer. Allerdings ist das Übergewicht der Eigentümer durch bestimmte Mechanismen sichergestellt: Zu den Arbeitnehmervertretern muss notwendigerweise ein Vertreter der so genannten leitenden Angestellten gehören, die meist den Standpunkt der Eigentümer teilen. Ist dies im Einzelfall anders, findet bei Stimmgleichheit ein zweiter Wahlgang statt, bei dem der Vorsitzende zwei Stimmen hat. Vorsitzender ist ein Vertreter der Eigentümer, es sei denn, der Aufsichtsrat habe bei seiner Konstituierung mit Zwei-Drittel-Mehrheit einen Arbeitnehmervertreter zum Vorsitzenden gewählt, was in der Praxis nicht vorkommt.

Die Arbeitnehmervertreter werden durch die Belegschaft gewählt. Die Gewerkschaften können mindestens zwei (bei besonders großen Aufsichtsräten: drei) Personen vorschlagen, die nicht im Unternehmen beschäftigt sein müssen; auch insoweit bestimmt allein die Belegschaft, wer Mitglied des Aufsichtsrats wird.

In Unternehmen zwischen 500 und 2000 Beschäftigten, die die Form einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH haben, besteht ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder aus Vertretern der Arbeitnehmer. Auch sie werden von der Belegschaft gewählt; ein gewerkschaftliches Vorschlagsrecht besteht nicht.

Der Aufsichtsrat hat das Recht, sich über alle Angelegenheiten des Unternehmens zu informieren und den Vorstand, d.h. die „Exekutive“ des Unternehmens zu überwachen. Er muss festlegen, dass bestimmte wichtige Geschäfte seiner Zustimmung bedürfen. Außerdem muss er den Jahresabschluss, insbesondere die Bilanz, billigen. Sein wichtigstes Recht ist die Wahl der Vorstandsmitglieder; dabei spielt naturgemäß das Übergewicht der Vertreter der Eigentümer die größte Rolle. Die Arbeitnehmervertreter sind praktisch nie in der Lage, eine Person ihres Vertrauens zum Vorstandsmitglied zu bestellen.

Die Vertretung im Aufsichtsrat ist gleichwohl wegen des umfassenden Informationsrechts und wegen der Möglichkeit, die Unternehmenspolitik zu diskutieren, von erheblicher Bedeutung. Durch die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat wird zudem deutlich, dass das Unternehmen nicht allein die Renditeziele der Aktionäre oder anderer Eigentümer verfolgen darf. Vielmehr ist es „interessenpluralistisch“ strukturiert und muss deshalb auch die Interessen der Arbeitnehmer berücksichtigen. Unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg gab es Überlegungen, auch Vertreter des öffentlichen Interesses in die Aufsichtsräte zu berufen, doch wurden diese später nicht weiter verfolgt.

#### 1.4 Durchsetzung des Arbeitsrechts

Zentrale Instanz für die Durchsetzung des Individualarbeitsrechts wie des kollektiven Arbeitsrechts sind die Arbeitsgerichte. In jedem Jahr haben sie ca. 600 000 Streitigkeiten zu entscheiden, was - bezogen auf etwa 35 Millionen Arbeitnehmer - eine beträchtliche Zahl darstellt. In 98 % der Fälle klagen die Arbeitnehmer; dies hängt damit zusammen, dass der Arbeitgeber rechtswidriges Verhalten von Beschäftigten auf andere Weise sanktionieren, insbesondere eine Kündigung aussprechen kann. Arbeitnehmer klagen allerdings in der Regel erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses; soweit beide Seiten weiter zusammenarbeiten wollen, wird insbesondere in kleineren und mittleren Betrieben eine Klage häufig als „Unfreundlichkeit“ gewertet, was die weitere Arbeit sehr belasten würde. Anders liegen die Dinge lediglich im öffentlichen Dienst.

Die Arbeitsgerichte erster Instanz bestehen aus einer bestimmten Anzahl von „Kammern“. Eine Kammer hat einen Berufsrichter als Vorsitzenden,

der eine volle juristische Ausbildung haben muss. Neben ihm gibt es je einen Vertreter der Arbeitgeber- und einen Vertreter der Arbeitnehmerseite, die auf Vorschlag ihrer jeweiligen Verbände vom Landesarbeitsminister auf vier Jahre ernannt werden. Ihre Tätigkeit ist ein Ehrenamt. In der Praxis werden so viele ehrenamtliche Richter bestimmt, dass der einzelne etwa drei bis vier mal pro Jahr zum Einsatz kommt.

Zweite Instanz ist das Landesarbeitsgericht, dessen Kammern die gleiche Zusammensetzung haben. Es entscheidet über Berufungen gegen Urteile und Beschlüsse der Arbeitsgerichte. Das Bundesarbeitsgericht ist zuständig für „Revisionen“ gegen die Entscheidungen der Landesarbeitsgerichte, sofern grundsätzliche Fragen betroffen sind oder ein Landesarbeitsgericht von einer früheren Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder von der Rechtsprechung eines anderen Landesarbeitsgerichts abgewichen ist.

Bei Verfassungsverstößen kann das Bundesverfassungsgericht angerufen werden, sofern zuvor alle Möglichkeiten vor den Arbeitsgerichten ausgeschöpft wurden.

Die Arbeitsgerichte stehen neben den sogenannten ordentlichen Gerichten, die über Zivil- und Strafsachen entscheiden. Derzeit wird über eine Integration beider Gerichtsbarkeiten diskutiert, doch haben sich die meisten Stimmen für einen Fortbestand selbständiger Arbeitsgerichte ausgesprochen.

## 1.5 Globalisierung der Wirtschaft und Arbeitsrecht

### 1.5.1 Herausforderungen

Die Globalisierung ist für die deutsche Wirtschaft nichts grundsätzlich Neues. Die Bundesrepublik war seit 1958 Mitglied der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (=EWG), die sich im Laufe der Jahrzehnte immer stärker erweitert hat: Der Wettbewerb mit ausländischen Produzenten ist daher seit langem für deutsche Unternehmen eine Selbstverständlichkeit.

In den vergangenen zehn Jahren hat sich allerdings eine Reihe von Veränderungen ergeben. Der Zusammenbruch der politischen Systeme in Osteuropa und in der Sowjetunion hat zur Folge, dass neue Konkurrenten mit billigen Preisen auf den Markt kommen, die sich auf relativ qualifizierte Arbeitskräfte stützen können. Auch war die Arbeitgeberseite in der Vergangenheit eher zu Konzessionen bereit gewesen, weil sie das Risiko einer politischen Radikalisierung der Gewerkschaften und einer Zusammenarbeit mit kommunistischen Parteien sah.

Ein neues Element ist weiter durch den Fortschritt der Informationstechnologien entstanden: Heute kann nicht nur die Produktion von Waren, sondern zum Teil auch die Erbringung von Dienstleistungen (z.B. in Call-Centern) in Länder ausgelagert werden, wo die Löhne bei 10% der deutschen liegen.

Durch die Erweiterung der Europäischen Union ergibt sich zudem die Möglichkeit, dass ausländische Unternehmen ins Inland kommen und ihre Dienste für einen geringen Bruchteil der in Deutschland bezahlten Preise anbieten.

Neben diesen ökonomischen stehen politische Veränderungen. Die neoliberalen Positionen, die im Prinzip alle Entscheidungen dem Markt überlassen und Schutznormen abbauen wollen, haben an Bedeutung gewonnen. Sozialdemokratische Auffassungen, auf die große Teile des hier skizzierten Arbeitsrechts zurückgehen, befinden sich in einer schwierigen Abwehrsituation. Die Regierungen wollen außerdem im internationalen Wettbewerb die Unternehmen mit möglichst wenig Steuern belasten, so dass Mittel für sozialpolitische Zwecke fehlen. Dies macht sich insbesondere bei der Höhe der Renten bemerkbar, die sich wegen der immer größer werdenden Zahl älterer Menschen nur noch mit Mühe aus den Beiträgen der Arbeitenden finanzieren lassen.

Speziell in Deutschland besteht das Problem, dass eine Arbeitslosenquote von über 10% und die Zurücknahme staatlicher Leistungen zu einer allgemeinen Verunsicherung geführt haben. Viele Mitbürger halten sich beim Kauf zurück, weil sie Geld für Notsituationen sparen wollen. Dies hat sehr negative Konsequenzen für die Absatzchancen der Unternehmen; die deutsche Wirtschaft ist deshalb im Durchschnitt der letzten Jahre trotz guter Exporterfolge nur um 1% gewachsen.

### *1.5.2 Konsequenzen*

Wie kann das deutsche Arbeitsrecht auf diese Herausforderungen reagieren? Ein umfassendes Konzept existiert nicht, kann man doch die Parole „wir machen weiter wie bisher“ nicht als solches bezeichnen. Auch der von neoliberaler Seite geforderte radikale Abbau von Schutzvorschriften führt nicht weiter. Die Arbeitslosigkeit wird nicht dadurch verringert, dass Arbeitnehmer weniger Rechte haben. Was allein entscheidet ist die Nachfrage nach Arbeit - und sie stagniert, solange die allermeisten Menschen sparen, weil sie pessimistisch in die Zukunft schauen. Die Aufhebung arbeitsrechtlicher Sicherungen würde die Ängste nur verstärken. Einige Vorschläge sind gleichwohl möglich.

Der internationale Wettbewerb kann weder gelehnet noch durch protektionistische Maßnahmen unmöglich gemacht oder erschwert werden. Die deutsche Wirtschaft muss sich den neuen Herausforderungen stellen. Allerdings gilt nicht anders als im Bereich des nationalen Rechts, dass der Wettbewerb fair sein muss, dass niemand Vorteile aus eigenen Rechtsverstößen ziehen darf. Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die so genannten Kernarbeitsnormen der ILO („Core Labour Standards“) einen internationalen Mindeststandard festlegen, der nicht unterschritten werden darf. Dazu gehören das Verbot der Kinder- und das Verbot der Zwangsarbeit sowie die Gewerkschaftsfreiheiten.

Wird diesen Minimalanforderungen nicht Rechnung getragen, sind Handelssanktionen möglich. Das Außenwirtschaftsrecht der EU sieht für solche Fälle unterschiedliche Zölle vor: Wer alle Bedingungen erfüllt, erhält eine zusätzliche Begünstigung, wer Zwangsarbeit praktiziert, muss einen erhöhten Zollsatz bezahlen. Ähnliche Regeln existieren in den USA, wobei nicht zu übersehen ist, dass die Praxis auf die allgemeine Stellung eines Staates in der Völkergemeinschaft, insbes. seine größere oder geringere Bedeutung, Rücksicht nimmt.

In Deutschland wird die Frage diskutiert, ob die Produktion von Waren und die Erbringung von Dienstleistungen unter Bedingungen, die nicht den Kernarbeitsnormen der ILO entsprechen, nicht unlauteren Wettbewerb darstellt, sodass nach den Regeln des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb (=UWG) jeder andere Wettbewerber sowie Verbraucherverbände das Recht haben, den weiteren Vertrieb der fraglichen Gegenstände bzw. die weitere Erbringung der Dienstleistung gerichtlich verbieten zu lassen. Dies wäre insbesondere dann von Bedeutung, wenn das Land insgesamt sich korrekt verhält, bei einem einzelnen Produzenten jedoch derartige inakzeptable Arbeitsbedingungen praktiziert werden. Die bisherigen Erfahrungen in diesem Bereich sind gering und beschränken sich auf die Einfuhr von Asbest aus Südkorea, das unter Verletzung elementarer Grundsätze des Gesundheitsschutzes hergestellt worden war. Gleichwohl ist denkbar, dass in Zukunft diesem Gedanken stärkere Bedeutung zukommen wird.

Im Dienstleistungssektor wird in Deutschland wie in einer Reihe anderer EU-Mitgliedsstaaten der Versuch unternommen, die für eigene Unternehmen geltenden Mindestbedingungen insbes. im Lohnsektor automatisch auf ausländische Anbieter zu erstrecken, um so ein „soziales Dumping“ zu verhindern. Die Rechtfertigung liegt darin, dass es im Grunde unlauter ist, auf der einen Seite mit Billigangeboten, die im Land der Entsendung angemessen sein mögen, in ein anderes Land zu gehen und dessen Infrastruktur zu nutzen; auch sind die Lebenshaltungskosten in einem Industrieland in aller Regel sehr viel höher als in einem sich erst entwickelnden Land. In Deutschland existiert eine solche Regelung im Bausektor, doch wird derzeit darüber diskutiert, auch andere Sektoren einzubeziehen, wie dies schon seit längerer Zeit in Frankreich der Fall ist.

Soweit „Billiganbieter“ die rechtlichen Grenzen achten, also insbesondere nicht gegen die Kernarbeitsnormen der ILO verstoßen, besteht für Deutschland in der Tat die Gefahr, dass Produktion in ein billigeres Land verlagert wird oder deutsche Erzeugnisse als zu teuer nicht mehr absetzbar sind. Wie kann man darauf reagieren?

Die Reaktion sollte sich insbesondere auf den Arbeitsprozess beziehen. Dort könnte man sehr viel mehr als bisher an die kreativen Potenzen der Beschäftigten denken. Wenn ein Arbeitnehmer eine gute Idee hat, geht diese

heute meist auf dem Weg „nach oben“ verloren. Dies kann auf die Dauer verheerende Konsequenzen haben, weil Chancen im weltweiten Wettbewerb nur dann bestehen, wenn man die Waren von morgen produziert. Auf das Arbeitsrecht bezogen bedeutet dies, dass man innovationsfreundliche Bedingungen schaffen muss. Dazu gehört Existenzsicherheit und nicht Absenkung von Sozialstandards, insbesondere des Kündigungsschutzes. Außerdem muss die Möglichkeit bestehen, neue Ideen an der Hierarchie vorbei an neutrale Stellen heranzutragen, damit sie unvoreingenommen geprüft und ggfs. praktisch erprobt werden können. Kluge Gedanken, die man an fast allen Arbeitsplätzen entwickeln kann, müssen auch materiell gefördert werden: Sie müssen sich finanziell lohnen und sie müssen zu sozialer Anerkennung führen. In diesem Zusammenhang können wir viel von Finnland und den anderen skandinavischen Staaten lernen, deren Bilanz sehr viel besser aussieht als die deutsche. Manchmal wünscht man sich auch, man könnte ein Stück der in China herrschenden Aufbruchstimmung nach Deutschland importieren. Auch wir müssen die guten wie die schlechten Erfahrungen anderer konstruktiv verarbeiten.

## 2 译文：劳动法的基本结构及其在全球化影响下的发展前景（沃尔夫冈·多伊普勒，2005年5月13日，北京）

### 2.1 起初的状况

雇员和雇主并非平等的合同当事人。雇员需要一个工作岗位以能维持基本的生活需要。而在任何情况下雇主都拥有选择权，即挑选出合适的求职者为其工作。即使雇主提供较差的工作条件。由于求职者没有更好的选择，雇主也能雇用到适当的人员，由于求职者以“差的工作总比没有工作好”为求职格言，他们也不得不接受如此的工作条件。

同样地，在雇佣关系成立之后双方也不存在任何实际上的平等。雇员不仅必须服从雇主的指令，而且更准确地说是雇员陷入了这样一种组织体系中，该组织体系的规则已经事先由雇主所确定。如：雇员早晨何时开工、雇员必须穿何种服装，对雇员要实行哪些监督——对于每个雇员来说，这一切都是一种预先性的规定、一种既存事实，对此，雇员无法与雇主进行协商。

如果听任这样一种劳动就业关系自由发展的话，那么将会导致不良的后果，正如弗里德里希·恩格斯在其书中对18世纪英国产业工人的状况所作的描述那样。大量的劳动阶层贫穷化了。在德国以及其他的欧洲国家也有类似现象的发生。150年以来，学术界对此问题基本取得了一致意见。

撇开关于劳动法内容的所有现实讨论，大家达成共识的一点是：人们应该通过两种手段避免这一不良后果的产生，并且这两种手段是相互补充的。

第一种手段是国家干预，尤其是以立法为形式。法律对劳动条件作出了一个最低标准的规定并且这一标准不能通过合同加以改变。

第二种手段是合法的“自救”，这意味雇员拥有这样一种权利，即通过联合行为来改善薪酬状况及劳动条件。历史上，罢工是这种手段中最重要的表现形式。如此一来，命运被掌握在自己手中，雇员能为改善自身的生存条件而斗争。

在下文中，这两种形式都将以德国法为范本来加以阐述，其后，我们将转向对这些法律规范的实施和其发展前景的介绍。

## 2.2 国家干预

对雇主优势加以限制的最古老的一种手段，是关于工作场所健康保护的规定：对健康造成严重损害的工作条件被禁止，事故发生的危险度得以逐步降低。在德国作出这方面规定的最初动因是当时的统治者意识到，在普鲁士工业区已经没有足够多的健康的年轻人能被招募入伍了：由于童工现象日益普及，大多数的 18 岁的成年男子处于一种极差的健康状况中，使得他们不再适合加入军队。因此人们在 1837 年颁布了所谓的“童工条例”，该条例对雇佣童工作出限制。这是德国历史上第一部也是非常简单的劳动法方面的立法。在其后的 170 年时间里，更多的法规被制定出来，它们都遵循着同一个目标，即尽可能减少对雇员的健康损害。但是，直至 1994 年仍然存在这样一种限制，即所有的措施只有在“企业运营性质允许的情况下”才能得以生效。

在法律上，这样的立法被称为劳动保护法，它的遵守由国家机关加以监督。如果出现违法行为，则可以采取制裁措施，在极端情况下还可以禁止某些生产工艺的继续使用。

国家干预的第二种形式是，通过保险来防止劳动者的特定的生存危机。从 1880 年至 1890 年，社会保险制度在德国建立起来，涵盖了“工伤事故”、“医疗”、“伤残”和“养老”等领域。国家是出于对社会弊病的一种有意识的反应而采取这一举措的，它的作用在于平息十九世纪七十年代社会上出现的日益激烈的社会民主的示威运动。1926 年又增加了失业保险。

在一相对较高工资界限以下的所有劳动者均被自动纳入社会保障体系。起初，社会保险资金的筹措主要由雇主负责；而如今是由雇主和雇员承担同样高的社会保险费用。保险受益者获得的保险金额则是相



当可观的。例如，雇员遭受了一起工伤事故，那么全部治疗及康复费用以及相关后续费用将由工伤事故保险机构加以承担。在疾病的情况下，医疗保险的一切费用也都有社会保险机构加以承担；不久前实施的新的做法是，在社会保险机构支付保险费用的同时，由被保险人自己也承担一定的费用，不过被保险人每年自付费用的总额不得超过其年收入的 1%。养老金的高低取决于所缴纳保费的多少，平均约为在职工工资的 50%。

社会保险在一定程度上将其所涵盖的风险从劳动关系中脱离了出来。这样，在缔结劳动合同时，发生劳动事故的危险性就不再被谈及。劳动合同中可能出现的排除社会保险的约定是无效的。

在法律方面，以上关于社会保险所涉及的法律法规是“社会法”的特殊领域，尽管它与劳动法有许多契合点，但是依照德国法之传统它是被划归在劳动法范畴之外的。

国家干预的第三种形式是对劳动关系预先设置强制性的规定，在劳动合同中不得作出偏离这些强制性规定且对雇员不利的约定。这一类的法律规定数量众多，其中最重要的例子有：

德国民法典第 622 条中对最短的解约保护期限做出了明文规定。无论在雇主方还是在雇员方，这一期限都是四个星期，而解约提出的日期必须在每月的十五日或月底。如果一名雇员为一位雇主工作了相当长的时间，那么雇主需要遵守的解雇保护期限就相应延长(在这种情况下，来自雇员方的提前辞职的时限却无需改变)。如果雇员在一家企业工作已达五年以上，那么雇主必须提前两个月、且在月底提出解雇的要求。如果雇员在一家企业工作长达 20 年以上，那么就满足了最高的解雇保护期限的要求(即提前七个月、并在年底提出)。

而法律上对于解雇保护更加重要的规定是，雇主只能提出特定内容的理由才能解除合同。例如只有在雇员严重违反劳动职责或企业处于经济危机的情况下才能解除劳动合同。此外，还有一项原则具有重大意义，即劳动关系的双方只有出于特定的原因才能签订有期限规定的劳动合同，因为不然的话，解雇保护的规定将大大地失去效用：雇主不会再与雇员签订无期限的合同，而只会签订有期限规定的劳动合同。在实际中，90%的劳动合同是没有期限规定的，而只有 10%的合同是有规定期限的。对雇员来说，这一原则提高了他们生活的可规划性；而同时，出于他们自己的决定更换工作岗位的可能性还是存在的，因为他们随时可以在遵守四个星期解约保护期限的前提下提出辞职。

另外一项重要的法律规定涉及到雇员罹患疾病期间继续获得劳动报酬。如果一名雇员得了病，他将在一段时间内从雇主那里继续得到全

额支付的工资，这段时间规定每年为六个星期。如果雇员得了多种疾病，他每年继续取得全额工资的时间可以累加。

另外值得一提的是 1963 年颁布的《联邦带薪休假法》也非常重要，在其现今的法律文本中赋予了雇员这样一种请求权，即要求雇主每年提供四周的带薪假期。而实践中较为典型的做法是为期六周的带薪假期。

所有这些法律规定通常均被纳入“个体劳动法”概念的范畴。

### 2.3 集体利益代表为形式的合法自救

通过雇员联合行为实现的自主利益代表的重要性决不亚于直接的国家干预。德国法律承认实现自力救助的三种不同的途径，又称其为利益代表的三支柱。

历史上利益代表的最古老的形式是自愿组成的工会，它独立于雇主方。如今，同样重要的是通过企业职工委员会实现的利益代表，企业职工委员会自动代表在一个企业中工作的所有职工。最后，当企业达到一定规模后，该企业的雇员选举一定数量的代表进入企业监事会，共同参与企业的决策。所有涉及上述内容的规定被称为“集体劳动法”。下面，我们依次介绍这三种途径。

#### 2.3.1 通过工会实现利益代表

依据基本法第 9 条第 3 款的规定，每一名雇员都拥有这样一种权利，即“为了维护和促进劳动和经济条件”而与其他雇员缔结成组织，具体地说，结成工会。这一组织可以自由地开展活动；特别是，它可以自行确定目标，只要这些目标涉及到劳动生活的领域。为了达到这些目标所采取的手段措施不得与现行法相抵触。

依据联邦宪法法院对基本法第 9 条第 3 款具体内容作出的司法解释，工会享有如下一系列的特别权限：

- 它有权在企业中为其活动进行宣传，例如，散发传单或者向单个雇员发送电子邮件。
- 它可以与雇主方面签定集体劳动合同，这在德国被称为“劳资协议”。劳资协议规定了特定的最低标准，而这些标准不得在劳动合同中被违反。在劳资协议中，重点规定了从事特定工作的雇员在每小时(或者每月)最少应该挣到多少薪酬；或者规定，每周工作时间不得超过例如 38 个小时。任何时候，对劳资协议的有

利于雇员的偏离都是被允许的，人们将其称为“有利性原则”。

- 如果工会与雇主方面无法就签订劳资协议达成一致，则工会可以号召职工开展罢工。这是实践中唯一被允许进行合法的集体罢工的情况。在这一点上，德国的做法有别于法国、意大利、西班牙和葡萄牙，这些国家中，非工会的雇员团体组织的罢工也被视为合法。在罢工期间雇员不再获得任何报酬，而依据德国传统，工会会员可以从工会获得罢工津贴，该津贴金额为罢工前工资净收入的 70% 到 100%，是从工会会员缴纳的会费中开支的(通常为毛工资的 1%)。然而在德国，罢工的手段很少被采用。
- 工会不能与通过企业职工委员会以及监事会中劳方代表实现的利益代表相分离。法律只是明确了三者之间的合作关系。在现实中，这种合作关系的建立往往是通过这样的方式实现的，即企业中职工委员会代表以及监事会中的劳方代表同时又是工会会员。
- 最后，工会有权在国家机构和不同的政党面前代表其会员以及所有雇员的利益。不过在这方面工会的作用大多局限于呼吁，当然它也可以组织示威游行。出于政治目的的罢工是非法的——在这方面，法国和意大利的法律走在了德国法律的前头。

在德国，目前仅约 20% 至 25% 的雇员是工会会员。而在 90 年代初，工会的“组织程度”还有将近 40%。导致这一状况的原因很多，其中有：一些曾经拥有众多工会会员的传统行业明显地失去了影响力；而工会在面临新问题时又表现得无能为力。尽管如此，劳资协议的签定仍然有着重要的作用；它的效力覆盖了 60% 以上的雇员，因为非工会会员在劳动合同中也可以援引劳资协议的条款。

### 2.3.2 通过企业职工委员会实现利益代表

从 1918 年起，德国就存在企业职工委员会了。然而在 1933 年至 1945 年法西斯统治期间，它和工会一样被取缔了。企业职工委员会是以“企业”为单位组建的。这一“企业”的概念指的是劳动技术范畴的单位，而非经济单位。后者人们称之为公司(Unternehmen)。举例而言：一家股份有限公司在不同的地方生产汽车；每一个生产基地就是一家独立的企业(Betrieb)，而股份有限公司本身是一家公司。

在所有员工超过 5 人的企业都能通过选举产生企业职工委员会，但是在这样小型的企业中选举出职工委员会是一种例外情况。企业越大，建立企业职工委员会的可能性也越大。在现实中大约有 50% 的雇员由企业职工委员会实现利益代表。

企业职工委员会的选举可以由 3 名职工或某一工会发起，只要该工会在这家企业中至少有一名会员。与政治选举相似，首先需要产生一个选举委员会，并由它来实施选举。选举委员会由职工大会选举产生，紧急情况下可由劳动法院任命。对于那些已经存在职工委员会的企业，选举委员会则由职工委员会来任命。一份候选人名单的确定需要得到一定数量的职工签名或者某一工会的支持。选举本身是无记名的；如果这一原则得不到遵守，就意味着对选举程序的严重违反，并导致选举的无效。每一名年满 18 岁的雇员都可以参加选举并且只要他在该企业工作满 6 个月，便可以提名为候选人。

企业职工委员会每四年选举一次，其成员数量随企业内员工数量的增加而增加。企业职工委员会可以在工作时间内履行职能，其成员不能因此遭受任何经济上的不利。雇主则必须为企业职工委员会提供装备电话和因特网连接设备的办公地点。并且企业职工委员会的成员可以接受与其职务活动相关的培训，培训费用由雇主支付。此外，企业职工委员会的成员还享有广泛的解雇保护权：原则上只有当他们因严重失职而使其在企业中继续就业变得“无可指望”了，而且该企业的职工委员会作为一个集体对雇主提出的解雇要求表示同意后，他们方能被解雇。如果雇主的解雇要求得不到企业职工委员会的同意，雇主可以向劳动法院提出诉求，由后者作出明确裁决。在案件审理过程中，当事的企业职工委员会成员继续在企业内工作，因为有效的解雇通知尚未出现。如果企业发生倒闭，那么就成为一种例外情况，企业职工委员会成员可以得到和其他职工同等的待遇。为了在一定程度上制衡企业职工委员在法律上得到的优待，企业职工委员会也只能行使其法定的权利，而不能干扰企业的安宁或者号召职工罢工。

企业职工委员会监督适用于企业的法律的遵守情况。如果发现了违反法律的情况，它应向雇主提出。如果发现劳动保护的规范受到违反，它也可以请求国家监督机关来参与调查。此外企业职工委员会也可以参与讨论许多雇主制定的计划。

企业职工委员会拥有的最重要的权力是共同决定权。在特定事项中，雇主不可以单方面做出决定；更准确地说，他需要征得企业职工委员会的同意。属于这些事项的有，例如对工作时间的规定，对加班布置的规定，对监视雇员的技术设备购置安装的规定，工资计算问题以及关于企业改进建议的规定。如果企业要裁员，或者面临其他重要

变更事项，那么企业职工委员会可以要求制定一份社会补偿计划，以弥补或减少雇员因此而遭受的经济上的损失。

当雇主与企业职工委员会无法就某雇员完成加班任务这一事项达成一致时，情况如何？在这种情况下，雇主不可以单方面采取行动。更准确地说，一个所谓的调解机构将参与进来，对这一纠纷作出裁决。这个调解机构由同样数量的企业职工委员会代表和雇主代表以及一位独立于雇主和企业职工委员会的主席组成，这位主席人选的确定需要双方达成一致。如果双方对主席人选无法达成一致，则由劳动法院出面委任，而委任的主席人选多数情况下是另一法院的某一法官。在必要时该调解机构以多数表决的方式作出决定，然而在实践中多数是由双方当事人自愿达成和解。如果调解机构的决定违反了现行法律规定，那么劳动法院可以撤消这一决定。

如果雇主不顾企业职工委员会的共决权而单方面采取措施，那么这些措施被视为无效，任何雇员都无须遵守相关指令。此外，企业职工委员会可以要求劳动法院宣布临时处分(即几天之内作出的临时决定)，要求雇主收回措施，并在以后也不得实行此项措施。

在人事问题上，企业职工委员会有着不同的施加影响的可能性。对于一些抽象性的问题，例如在确定应聘者所填写的求职申请表的内容上，就存在一个共同决定权。而在具体的人员选择和雇佣上，企业职工委员会只有在具备特定理由的前提下才能表示反对，但不可将其他任何人选强加于雇主。在雇主解雇员工前只须听取企业职工委员会的意见，而后者只能出于(很少的)特定理由才能对解雇决定表示反对。如果企业职工委员会使用了这一反对权，并且被解约的雇员向劳动法院提起诉讼，则该雇员必须继续留在企业内工作，直至劳动法院作出有效的判决。实践中这一权利并未发挥很大的作用，因为反对权行使的前提条件很少得到满足。

工会和企业职工委员会之间的关系是如何建立起来的？与中国不同的是，在德国不存在企业内工会。更确切地说，工会会员就是行业工会的会员。一名金属行业工人所属的是“五金行业工会”，一名化学产业的工人加入的则是“矿山、化学、能源行业工会”。这些工会的最低一级的组织单位并非企业，而是一定的地理区域，例如一个城市。出于这一原因，企业内职工利益的直接代表就是企业职工委员会，不过职工委员会的成员——如前所述——多数为积极的工会会员。联系到两者的活动重点，它们之间存在着“工作分工”。即工会主要负责劳资协议的签署，其中包括薪酬、工作时间以及其他一系列问题的规定，而企业职工委员会则侧重于在劳动的方式方法以及雇主各项特定措施中起到共决作用。

### 2.3.3 通过监事会中的劳方代表实现利益代表

这第三种道路只适用于较大型企业，如股份有限公司或有限责任公司。

如果企业拥有超过 2000 名的员工，则其监事会应由同样数量的企业所有者代表和雇员代表组成。然而企业所有者的优势地位却通过特定机制得以确保：一方面，必然地会有雇员中的高级管理人员作为雇员代表加入到监事会中，在多数情况下他们和企业所有者持有相同的观点。另一方面，在个别情况下，如果赞成和反对的票数相等，则要进行第二轮投票，在第二轮投票中主席拥有二票。而主席通常是企业所有方的代表，除非一家企业的监事会以三分之二的多数选举出一名雇员方代表担任主席，但是这种情况实际上不可能发生。

企业监事会的劳方代表由企业全体职工选举产生。工会至少可以推荐两位候选人（在特别大的监事会中工会可以推荐三位候选人），被工会推荐的候选人不一定是该企业的雇员。不过监事会的最终组成人员只能由企业全体职工来决定。

在企业职工人数介于 500 到 2000 之间的股份有限公司或有限责任公司中，雇员代表在监事会中所占比例为三分之一。他们也是由全体职工选举产生，工会没有建议权。

监事会有权获取所有与企业有关的信息，并监督企业的执行机构——董事会。企业特定的重要事项需要征得监事会的同意。此外，监事会有权对企业年度报告尤其是对年度结算表作出决议。企业监事会最重要的权力是选举董事会成员；在这方面，企业所有者代表的优势地位必然发挥重要的作用。实际上，雇员代表不可能选出任何一名劳方信任人进入董事会。

尽管如此，由于拥有广泛的信息获取权，以及拥有参与讨论企业政策的可能性，监事会中的劳方代表仍然发挥了重要的作用。通过监事会中劳方代表的参与可以清楚地表明，企业不能够以谋求股东或其他形式所有者利润最大化为唯一目标。更确切地说，企业应当追求的是“多元化的利益”结构，必须顾及雇员的利益。二次世界大战之后曾经出现过这样一种考虑，即委任公共利益的代表进入企业监事会，但是这一建议后来没有被继续深入地研究讨论下去。

## 2.4 劳动法的实施

负责个体劳动法以及集体劳动法实施的主要主管机关是劳动法院。每年大约有 60 万起诉讼案件交由劳动法院裁决——这个数字在德国总共约 3700 万雇员人数中所占的比例还是相当可观的。其中 98% 的案件是

由雇员提起诉讼。因为雇主可以对雇员的违法行为通过其他方式加以制裁，尤其是可以通过解雇的方式。然而雇员通常是在结束劳动关系之后才提起诉讼；因为只要劳资双方仍想继续合作，尤其在中小企业中，提起诉讼就被认为是一种“不友好”的举动，会给工作带来心理负担。

初级劳动法院由一定数量的“合议庭”组成。每个合议庭由一位必须受过全面法学教育的职业法官担任审判长。此外，每个庭还由一名雇主方代表和一名雇员方代表组成。两者都由所属协会提名，并由州劳动部长任命，任期 4 年。他们在劳动法院的工作是义务的。实际上，被任命的义务法官的数量基本上能满足使每一位法官一年内参与 3-4 宗案件的审理。

中级劳动法院是州劳动法院，其合议庭的组成结构与初级劳动法院相同。它审理的对象是对初级劳动法院判决和决定的上诉。联邦劳动法院负责对受到上诉的州劳动法院判决进行“复议”，只要上诉的内容涉及基本的原则性问题或者当一个州劳动法院的判决与过去联邦劳动法院或其他州劳动法院的判决相偏离。

对于违宪性问题则可起诉至联邦宪法法院，只要在此之前劳动法院的一切可能性都被充分利用了。

劳动法院与审理民事和刑事案件的普通法院并列存在。目前在德国存在是否将这两个法院加以整合的讨论，但是多数人主张保持现有的独立的劳动法院体系。

## 2.5 经济全球化和劳动法

### 2.5.1 挑战

全球化对于德国经济界来说不是什么新鲜的东西。早在 1958 年，联邦德国就已成为欧洲经济共同体的成员，而欧洲经济共同体在数十年的发展过程中不断扩大：因此，长久以来与国外生产厂商进行竞争对于德国企业而言是理所当然的。

然而在过去的十年中发生了一系列变化。东欧及前苏联政治体系的崩溃导致的结果是，新的竞争者将廉价的产品带入市场，它们能够依赖于较高素质的劳动力。而在过去，雇主方面也是作好了妥协让步的准备的，因为他们看到了工会的政治极端化及其与共产主义政党合作的风险。

此外，另一个新的变化要素随着信息技术的进步而产生。当今，不仅是产品的生产、而且部分服务业（如电话服务中心）也可以转移到

国外，而这些国家的工资水平只相当于德国的 10%。随着欧盟的扩大，也出现了这样的可能性，即外国企业进入德国并以极其低廉的价格在国内提供服务。

除了上述经济方面的变化之外，还存在着政治上的变革。主张由市场决定一切并取消所有保护性规范的新自由主义观点的影响力越来越大。而现行劳动法所根植的社会民主主义的诸多主张却遭遇到了激烈的阻击战。此外，面对日益激烈的国际竞争，政府想尽量减少企业的税收负担，因而用于社会政策目标的资金匮乏。这一点体现在养老金方面尤为明显：由于老年人数量不断增加，光靠在职人员缴纳的养老金来支撑原有的养老体系显得步履维艰。

特别在德国还存在这样一个问题，即 10% 以上的失业率和国家财政支持的取消使民众普遍感到不安。许多德国居民抑制了自己的消费，因为他们想节省资金以应对未来可能出现的困境，这极大地减少了企业的销售机会。因此，尽管取得了很好的出口成绩，但是德国经济在过去几年中平均增长率只有 1%。

### 2.5.2 结论

劳动法如何才能应对这些挑战呢？一套全面完整的解决方案是不存在的——“我们照老样子继续改进”的论调不能被视为解决问题的方案。同样，新自由主义所主张的取消保护性规范的极端方案也不能继续推行。因为让雇员拥有更少的权利并不能有助于减少失业。唯一起决定性作用的是对劳动力的需求——然而只要大多数人出于对未来悲观的情绪而抑制自己的消费，那么对劳动力的需求仍将停滞不前。也就是说，取消劳动法方面的规范只会加剧民众的恐惧心理。尽管如此，还是可以提出一些建议。

我们既不能否认国际竞争的存在，也不能通过保护主义的措施来消除或阻挠国际竞争。德国经济界必须正视这一挑战。然而，竞争必须是公平的，就像国内法所规范的那样，不允许任何人因为违反了法律的规定而得到竞争上的优势。在这方面起重要作用的。是国际劳工组织制定的所谓核心劳动标准（Core Labour Standards），它确定了不得违反的最低的国际标准。其中包括禁止童工、禁止强制劳动和保证工会的自由。

如果达不到这些最低要求的话，就可以对其进行贸易制裁。欧洲联盟的对外经济法就根据不同的标准执行情况制定了不同的关税税率：谁符合了标准规定的所有条件，就能得到额外优惠。谁实施了强制劳动，就被课以更高的关税税率。在美国也有类似的规定。不容忽视的



一点是，这一做法顾及到一个国家在国际社会的一般地位，特别是它在其中或多或少的影响力。

德国有这样一种讨论，就是如果商品的生产和服务的提供是在违犯国际劳工组织的核心劳动标准的条件下开展的，是否能被看作是不正当竞争，以使其每一位竞争对手或消费者保护协会都能够运用反不正当竞争法的规定，从法律上禁止该种商品的继续推销或服务的继续提供。只有当一个国家的整体行为是正确的、只有少数生产商实施了不可接受的劳动条件的情况下，这种做法才更有意义。迄今为止，这方面的经验还很少，只有发生在从韩国进口的石棉上，因为那里的厂商是在违犯了健康保护基本原则的条件下生产出石棉产品的。尽管如此，这种想法在今后还是应当赢得更多的关注。

在德国和欧盟其他成员国的服务性行业已经有过这样的尝试，就是将本企业有效的最低劳动条件尤其是工资领域的条件自动延伸到国外的供应商，以此来阻止“社会福利的倾销”。这一论点的依据是，一方面派遣国提供了低廉的符合其国内水平的劳务价格，来到另一个国家并使用该国现成的基础设施，另一方面被派遣人员在工业化国家生存的成本要远远高于刚刚起步的发展中国家。在德国，建筑行业已经有这样的规定；目前正在讨论的是，是否把这种做法延伸到其他行业，法国很久以前就这样做了。

只要“廉价供应商”遵守法律界限，特别是不与国际劳工组织的核心劳动标准相违背，对德国来说事实上就存在着一种危险。即生产被转移到廉价国家，或者德国产品因价格过高而找不到销售市场。如何应对这一局面呢？

我们反应的目光应当更多地投向生产过程。在生产过程中，劳动者会有比迄今为止更多的创造潜力发挥出来。当一名雇员有一个好的想法时，它往往很难为企业高层所获悉。从长远来看，这种状况会导致灾难性的后果，因为只有当德国经济的革新能力不断增长，当我们生产出面向未来的产品时，德国才能保持住增长的机会。若在这一点上与劳动法相联系的话，就意味着人们应该创造出有利于创新的环境和条件，其中包括生存安全的提供，不降低社会保险的水平，尤其是解雇保护。此外，创新的思想必须绕过等级的差别到达中立性的机构，才能得到公正的评价并在实践中得到验证。几乎在所有工作岗位上都会产生智慧的火花，只是这些睿智的想法必须加以物质方面的培植和促进：它们必须得到金钱上的奖励，以及社会的认可。在这方面我们可以从芬兰以及斯堪的那维亚国家的经验中获益匪浅，这些国家做得比德国好得多。有时我们也希望能从中国把一部分觉醒和向上的心态

引入到德国来。对于别人的成功经验和失败教训，我们还得进行认真的消化和吸收。

### 3 Vokabeln

der	Vertragspartner, -	合同当事人
die	Intervention, -en	干预
die	Gesetzgebung	立法
das	Kinderarbeitsregulativ	童工条例
das	Arbeitsschutzrecht	劳动保护法
das	Sozialrecht	社会法
die	Mindestkündigungsfrist	最短的解约保护期限
das	Bundesurlaubsgesetz	《联邦带薪休假法》
das	Individualarbeitsrecht	个体劳动法
der	Betriebsrat, "e	企业职工委员会
der	Aufsichtsrat, "e	企业监事会
	kollektives Arbeitsrecht	集体劳动法
der	Tarifvertrag, "e	劳资协议
das	Günstigkeitsprinzip	有利性原则
der	Kündigungsschutz	解雇保护权
das	Mitbestimmungsrecht	共同决定权
	Erste Instanz	初级法院
	Zweite Instanz	中级法院
	ILO	国际劳工组织
das	Außenwirtschaftsrecht	对外经济法

### 4 Text 2 zum Dolmetschen: Regelung von Konflikten zwischen den Tarifparteien vor den Arbeitsgerichten in Deutschland, Rechtsgegenstände, Verfahrens- und Prozessordnung (aus: Konflikte in kollektiven Angelegenheiten von Dr. Oda Hinrichs, Richterin am Arbeitsgericht in Berlin, auf der Chinesisch-deutsche Konferenz über Arbeitsrecht, 13.-14. Oktober 2005, Peking)

Für Streitigkeiten zwischen Tarifparteien über Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Durchführung von Tarifverträgen sind ebenfalls die Arbeitsgerichte ausschließlich zuständig.

Dabei geht es um Fragen wie, ob eine bestimmte Arbeitnehmer- oder Arbeitgebervereinigung berechtigt ist, einen Tarifvertrag abzuschließen, ob ein Tarifvertrag wirksam zustande gekommen ist, für wen der Tarifvertrag gilt und was der konkrete Regelungsinhalt des Tarifvertrages ist. Außerdem kommt es immer wieder zu Konflikten im Zusammenhang mit der Einhaltung von Tarifverträgen durch den einzelnen Arbeitgeber sowie im Zusammenhang mit Arbeitskämpfmaßnahmen zur Durchsetzung eines neuen Tarifvertrages.

In der Praxis sind arbeitsgerichtliche Verfahren zwischen Tarifparteien eher selten. Sehr viel häufiger haben die Arbeitsgerichte über Rechtsfragen im Zusammenhang mit Tarifverträgen im Rahmen von individuellen Streitigkeiten zwischen einzelnen Arbeitnehmern und Arbeitgebern als Vorfrage zu entscheiden, wenn ein Arbeitnehmer Ansprüche aus einem Tarifvertrag einklagt. Dabei werden die Arbeitnehmer häufig von den Gewerkschaften durch so genannten Muster- bzw. Pilotverfahren unterstützt.

Der Grund für die geringe Zahl arbeitsgerichtlicher Verfahren zwischen Tarifparteien liegt zum einen darin, dass die Tarifparteien in der Regel versuchen, auch Konflikte über Rechtsfragen im Verhandlungswege auszuräumen, um die Verhandlungsatmosphäre für zukünftige Tarifverhandlungen nicht unnötig zu belasten. Zum anderen werden höchstrichterliche Entscheidungen, die im Rahmen eines individuellen Rechtsstreits über solche Rechtsfragen -wie zum Beispiel die Auslegung einer bestimmten Tarifnorm - ergangen sind, von der Praxis häufig auch im Übrigen akzeptiert und beachtet.

Seit einiger Zeit kommt es allerdings vermehrt zu Konflikten darüber, dass Arbeitgeber versuchen, einen Tarifvertrag zu unterlaufen bzw. in ihrem Betrieb für sie günstigere Arbeitsbedingungen durchzusetzen, indem sie aus dem Arbeitgeberverband austreten oder mit dem Betriebsrat bzw. mit den einzelnen Arbeitnehmern abweichende Vereinbarungen treffen.

## 4.1 Einzelne Rechtsgegenstände

### *4.1.1 Streitigkeiten über die Berechtigung zum Abschluss eines Tarifvertrages*

Zu Streitigkeiten zwischen Tarifparteien über die Berechtigung zum Abschluss eines Tarifvertrages kommt es vornehmlich, wenn mehrere Arbeitnehmer- oder Arbeitgebervereinigungen miteinander konkurrieren und für denselben räumlichen, fachlichen und/oder persönlichen Geltungsbereich Tarifverträge mit unterschiedlichen Arbeitsbedingungen abgeschlossen haben.

Dabei geht es zum einen um die Frage, ob eine Vereinigung von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern bzw. deren übergeordnete Verbände (Spitzenorganisationen) tariffähig sind, das heißt, ob sie grundsätzlich berechtigt sind, Tarifverträge abzuschließen.

Auf der Arbeitgeberseite können sowohl Arbeitgeberverbände als auch einzelne Arbeitgeber Tarifverträge abschließen. Auf der Arbeitnehmerseite ist dieses Recht ausschließlich den Gewerkschaften vorbehalten. Die jeweiligen Verbände bzw. Vereinigungen müssen auf einem freiwilligen Zusammenschluss beruhen, demokratisch organisiert und unabhängig von der jeweils anderen Seite sein. Zweck des Zusammenschlusses muss die Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen u.a. durch den Abschluss von Tarifverträgen sein. Bei Vereinigungen von Arbeitnehmern wird für die Anerkennung als Gewerkschaft außerdem verlangt, dass sie ausreichend mächtig und leistungsstark sind, um die Interessen der Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitgeberseite gegebenenfalls auch mit dem Mittel eines Arbeitskampfes durchsetzen zu können.

Zum anderen geht es um die Frage, ob eine Arbeitnehmer- oder Arbeitgebervereinigung nach ihrer Satzung für den Abschluss von Tarifverträgen in einem bestimmten Wirtschaftszweig und/oder einer bestimmten Region zuständig ist.

#### *4.1.2 Streitigkeiten über die Wirksamkeit und den Inhalt eines Tarifvertrages*

Weiter können die Tarifparteien von den Arbeitsgerichten feststellen lassen, ob zwischen ihnen ein Tarifvertrag zustande gekommen ist, ob dieser bzw. seine einzelnen Regelungen wirksam sind oder gegen allgemein gültige Rechtsprinzipien wie die Gleichberechtigung von Männern und Frauen verstößt, welche Betriebe und Arbeitnehmer vom räumlichen, fachlichen und/oder persönlichen Geltungsbereich des Tarifvertrages erfasst werden und welche konkreten Regelungen bezüglich der Arbeitsbedingungen der Tarifvertrag enthält. Ergeht in einem solchen Verfahren eine rechtskräftige Entscheidung, ist diese für alle weiteren Rechtsstreitigkeiten - so auch für Rechtsstreitigkeiten zwischen einzelnen tarifgebundenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern über Ansprüche aus dem Tarifvertrag - bindend.

#### *4.1.3 Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Einhaltung eines Tarifvertrages*

Die Tarifparteien sind verpflichtet, abgeschlossene Tarifverträge einzuhalten (sogenannte Durchführungspflicht). Dies folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, dass derjenige, der einen Vertrag geschlossen hat, auch verpflichtet ist, sich an die getroffenen Vereinbarungen zu halten.

Wendet ein Arbeitgeber einen Tarifvertrag, den er für sein Unternehmen oder seinen Betrieb mit einer Gewerkschaft abgeschlossen hat („Firmen-/Haustarifvertrag“), auf die bei ihm beschäftigten Mitglieder der Gewerkschaft nicht an, oder vereinbart er mit dem Betriebsrat bzw. den einzelnen Arbeitnehmern abweichende Arbeitsbedingungen, kann die Gewerkschaft den Arbeitgeber vor dem Arbeitsgericht auf die Einhaltung des Tarifvertrages bzw.

darauf verklagen, die abweichenden Vereinbarungen nicht anzuwenden. Soweit es sich um abweichende Vereinbarungen in den Arbeitsverträgen mit den einzelnen Arbeitnehmern handelt, gilt dies allerdings nur, wenn diese für die Arbeitnehmer ungünstiger sind. Günstigere arbeitsvertragliche Regelungen sind stets zulässig (sogenanntes Günstigkeitsprinzip). Außerdem ist der Arbeitgeber berechtigt, mit Beschäftigten, die nicht Mitglied der tarifschließenden Gewerkschaft sind, abweichende Vereinbarungen zu treffen.

Bei einem Tarifvertrag, der zwischen einer Gewerkschaft und einem Arbeitgeberverband abgeschlossen worden ist („Verbandstarifvertrag“), kann die Gewerkschaft von dem Arbeitgeberverband als ihrem unmittelbaren Vertragspartner verlangen, dass dieser auf seine Mitglieder einwirkt, den Tarifvertrag anzuwenden. Die Pflicht zur Einwirkung erweist sich allerdings in der Praxis als wenig effektiv, weil es grundsätzlich dem jeweiligen Arbeitgeberverband überlassen ist, in welcher Weise er auf seine Mitglieder einwirkt. Dementsprechend sind Verfahren vor den Arbeitsgerichten, welche die Einwirkungspflicht zum Gegenstand haben, äußerst selten.

Darüber hinaus besteht ein Anspruch der Gewerkschaft gegen den einzelnen Arbeitgeber, tarifwidrige Betriebsvereinbarungen mit dem Betriebsrat zu unterlassen.

Im Übrigen hat die Gewerkschaft gegen einen einzelnen Arbeitgeber, der nicht unmittelbar Tarifpartei ist, sondern nur über seine Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband an einen Tarifvertrag gebunden ist, keinen Anspruch auf Einhaltung des Tarifvertrages bzw. auf Unterlassen abweichender Regelungen. Die Gewerkschaft kann ihre Mitglieder lediglich bei der individuellen gerichtlichen Durchsetzung von tariflichen Ansprüchen unterstützen. Etwas anderes gilt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ausnahmsweise dann, wenn ein Arbeitgeber einen Tarifvertrag bewusst unterläuft bzw. in seiner zentralen Funktion als kollektive Ordnung systematisch verdrängt, indem er betriebseinheitlich abweichende Regelungen trifft. In dem vom Bundesarbeitsgericht konkret entschiedenen Fall hatte der Arbeitgeber im Zusammenwirken mit dem Betriebsrat mit fast allen Arbeitnehmern Vereinbarungen dahin getroffen, dass die Arbeitnehmer auf einen Teil ihrer tariflichen Vergütungsansprüche verzichten, und ihnen im Gegenzug für eine gewisse Zeit den Erhalt ihrer Arbeitsplätze garantiert.

#### *4.1.4 Streitigkeiten im Zusammenhang mit Arbeitskämpfen*

Im Zusammenhang mit Arbeitskämpfen kommt es häufiger zu Streitigkeiten zwischen den Tarifparteien.

Dabei geht es zum einen darum, ob ein Arbeitskampf an sich zulässig ist oder zum Beispiel gegen die so genannte Friedenspflicht verstößt, weil die Angelegenheit, um die es bei dem Arbeitskampf geht, bereits in einem Tarifvertrag geregelt ist, der noch gültig ist, oder die Tarifparteien vereinbart haben,

dass auch noch nach dem Auslaufen eines Tarifvertrages für eine gewisse Zeit bzw. während der Dauer der Verhandlungen über einen neuen Tarifvertrag keine Arbeitsk Kampfmaßnahmen ergriffen werden dürfen.

Zum anderen geht es darum, ob einzelne Arbeitsk Kampfmaßnahmen wie bestimmte Streikaktionen oder die Aussperrung weiterer nicht streikender Arbeitnehmer durch die Arbeitgeber zulässig sind oder gegen das Gebot der „Kampfparität“ bzw. der „fairen Kampfführung“ oder den „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“ verstoßen.

Droht eine Tarifpartei der anderen Tarifpartei mit rechtswidrigen Arbeitsk Kampfmaßnahmen oder hat sie mit solchen bereits begonnen, kann die andere Tarifpartei dies durch die Arbeitsgerichte im Rahmen eines besonderen Eilverfahrens untersagen lassen. Gleiches gilt für einen von einem rechtswidrigen Streik betroffenen Arbeitgeber. Ist der Arbeitsk Kampf bereits beendet, kann ein von rechtswidrigen Arbeitsk Kampfmaßnahmen betroffener Arbeitgeber die Gewerkschaft auf Schadensersatz verklagen. Hat dagegen ein Arbeitgeber während eines Arbeitsk Kampfes Arbeitnehmer in unzulässiger Weise ausgesperrt, kommt ein Schadensersatzanspruch der Gewerkschaft in der Regel nicht in Betracht, weil die Gewerkschaft selbst keinen Schaden hat. Allerdings können die betroffenen Arbeitnehmer beim Arbeitsgericht den Lohn, den sie während der Zeit der Aussperrung nicht erhalten haben, einzuklagen.

## 4.2 Grundsätze des arbeitsgerichtlichen Verfahrens in Rechtsstreitigkeiten zwischen Tarifparteien

### 4.2.1 Urteils- und Beschlussverfahren

Auf Streitigkeiten zwischen Tarifparteien bzw. zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern, die nicht selbst Tarifpartei sind, sondern als Mitglied in einem Arbeitgeberverband an einen Tarifvertrag gebunden sind, finden grundsätzlich die Regelungen über das „Urteilsverfahren“ Anwendung, wie sie bereits im Zusammenhang mit individuellen Konflikten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern erläutert worden sind. Teilweise wird aber auch im „Beschlussverfahren“ entschieden, dass vornehmlich für Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Arbeitgeber und dem Betriebsrat über betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheiten vorgesehen ist.

Das Beschlussverfahren unterscheidet sich vom Urteilsverfahren im Wesentlichen dadurch, dass für die Beteiligten des Verfahrens nicht der „Beibringungsgrundsatz“ gilt, sondern das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln hat („Amtsermittlungs- bzw. Untersuchungsgrundsatz“). Die Beteiligten haben bei der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, indem sie die Auflagen des Gerichts, zu bestimmten Sachverhaltsfragen vorzutragen, erfüllen und geeignete Beweismittel benennen. Kommen die Beteiligten ihrer Mitwir-

kungspflicht nicht oder nur ungenügend nach und hat das Gericht auch keine andere Möglichkeit, den Sachverhalt aufzuklären, entscheidet das Gericht ähnlich wie im Urteilsverfahren danach, welcher der Beteiligten ein Recht für sich in Anspruch nimmt und deshalb grundsätzlich die „Darlegungs- und Beweislast“ trägt.

Ferner unterscheidet sich das Beschlussverfahren vom Urteilsverfahren dadurch, dass nicht durch „Urteil“ sondern durch „Beschluss“ entschieden wird. Gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts kann vor dem Landesarbeitsgericht „Beschwerde“ eingelegt werden und gegen den Beschluss des Landesarbeitsgerichts „Rechtsbeschwerde“ vor dem Bundesarbeitsgericht. Für die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde gelten die gleichen Voraussetzungen wie im Urteilsverfahren für die „Revision“.

#### 4.2.2 *zutreffende Verfahrensart*

Über den ganz überwiegenden Teil der oben aufgeführten Rechtsgegenstände - wie Streitigkeiten über die Wirksamkeit und den Inhalt eines Tarifvertrages, über die Pflicht zur Einhaltung bzw. Durchführung eines Tarifvertrages sowie Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen ist im Urteilsverfahren zu entscheiden. Das bedeutet, dass die klagende Tarifpartei - ebenso wie die klagende Partei bei individuellen Streitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern - die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs darlegen und im Zweifel beweisen muss.

Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Streit zugleich eine „betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheit“ betrifft. Dies ist bei Streitigkeiten über die Einhaltung eines Tarifvertrages gegeben, wenn der Betriebsrat in den Streit involviert ist, das heißt, wenn es darum geht, dass ein Arbeitgeber mit dem Betriebsrat eine tarifwidrige Betriebsvereinbarung abgeschlossen oder sonstige tarifwidrige Absprachen getroffen hat. Denn Streitigkeiten über „betriebsverfassungsrechtliche Angelegenheiten“ sind - wie bereits erwähnt - im „Beschlussverfahren“ auszutragen.

Außerdem sind im „Beschlussverfahren“ zu entscheiden Konflikte über die Berechtigung einer Arbeitnehmer- oder Arbeitgebervereinigung zum Abschluss eines Tarifvertrages. Besteht Streit darüber, ob eine Vereinigung von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern tariffähig ist oder für den Abschluss eines bestimmten Tarifvertrages zuständig ist, darf über diese Frage nicht im Rahmen eines anderen Rechtsstreits als Vorfrage entschieden werden. Der Rechtsstreit ist vielmehr auszusetzen, bis diese Frage in dem dafür vorgesehenen „Beschlussverfahren“ geklärt worden ist. Eine im „Beschlussverfahren“ ergangene rechtskräftige Entscheidung über die Tariffähigkeit und/oder Tarifzuständigkeit einer solchen Vereinigung ist sowohl für den ausgesetzten Rechtsstreit als

auch für alle zukünftigen Rechtsstreitigkeiten, bei denen es um dieselbe Vorfrage geht, bindend.

#### 4.2.3 *Einstweiliges Verfügungsverfahren als Eilverfahren*

In besonders dringlichen Angelegenheiten wie bei drohenden Arbeitskämpfmaßnahmen kann die betroffene Tarifpartei bzw. der betroffene Arbeitgeber den Erlass einer „einstweiligen Verfügung“ auf Untersagung der Arbeitskämpfmaßnahme beantragen. Bei einem „einstweiligen Verfügungsverfahren“ handelt es sich um ein besonderes Eilverfahren zur vorläufigen Sicherung der Rechte der Tarifparteien. Im Rahmen dieses Verfahrens findet lediglich eine summarische Prüfung statt, ob ein Anspruch auf Unterlassen einer bestimmten Arbeitskämpfmaßnahme tatsächlich besteht, die Angelegenheit so dringlich ist, dass nicht mehr rechtzeitig im so genannten Hauptsacheverfahren entscheiden werden kann, und der Erlass der „einstweiligen Verfügung“ unter Abwägung der beiderseitigen Interessen an der Durchführung der Arbeitskämpfmaßnahme oder deren Unterlassen gerechtfertigt bzw. geboten ist. Der Sachverhalt muss von den Tarifparteien nicht bewiesen sondern lediglich „glaubhaft“ gemacht werden. Dies kann zum Beispiel durch die Abgabe von „eidesstattlichen Versicherungen“ erfolgen. In ganz besonders dringlichen Fällen kann ausnahmsweise sogar ohne Anhörung der anderen Tarifpartei bzw. ohne mündliche Verhandlung entscheiden werden.

### 5 译文：德国劳动法院对劳资协议双方之间冲突的处理，权利客体，诉讼程序法以及诉讼法（选自：《集体事务中出现的冲突》，柏林劳动法院女法官欧达·欣里希斯博士）

劳资协议双方在有关劳资协议订立和执行方面的争议也同样只由劳动法院负责解决。

这里涉及的问题诸如：某个雇员联合会或雇主联合会是否有权订立劳资协议，劳资协议是否有效的得以实现，劳资协议对谁适用，劳资协议中规定的正确的内容是什么等。此外在单个的雇员履行劳资协议方面以及在为执行新的劳资协议而采取的劳资斗争措施方面也存在争议。

事实上在劳资协议双方之间很少启用劳动法院的程序。更经常的作法是：如果雇员提出对劳资协议的诉求，劳动法院针对个体雇员和雇主之间的劳资协议争议就法律问题作出判决。雇员经常得到工会以所谓的范例或典型诉讼的形式提供的支持。



劳资双方很少启用劳动法院程序的原因之一是劳资双方一般都会努力以谈判的方式解决法律问题，这样不会无谓的恶化令后进行劳资谈判时的谈判氛围。原因之二是在出现有关这类法律问题的个体争议时由最高法官作出的判决——例如对某一劳资标准作出解释——在实际生活中也经常接受和尊重。

但是一段时间以来，出现的争议内容越来越多是由于雇主力图破坏劳资协议，在企业中努力执行对雇主有利的劳动条件，这些雇主所采取的作法就是退出雇主联合会或与企业委员会以及雇员个人达成内容有所偏差的协议。

## 5.1 单个的权利客体

### *5.1.1 - 关于是否有权订立劳资协议的争议*

当有若干个雇员联合会或雇主联合会互相竞争，在相同的地域、专业以及 / 或人事领域订立了不同劳动条件内容的劳资协议时，尤其会出现劳资协议双方关于是否有权订立劳资协议的争议。

这里涉及的一个问题就是：雇员联合会或雇主联合会及其上层协会（领导机构）是否有权力订立劳资协议。

雇主方既可以由雇主联合会也可以由单个的雇主来订立劳资协议。而雇员方则只能由工会来行使此权利。各种形式的联合会都必须以自愿联合为基础，必须以民主的形式组建并且必须独立于另一方。联合的目的必须是主要通过订立劳资协议的手段维护和促进雇员的劳动条件和经济条件。雇员的联合会要想被认可为工会还必须要足够强大和有贯彻能力，必须能够在雇主方实现雇员的利益，在必要的情况下也要借助劳资斗争的手段。

这里涉及的另外一个问题则是：雇员联合会或雇主联合会根据自己的章程是否负责某一经济领域或某一地区的劳资协议。

### *5.1.2 - 关于劳资协议有效性和内容的争议*

此外，劳资协议双方还可以请求劳动法院判定他们之间是否存在劳资协议；劳资协议及其规定是否有效或者是否违背了普遍适用的法律原则例如男女平等的原则；哪些企业和雇员符合劳资协议的地域、专业以及 / 或人事适用范围；劳资协议包括了哪些与劳动条件相关的具体规定等。如果在这样的程序中作出了有法律效力的判决，则此判决对

于所有其他的法律争议——包括有劳资协议的雇员个人和雇主之间关于劳资协议诉求的法律争议——都具有约束力。

### 5.1.3 - 与遵守劳资协议相关的争议

劳资协议双方有义务遵守已经订立的劳资协议（所谓的执行义务）。这种作法是沿袭了以下的一般性原则：订立合同者也有义务遵守所做的约定。

如果雇主不把工会与其企业订立的劳资协议（“公司劳资协议”）用于在其企业就业的员工身上，或者他与企业委员会或雇员个人达成了内容有所偏差的劳动条件，工会则可以向劳动法院起诉雇主，要求其遵守劳资协议，不应用内容有所偏差的协定。如果是在和雇员个人订立的劳动合同中出现了内容有所偏差的协定，只有当该偏差不利于雇员方时，才能进行起诉。在劳动合同中出现的对雇员有利的规定总是允许的（所谓的有利原则）。此外，雇主有权力与不属于订立劳资协议的工会会员的雇员达成内容有所偏差的协议。

如果劳资协议是在工会和雇主联合会之间订立的（“联合会劳资协议”），工会可以对其直接的协议伙伴雇主联合会要求其对其成员施加影响使劳资协议得以使用。但事实上这种施加影响的义务的作用非常有限，因为雇主联合会采取何种形式对其成员施加影响从原则上说完全取决于各雇主联合会。因此为了施加影响义务而找劳动法院的情况非常罕见。

其次，工会还要求雇主个人停止与企业委员会达成违背劳资协议内容的协定。

此外，对于本身并不是直接的劳资协议方，而仅仅只是由于其为雇主联合会成员的身份而受到劳资协议约束的雇主，工会并没有权利要求其遵守劳资协议或要求其停止与企业委员会达成违背劳资协议内容的协定。工会只能在雇员个人向法院谋求劳资协议中规定的权利时提供支持。根据德国劳动法院的法律规定，如果雇主通过达成企业统一的内容发生偏差的规定，从而有意破坏劳资协议或系统的排挤其作为集体协定的中心作用，则属于与上述情况不同的例外情况。在德国劳动法院具体判决的案例中，雇主通过和企业委员会合作与几乎所有的雇员达成协议，雇员放弃一部分劳资协议方面的补偿要求，而雇主则在一定的时间范围内保证其工作岗位。

### 5.1.4 - 关于劳资斗争的争议

劳资斗争经常导致劳资协议双方产生争议。

一方面，这里涉及的是劳资斗争本身是否是被允许的，或是否违背了所谓的和睦义务，因为针对劳资斗争涉及的事件已经有劳资协议，此劳资协议仍有效，或劳资双方约定即使在劳资协议失效后的一段时间内或者在有关新的劳资协议的谈判期间不允许采取劳资斗争的措施。

另一方面，涉及到的则是单个的劳资斗争手段，例如一定的罢工行动或是由雇主使其他没有罢工的雇员停工的作法，是否是被允许的；或者是否违背了“斗争平等性”、“公平斗争”或“关系原则”的规定。

如果劳资协议的某一方以违法的劳资斗争手段来威胁对方，或者已经开始采取此类手段，劳资协议的另一方则可以通过劳动法院以特殊的快速程序的形式对此加以禁止。同样的，如果雇员采取违法的罢工手段，雇主同样可以行使上述权利。如果劳资斗争已经结束，受到违法劳资斗争手段影响的雇主可以起诉工会要求赔偿损失。但如果雇主在劳资斗争过程中以不允许的方式使雇员停工，工会一般不考虑要求赔偿损失，因为工会自己本身并没有损失。但是有关的雇员可以向劳动法院起诉，要求支付其在停工期间未得到的收入。

## 5.2 在处理劳资协议双方之间法律争议时劳动法院程序的原则

### 5.2.1 - 判决程序和裁定程序

和与劳资之间个体争议的处理办法相同，处理劳资双方之间的争议或处理工会与本身非劳资协议方、而是作为雇主联合会成员受到劳资协议约束的雇主之间的争议时，原则上采用“判决程序”的规定。但是有时候是雇主和企业委员会之间有关劳动组织法方面的事务争议，这部分争议也采用“裁定程序”。

裁定程序与判决程序最本质的区别在于：“提出原则”对程序的当事人并不适用，而是应由法院按照职权对事实进行侦察（“职权调查原则”）。当事人在法院调查事实问题的时候通过按照法院要求对有关事实问题进行说明并提供合适证据的作法来协助工作。如果当事人不履行其协助义务或未履行足够的协助义务，而法院亦无其他途径查明真相，法院则采取与判决程序中类似的办法作出关于谁主张谁举证的决定。

另外，裁定程序与判决程序的区别还在于：是通过“裁定”而不是“判决”来解决争议。针对劳动法庭作出的裁定可以向州劳动法院提出“申诉”，针对州劳动法院作出的裁定则可以向联邦劳动法院提出

“抗告”。判决程序中有关“上诉”的前提条件同样适用于抗告的许可方面。

### 5.2.2 - 相关的程序类型

上文中列举的权利客体中的绝大部分——例如有关劳资协议有效性和劳资协议内容的争议、有关遵守和执行劳资协议的争议以及有关允许采取劳资斗争手段的争议等都是采用判决程序来处理。这就是说，提出起诉的劳资协议方——和雇员与雇主间出现个体争议的起诉方一样——必须阐明其请求权的实际前提条件，在对此有异议的情况下还必须加以证明。

只有在争议同时涉及“劳动组织法规定的事务”时才可能采取其他作法。如果在有关遵守劳资协议规定的争议中，企业委员会也卷入其中，即雇主与企业委员会一起订立了与劳资协议内容相违背的企业协定或其他与劳资协议内容相违背的约定，则属于这种情况。而如上所述，这种情况则采取“裁定程序”。

此外，有关雇员联合会或雇主联合会是否有权订立劳资协议的争议也由“裁定程序”来处理。如果对雇员联合会或雇主联合会是否有订立劳资协议的资格或是否可以负责订立某种劳资协议存在争议，则不能在其他的法律争议问题中将此作为先决问题对其作出判决。应该推迟对此法律争议的处理，直到此问题按照相关的“裁定程序”处理清楚为止。针对联合会是否有权订立劳资协议或 / 和是否有权负责订立某种特定的劳资协议，在“裁定程序”中作出的有法律效力的裁定不仅对被推迟的法律争议、而且对今后所有的有相同先决问题的法律争议都具有约束性。

### 5.2.3 - 作为快速程序的紧急处置令程序

在特别紧急的情况下，例如威胁采用劳资斗争手段的情况下，有关的劳资协议方或有关的雇主可以申请发布“紧急处置令”以达到禁止采取此劳资斗争的手段的目的。“紧急处置令程序”是为了临时性的确保劳资协议方权利而采取的快速程序。在执行此程序时只是较浮浅的考查了一下是否真正具备禁止某种劳资斗争手段的请求权。因为情况非常紧急，按照所谓的本案程序无法作出及时的判决，在权衡劳资协议双方利益之后决定发布紧急处置令或执行劳资斗争手段或禁止劳资斗争手段。劳资协议双方无需对事实进行证明，而只要使其显得“可信”即可。例如可以通过做“代替宣誓的保证”来实现。在特别紧急

的情况下，甚至可以采用不听取劳资协议另外一方意见或不进行口头协商直接作出判决的特例做法。

## 6 Vokabeln

der	Rechtsgegenstand, "e	权利客体
die	Verfahrensordnung	诉讼程序法
die	Prozessordnung	诉讼法
das	Musterverfahren	范例诉讼形式
das	Pilotverfahren	典型诉讼形式
die	Kampfparität	斗争平等性
das	Urteilverfahren	判决程序
das	Beschlussverfahren	裁定程序
	betriebsverfassungsrechtlich	劳动组织法的
der	Beibringungsgrundsatz	提出原则
die	Vorfrage, -n	先决问题
	einstweiliges Verfügungsverfahren	紧急处置令

## Lektion 12 Umweltgesetzgebung

### 1 Einführender Text: 中国环境保护的基本法律制度（全国人大常委会法制工作委员会经济法室，2006年5月）

环境保护的基本法律制度，是为实现环境保护法律的立法目的，根据环境保护的基本原则而制定，在环境保护法律中对污染防治具有重要、普遍和指导意义的环境保护法律关系的法律规范的总称。环境保护法是中国较早制定（1979年）的、第一部环境保护法律，十年后又对其进行了全面修订。继环境保护法之后，针对特定的污染领域，中国还制定了一些单行法律（6部），它们是水污染防治法、海洋环境保护法、大气污染防治法、噪声污染防治法、固体废物污染环境防治法、放射性污染防治法。此外，基于我国多数企业特别是中小企业普遍存在的粗放经营、结构不合理、技术落后、能源原材料消耗高、浪费大、利用率低，造成环境污染比较严重的情况，2002年6月中国还制定了清洁生产促进法。这部法主要规定了国家或者地方采取安排有关技术进步专项资金、税收优惠等促进措施，鼓励企业在执行环境保护法律有关“达标排放”和污染物总量控制指标规定的基础上，通过各种技术和管理措施在生产和服务的全过程中自愿消减污染物排放总量，节约资源，实现清洁生产。清洁生产是一个相对概念，其实质是贯彻污染预防原则，从生产设计、能源与原材料选用、工艺技术与设备维护管理等社会生产和服务的各个环节实行全过程控制，从生产和服务源头减少资源的浪费，促进资源的循环利用，控制污染产生，实现经济效益和环境效益的统一。环境保护法律与清洁生产促进法在贯彻污染预防原则上应是一致的，但后者是更多地体现了国家清洁生产战略，具有超前性、示范性和指导性。总之，这些法律的制定为防治环境污染，保障人体健康，促进经济与社会的可持续发展起到了重要作用。

根据环境保护法及一些单行法律的规定，中国环境保护的基本法律制度包括：环境影响评价制度、建设项目“三同时”制度、许可制度、征收排污费制度、限期治理制度、环境污染事故报告及处理制度。本文对环境保护的基本法律制度作一简要介绍：

#### 一、环境影响评价制度

中国是最早实施环境影响评价的发展中国家之一。1979 年的环境保护法（试行），首次将建设项目进行环境影响评价作为法律制度确定下来。在以后陆续制定的 6 部单行法律中对此均作了规定。环境影响评价制度的建立和实施，对推进我国产业合理布局 and 企业的优化选址，预防开发建设活动可能产生的环境污染和破坏，发挥了重要作用。随着经济活动范围和规模的不断扩大，区域开发、产业发展和自然资源开发利用所造成的环境影响越来越突出，必须建立和完善环境与发展综合决策的机制。为此 2002 年 10 月全国人大常委会制定了环境影响评价法。该法规定依法进行环境影响评价的范围不仅包括建设项目，也包括规划，明确环境影响评价，是指对规划和建设项目实施后可能造成的环境影响进行分析、预测和评估，提出预防或者减轻不良环境影响的对策和措施，进行跟踪监测的方法与制度。

（一）关于规划的环境影响评价。环境影响评价法规定两类规划应当进行环境影响评价：一是国务院有关部门、市区的市级以上地方人民政府有关部门，对其组织编制的土地利用的有关规划，区域、流域、海域的建设、开发利用规划；二是上述部门对其组织编制的工业、农业、畜牧业、林业、能源、水利、交通、城市建设、旅游、自然资源开发利用的有关专项规划。同时还规定，依照环境影响评价法需要进行环境影响评价的规划的具体范围，由国务院环境保护行政主管部门会同国务院有关部门规定，报国务院批准。

（二）关于建设项目的的环境影响评价。建设项目的的环境影响评价不是一般的预测评价，它要求可能对环境有影响的建设项目单位，必须事先通过调查、预测和评价，对项目的选址、对周围环境产生产生影响以及应采取的防范措施等提出建设项目环境影响评价文件，经过审查批准后，才能进行开发建设。由此，它是一项决定建设项目能否进行的具有强制性的法律制度。

1、需要进行环境影响评价的建设项目包括：一切对自然环境产生影响或排放污染物对周围环境产生影响的大中型工业项目；一切对自然环境和生态平衡产生影响的大中型水利枢纽、矿山、港口、铁路、公路建设项目；大面积开垦荒地和采伐森林的基本建设项目；对珍稀野生动植物资源的生存和发展产生严惩影响，甚至造成灭绝的大中型建设项目；对各种生态类型的自然保护区和有重要科学价值的特殊地质、地貌地区产生严重影响的建设项目等。建设项目对环境可能造成轻度影响的，应当编制环境影响报告表，对建设项目产生的污染和对环境的影响进行分析或者专项评价；建设项目对环境影响很小，应当填报环境影响登记表。

2、建设项目环境影响评价的内容包括七方面：建设项目概况，建设项目周围环境现状，建设项目对环境可能造成影响的分析、预测和评估，建设项目环境保护措施及其技术、经济论证，建设项目环境影响经济损益分析，对建设项目实施环境监测的建议，环境影响评价的结论。

3、建设项目环境影响评价的审批程序主要有：首先由建设单位或主管部门通过签订合同委托具有相应资格证书的评价单位进行调查和评价工作；评价单位制作环境影响评价文件，评价工作要在项目可行性研究阶段完成，建设单位在项目可行性阶段报批，但铁路、交通等建设项目经有审批权的环保部门同意，要在初步设计完成前报批；建设项目的主管部门负责对建设项目的环境影响评价文件进行预审；建设项目环境影响评价文件由有审批权的环保部门审批。

4、建设项目环境影响文件的审批权限：核设施、绝密工程等特殊性质的建设项目，跨省、自治区、直辖市行政区域的建设项目，国务院审批的或者国务院授权有关部门审批的建设项目由国家环保总局审批。其他建设项目环境影响评价文件的审批权限，由省、自治区、直辖市人民政府规定。建设项目可能造成跨行政区域的不良环境影响，有关环保部门对环境影响评价结论有争议的，其环境影响评价文件由共同上一级环保部门审批。

## 二、建设项目“三同时”制度

建设项目“三同时”制度是总结我国环境保护工作的实践经验的一项创举，它与环境影响评价制度结合起来，成为贯彻“预防为主”环境保护原则的环境污染防治的重要法律制度。环境保护法和 6 部单行法律对此都作了规定。建设项目“三同时”制度，是指一切基本建设项目、技术改造项目、自然开发项目，以及可能对环境造成损害的工程建设，其中需要配套建设的防治污染和其他公害的环境保护设施，必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用的制度。防治污染的设施必须经原审批环境影响评价文件的环保部门验收合格后，该建设项目方可投入生产或者使用。防治污染的设施不得擅自拆除或者闲置，确有必要拆除或者闲置的，须征得所在地的环保部门同意。防治污染设施没有建成或者没有达到国家规定的要求，建设项目的主体工程就投入生产或者使用的，批准该建设项目环境影响评价文件的环保部门有权责令停止生产或者使用，可以并处罚款；未经环保部门同意擅自拆除或者闲置防治污染的设施，污染物排放超过排放标准的，环保部门有权责令重新安装，并处罚款。

## 三、许可制度



行政许可作为行政机关依法对社会、经济事务实行事前监督管理的一种重要手段，是指行政机关根据自然人、法人或者其他组织提出的申请，经依法审查，准予其从事特定活动、认可其资格资质或者确立其特定主体资格、特定身份的行为。

凡对环境有不良影响的各种规划、开发、建设项目、排污设施或经营活动，建设者或经营者，均需事先提出申请，经主管部门审查批准，颁发许可证后才能从事该活动，这就是环境保护法律中的许可制度。许可制度是污染防治法律规范的重要内容。在环境管理中使用许可的种类较多，使用最广泛的是排污许可。有关环境保护法律规定的许可主要有：

1、排污许可。有关排污许可的主要内容有：（1）排污申报登记。其内容主要包括：排放污染物的种类、数量、浓度、排放去向、排放地点、排放方式、噪声源种类、数量、浓度和强度、噪声污染防治设施或固体废物的储存、利用或处置场所等。（2）建立并实施污染物排放总量控制制度，确定重点地区污染物排放总量控制指标，对有排放量削减任务的单位实施重点污染物排放量的核定制度。水污染防治法、大气污染防治法、海洋环境保护法对此均作了规定。（3）排污许可证的核发。有关环保部门应对排污申报登记的内容进行审查、核实。对不超过排污总量控制指标的排污单位，颁发排污许可证；对超过控制指标的排污单位，按照国务院有关规定颁发临时排放许可证，并限期削减排放量。

2、海洋倾废许可。海洋环境保护法规定，向海洋倾倒废弃物，必须向国家海洋行政主管部门提出申请，经审查批准，发给许可证后，方可按照许可证注明的期限、条件和指定的区域进行倾倒。

3、废物经营许可。根据固体废物污染环境防治法的规定，从事收集、贮存、处置危险废物经营活动的单位，必须向县级以上人民政府环境保护行政主管部门申请领取经营许可证。禁止将危险废物提供或者委托给无经营许可证的单位从事收集、贮存、利用、处置的经营活动。禁止进口列入禁止进口目录的固体废物。进口列入限制进口目录的固体废物，应当经国务院环境保护行政主管部门会同国务院对外贸易主管部门审查许可。放射性污染防治法规定，设立专门从事放射性固体废物贮存、处置的单位，必须经国务院环境保护行政主管部门审查批准，取得许可证。禁止将放射性固体废物提供或者委托给无许可证的单位贮存和处置。

4、废物转移许可。固体废物污染环境防治法规定，转移固体废物出省、自治区、直辖市行政区域贮存、处置的，应当向固体废物移出地的省、自治区、直辖市人民政府环境保护行政主管部门提出，并商

经接受地的省、自治区、直辖市人民政府环境保护行政主管部门同意后，方可批准转让该固体废物出省、自治区、直辖市行政区域。

#### 四、征收排污费制度

征收排污费制度是对于向环境排放污染物或者超过排放标准排放污染物的排污者，按照污染物的种类、数量和浓度，根据法律、行政法规的规定征收一定的费用。这是一项运用经济手段有效促进污染治理和新技术发展，又能使污染者承担一定污染费用的环境保护法律制度。征收排污费的目的是为了促进节约和综合利用资源，治理污染和改善环境。

1、排污费的征收。有关环境保护法律规定，排放污染物超过国家或者地方规定的污染物排放标准的企业事业单位，依照国家规定缴纳超标准排污费，并负责治理。为了进一步适应削减污染物排放总量、改善环境质量的需要，有关环境保护法律同时又对排污收费作了严格的规定。水污染防治法规定，企业事业单位向水体排放污染物的，按照国家规定缴纳排污费（也就是通常说的“排污即收费”）；超过国家或者地方标准的，按照国家规定缴纳超标准排污费。超标准排污的单位必须制定规划，进行治理。随后，大气污染防治法、海洋环境保护法规定只征收排污费，并进一步对超标排污的，规定了行政处罚。由此，排污费已由单一的超标准收费改为排污收费与超标收费并存。需要说明的是，对污染企业事业单位征收排污费，并不免除其治理污染的责任，也不免除其因污染造成损失的赔偿损失和法律规定的其他责任。所以，缴纳了排污费不是买到了“污染权”。

2、排污费的使用。环境保护法律对排污费的使用作了原则规定，即征收的排污费一律上缴财政，按照国务院的规定用于污染的防治，不得挪用，并由审计机关依法实施审计监督。国务院新近颁布的《排污费征收使用管理条例》进一步明确规定：对排污费的征收、使用和管理严格实行收支两条线。征收的排污费一律上缴财政，纳入财政预算，列入环境保护专项资金进行管理，全部用于污染治理；环保执法资金由财政予以保障。从1982年到2002年这20年间，全国31个省、自治区、直辖市共征收排污费594亿元，其中374亿元用于35万多个排污单位的污染治理，220亿元用于环境监测和执法能力建设等方面。

#### 五、限期治理制度

限期治理制度是对造成环境严重污染的单位，限定一段时间进行污染治理的环境保护法律制度。限期治理是一种行政管理措施，是由有关人民政府决定的，具有法律强制性。环境保护法对限期治理的对象、范围、内容和处罚作了原则规定。6部单行法律对此也作了类似规定。

限期治理制度的主要内容:

1、限期治理的对象包括: (1) 严重污染环境的污染源。有关环境保护法律规定, 对环境造成严重的企业事业单位, 应当限期治理。

(2) 位于特别保护区域的超标排污的污染源。自然保护区、风景名胜区和需要特别保护的区域内不得建设污染环境的工业生产设施; 已建的其他设施其污染物排放超过规定的排放标准的, 必须限期治理。

2、限期治理包括: (1) 限期治理的目标。对于具体的污染源的限期治理, 其目标是达标排放; 对于行业污染源的限期治理, 可以规定逐步做到达标排放; 对于区域环境污染的限期治理, 则应通过治理达到该地区的环境质量标准。(2) 限期治理期限。从目前实际情况看, 限期治理的期限一般不超过 3 年。(3) 限期治理决定权限。有关环境保护法律对此规定了三种情况: 一是中央或者省、自治区、直辖市管辖的企业事业单位的限期治理, 由省、自治区、直辖市人民政府决定; 二是市、县或者市、县以下人民政府管辖的企业事业单位的限期治理, 由市、县人民政府决定。限期治理由县级以上地方人民政府环境保护行政主管部门提出意见, 报同级人民政府批准。环境噪声污染防治法还规定, 小型企业事业单位的限期治理, 可以由县级以上人民政府在国务院规定的权限内授权其环境保护行政主管部门决定。三是造成固体废物严重污染环境的, 由县级以上人民政府环境行政主管部门按照国务院规定的权限决定限期治理。(4) 违反限期治理的法律后果。被限期治理的单位逾期未完成治理任务的, 除依照国家规定加收超标排污费外, 还可以根据所造成的危害后果处以罚款, 或者责令停业、关闭。

#### 六、环境污染事故报告处理制度

环境污染事故报告处理制度, 是指因发生事故或者其他突发性事件, 造成或者可能造成环境污染事故单位, 必须立即采取措施处理, 及时通报可能受到污染危害的单位和居民, 并向当地人民政府和环境保护行政主管部门等有关部门报告, 接受调查和处理的制度。环境污染事故一般具有突发性、蔓延性和危害持续时间较长的特点, 对一定区域的生态环境、人体健康和生命安全威胁较大。有关环境保护法律对环境污染事故的报告处理制度作了明确规定, 其目的是为了当地人民政府及其有关部门及时掌握情况, 便于及早采取有效措施, 防止污染事故的蔓延和扩大, 同时也有利于有关单位、居民提前采取防范措施, 避免或者减少对人身危害和经济损失。考虑到海上污染事故和核事故的特殊性和复杂性, 海洋环境保护法、放射性污染防治法除对污染事故报告制度作了规定外, 还分别对重大海上污染事故、核事故的

应急制度作了规定。上述规定对有效地预防和处理海上污染事故和核事故发挥着十分重要作用。

发生环境污染事故后，有关单位不及时报告或者隐瞒不报告的，有关环境保护法律对此规定了行政责任和刑事责任。如放射性污染防治法规定，对不按规定报告放射源丢失、被盗或者放射性污染事故的，由县级以上人民政府环境保护行政主管部门或者其他有关部门依据职权责令限期改正；逾期不改正的，责令停业，并处二万元以上十万元以下罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 1 Text 1 zum Dolmetschen: Umweltrecht in Deutschland ( Prof. Michael Kloepfer)

Am 6. Juni 2006 feiert das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU) sein zwanzigjähriges Bestehen. In einem Hintergrundpapier des Ministeriums heißt es dazu:

Umweltverschmutzung und Umweltschutz haben natürlich eine viel längere Geschichte als das Bundesumweltministerium. [...] Schon lange vor der Gründung von Umweltressorts - ob in Bund oder Ländern - stritten sich die Experten, Kommentatoren, Politiker und Politikerinnen, in welcher Institution Umweltpolitik die größte Schlagkraft entwickeln könne. Während einerseits die Isolierung der Umweltinteressen in einem eigenen, kleinen Ministerium befürchtet wurde, hoffte man andererseits darauf, in einem eigenen Umweltressort tatsächlich in erster Linie dem Umweltschutz verpflichtet zu sein und sich nicht länger einem anderen Ressortinteresse, wie z.B. der Verkehrs- oder der Landwirtschaft, unterordnen zu müssen. [...] 1970 wurde in der Bundesrepublik Deutschland das erste Umweltministerium gegründet - der Freistaat Bayern hatte hier die Nase vorn. Auf Bundesebene beschloss die Bundesregierung 1971 erstmals ein Umweltprogramm. Die umweltpolitischen Zuständigkeiten innerhalb der Bundesregierung verteilten sich auf sieben Ressorts, wobei vor allem das Bundesinnenministerium mit seiner Abteilung „U“ sich des Themas Umweltschutz annahm, während der Naturschutz im Bundeslandwirtschaftsministerium angesiedelt war.

Die Existenzberechtigung eines eigenen Bundesumweltministeriums sowie eigenständiger Umweltministerien in zwölf Bundesländern wird heute niemand mehr ernstlich bestreiten. Die Bündelung von Umweltinteressen und die gesellschaftliche Sensibilisierung für Umweltbelange haben sich als effektiv erwiesen. Gerade der zweite Aspekt bleibt trotz erster Erfolge weiterhin eine

wichtige Aufgabe, denn erfolgreicher Umweltschutz kann nicht allein vom Staat und den Instrumenten seines Handelns erreicht werden.

Nichtsdestotrotz gehen vom Umweltrecht selbstverständlich entscheidende Impulse für das gesellschaftliche Bewusstsein aus. In Anknüpfung an die Ausführungen zum Jubiläum des Bundesumweltministeriums steht im Mittelpunkt der folgenden Einführung in das Umweltrecht zunächst dessen jüngere historische Entwicklung; sodann ist auf den Begriff des Umweltrechts, seine Systematik und Kodifizierung, die es prägenden Prinzipien, und schließlich auf die sich abzeichnenden Entwicklungsperspektiven einzugehen. Nicht eingegangen werden soll hier zur Vermeidung von Wiederholungen im Hinblick auf das Panel 1 auf die Instrumente des Umweltrechts, deren Effizienz und Wandel.

### 1.1 Geschichtliche Entwicklung

Das moderne Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland kann auf eine nunmehr rund fünfundsiebzigjährige Geschichte zurückblicken. Im Verlauf 1960er und Anfang der 1970er Jahre erwachte allmählich das gesellschaftliche Interesse am Umweltschutz und führte zu lebhafter werdenden Diskussionen. Daraus entwickelte sich das erste Umweltprogramm der Bundesregierung vom 29. September 1971. Dieses enthielt ein politisches Bekenntnis zum Umweltschutz als einer wesentlichen Aufgabe des Staates - dem erst knapp fünfundsiebzig Jahre später ein verfassungsrechtliches folgte -, und in ihm war ein noch ausfüllungsbedürftiges, aber bekenntend umweltspezifisches Gesetzgebungsprogramm niedergelegt. Verdient gemacht hat sich das Umweltprogramm von 1971 nicht zuletzt auch dadurch, dass die elementaren Prinzipien der Umweltschutzgesetzgebung, das Vorsorgeprinzip, das Verursacherprinzip und das Kooperationsprinzip, in ihm erstmals formuliert wurden.

In den Folgeprozess, der auch die am 5. Juni 1972 beginnende erste Umweltkonferenz der Vereinten Nationen in Stockholm flankierte, schreiben sich umfangreiche Gesetzgebungsaktivitäten des Bundes ein. Soweit dabei von einer „Pionierphase der Umweltgesetzgebung“ gesprochen wird, ist dies nur mit Rücksicht auf die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes im Hinblick auf den Bund zutreffend. Die Länder hatten bereits in den 1960er Jahren beispielsweise auf dem Gebiet des Immissionsschutzrechts Gesetzgebungsinitiative im Umweltbereich ergriffen, wodurch sich der Föderalismus als Triebfeder des Umweltschutzgedankens erwiesen hatte. Der Bund zog im Nachgang des Umweltprogramms 1971 mit dem Benzin-Blei-Gesetz von 1971, dem Abfallgesetz aus dem Jahr 1972 (heute: Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz) und dem Bundes-Immissionsschutzgesetz von 1974 mit den dazugehörigen Verordnungen nach. 1976 wurden das Atomgesetz und das Wasserhaushaltsgesetz reformiert sowie das Abwasserabgabengesetz und das Bundesnaturschutzgesetz verabschiedet.

In den 1980er Jahren trat der Gesetzgeber in eine Modernisierungsphase des Umweltrechts ein, die vor dem Hintergrund günstiger wirtschaftlicher Bedingungen erfolgte, aber wie schon in den 1970er Jahren nach einem letzten öffentlichen Aufschrecken durch das Reaktorunglück von Tschernobyl am 26. April 1986 schließlich von abflauernder Reformbereitschaft eingeholt wurde. In diesen Zeitraum fällt auch die Verankerung einer eigenen Kompetenzgrundlage für eine europäische Umweltpolitik im EWG-Vertrag durch die Einheitliche Europäische Akte (EEA) vom 17./28. Februar 1986, die sich heute in einem eigenen Titel XIX, „Umwelt“, in den Art. 174-176 EG findet. Allerdings waren die Europäischen Gemeinschaften schon zuvor auf dem Gebiet des Umweltrechts mittels rund 200 Rechtsakten rechtsetzend tätig geworden, wobei die wettbewerbsrelevanten Aspekte des Umweltschutzes im Mittelpunkt standen. Vor allem mit der Richtlinie 85/377/EWG über die Umweltverträglichkeitsprüfung, der Richtlinie 90/313/EWG über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt, der Richtlinie 96/61/EG über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung und der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 über das so genannte gemeinschaftliche „Öko-Audit-System“ sind von den Europäischen Gemeinschaften wichtige Impulse zur Weiterentwicklung des Umweltrechts in Europa ausgegangen, die im Kontrast zu der politischen Kritik steht, die EU begünstige einen Standortwettbewerb zu Lasten des Umweltschutzes.

Anfang des letzten Jahrzehnts des 20. Jahrhunderts stellte die deutsche Wiedervereinigung das Umweltrecht vor eine Herausforderung bis dahin ungekannten Ausmaßes. Die unter dem Oberbegriff „Herstellung der ökologischen Einheit“ zusammengefassten Aufgaben führten zu zum Teil kontroversen Entwicklungen.

Einerseits wurden Umweltschutzbestimmungen als Investitionshindernisse angesehen, deren Wirkung durch die so genannten Beschleunigungsgesetze und die Einschränkung des Anwendungsbereiches von DDR-Naturschutzverordnungen abgemildert werden sollte. Andererseits herrschte im Beitrittsgebiet eine Umweltsituation, die der Bericht der Bundesregierung „Umwelt 1994. Politik für eine nachhaltige, umweltgerechte Entwicklung“ wie folgt beschreibt: „Die neuen Länder sind besonders in Industrieregionen mit enormen Umwelthypotheken belastet. Die zum Teil dramatischen Belastungen von Boden, Wasser und Luft sind in weiten Bereichen das Ergebnis der jahrzehntelangen sozialistischen Planwirtschaft, die durch den rücksichtslosen Umgang mit den natürlichen Ressourcen gekennzeichnet war und notwendige strukturelle Anpassungen verhindert hat. Eine ineffiziente Energieversorgung, veraltete Produktionsstrukturen, eine unzureichende Versorgungs- und Entsorgungsstruktur und eine industriell geprägte Landwirtschaft mit hohem Einsatz von Dünge- und Pflanzenschutzmitteln haben zu teilweise erheblichen Schädigungen der Umwelt geführt.“ Diese Zustände machten einen erhebli-

chen Aufwand zur Sanierung der so entstandenen ökologischen Altlasten erforderlich, welche noch nicht abgeschlossen ist.

Zugleich ergriff der Verfassungsgeber im Rahmen des Wiedervereinigungsprozesses die Gelegenheit, der seit Ende der 1960er Jahre schwelenden zunächst politischen und später auch juristischen Diskussion um die Verankerung des Umweltschutzes im Grundgesetz weitgehend ein Ende zu setzen, indem er auf der Grundlage der Ergebnisse der gemeinsamen Verfassungskommission den Art. 20a in das Grundgesetz einfügte, der den Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen als Gegenstand einer Staatszielbestimmung enthält.

Ende der 1990er Jahre und zu Beginn des 21. Jahrhunderts stand und steht das Umweltrecht schließlich im Zeichen von Umweltabgaben wie Ökosteuer und Dosenpfand, von Energiewende und Anpassung des nationalen Rechts an europarechtliche Vorgaben. In den letztgenannten Zusammenhang fallen auch zwei Initiativen der Bundesregierung der 15. Legislaturperiode, die aufgrund der Auflösung des Bundestages 2005 dem Grundsatz der Diskontinuität zum Opfer fielen. Sie hatte noch Referentenentwürfe zu einem Umweltschadengesetz und einem Umweltrechtsbehelfgesetz auf den Weg gebracht, die den ersten Entwurf betreffend eine Haftung auch für schädliche Nebenfolgen genehmigter Tätigkeiten und den zweiten Entwurf betreffend eine Verallgemeinerung der Verbandsklage im Umweltrecht zum Gegenstand hatten.

## 1.2 Begriff des Umweltrechts

Das Recht bildet einen Sachverhalt der Lebenswelt ab und ordnet ihm in einem Konditionalprogramm eine Rechtsfolge zu. Um den Begriff des Umweltrechts erfassen zu können, ist es daher erforderlich, als begriffliche Vorklärung und zugleich als Präzisierung des Rechtsgutes Umwelt die Definition des Umweltschutzes in den Blick zu nehmen.

„Umweltschutz ist die Gesamtheit der Maßnahmen, welche die Umwelt des Menschen vor schädlichen Auswirkungen der Zivilisation schützen“. Lange Zeit herrschte Streit darüber, ob dem ein anthropozentrischer oder ein ökozentrischer Umweltbegriff zugrunde zu legen sei. Dahinter verbarg sich die Frage, ob die Umwelt hauptsächlich in ihrer dem Menschen dienenden Funktion oder aus ihrem originären Selbstwert heraus zu schützen sei. Nach und nach setzte sich jedoch die Erkenntnis durch, dass der Schutz der Umwelt stets jedenfalls mittelbar vorteilhafte Folgen bzw. die Abwendung negativer Auswirkungen zugunsten der Existenz des Menschen erwarten lässt.

Mit der Aufnahme des Art. 20a in das Grundgesetz, der den „Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen“ zum Staatsziel erhebt, hat der Verfassungsgeber ebenfalls einer vermittelnden Begriffsbildung den Vorzug gegeben. Er hat die natürlichen Lebensgrundlagen als Synonym für die Umwelt verwendet und sich damit gegen einen anthropozentrischen Ansatz entschieden, dessen Ver-

treter den Wortlaut „Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen des Menschen“ favorisiert hatten. Umweltschutz endet also auch von Verfassungs wegen nicht schon bei der Bewahrung eines ökologischen Existenzminimums.

Daraus folgt, dass Umweltschutz eine bipolare Wirkrichtung haben muss: einerseits bedarf es des repressiven Umweltschutzes zur Beseitigung bereits eingetretener und der Begrenzung bestehender Umweltbeeinträchtigungen, andererseits ist auch präventiver Umweltschutz im Sinne einer gestalterischen Einflussnahme auf die Zukunft mit dem Ziel erforderlich, den Eintritt von Umweltverschlechterungen zu verhindern.

Dies vorweggeschickt lässt sich das Umweltrecht im weiteren Sinne definieren als die Gesamtheit umweltrelevanter Regelungen. Damit ist der Charakter des Umweltrechts als Querschnittsmaterie angesprochen. Unter den weiten Umweltrechtsbegriff fallen Vorschriften des öffentlichen Rechts, des Zivil- und des Strafrechts, mit anderen Worten: umweltschützende Normen sind in der gesamten Rechtsordnung auffindbar. Dies hatte zur Folge, dass noch in den 1970er Jahren der Rechtsgebietscharakter des Umweltrechts streitbefangen war. Dieser Charakter steht - unabhängig von der exakten Klärung der Kriterien, die erfüllt sein müssen, um von der Entstehung eines Rechtsgebiets zu sprechen - heute außer Zweifel für das Umweltrecht im engeren Sinne, zu dem zuvörderst Gesetze zählen, die einer spezifisch umweltschützenden Aufgabe dienen. Der damit zugleich ausgewiesene - öffentlich-rechtliche - Kernbereich des Umweltrechts besteht aus dem Naturpfleregerecht, dem Immissionsschutzrecht, dem Strahlenschutzrecht, dem Abfallrecht, dem Gewässerschutzrecht, dem Gefahrstoffrecht - wobei zwischen beiden seit rund zwanzig Jahren das Bodenschutzrecht steht -, dem Energierecht und dem Gentechnikrecht.

### 1.3 Rechtsquellen, Kodifizierung und Systematik

Wie bereits angedeutet, sind die Zuständigkeiten im Bereich des Umweltrechts im engeren Sinne durch das Grundgesetz gemäß dessen Art. 30, 70 ff. nicht gebündelt dem Bund oder den Ländern zugewiesen, sondern jede der beiden Verbandsebenen hat umweltrechtliche Kompetenzen.

Als die maßgeblichen Umweltschutzgesetze auf Bundesebene dürfen - wertungsfrei nicht nach ihrer Bedeutung untereinander, sondern alphabetisch geordnet - das Abwasserabgabengesetz, das Atomgesetz, das Bundes-Bodenschutzgesetz, das Bundes-Immissionsschutzgesetz, das Bundesnatur-schutzgesetz, das Chemikaliengesetz, das Elektro- und Elektronikgerätegesetz, das Energieeinsparungsgesetz, das Erneuerbare-Energiengesetz, das Gentechnikgesetz, das Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz, das Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, das Pflanzenschutzgesetz, das Stromsteuergesetz, das Tierschutzgesetz, das Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz, das Umweltauditgesetz, das Umwelthaftungsgesetz, das Umweltinformationsgesetz, das Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetz und das Wasserhaushaltsgesetz gelten. Daneben tritt



eine Vielzahl von Gesetzen, die Öffnungsmechanismen für die Berücksichtigung von Umweltbelangen vorhalten, z.B. im Technikrecht, Arbeitssicherheitsrecht, Baurecht, Verkehrsrecht, Landwirtschafts- und Forstrecht. Nicht erst seit der Schaffung des Art. 20a GG obliegt dem Gesetzgeber eine durchgängige ressort- und gebietsübergreifende Rücksichtnahme auf Umweltschutzanliegen.

Aus dem Vorstehenden wird zugleich ersichtlich, dass eine einheitliche Kodifizierung, wie sie bereits seit Mitte der 1980er Jahre angeregt und diskutiert wird, bislang nicht stattgefunden hat. In der ersten Hälfte der 1990er Jahre hatte sich diese Diskussion erheblich intensiviert und die Entwürfe einer Professoren-Kommission sowie die Arbeiten einer unabhängigen Sachverständigenkommission hervorgebracht. Das anspruchsvolle Projekt, das in ein Umweltgesetzbuch mit einem Allgemeinen und einem Besonderen Teil sollte, kam jedoch nicht zum Abschluss. Im Jahr 2000 musste das vorläufige Scheitern des Projekts eingeräumt werden, nachdem ein Referentenentwurf über die Ressortabstimmung nicht hinausgekommen war. Dies war im Wesentlichen auf Bedenken zurückzuführen, dass die vorgesehenen Vorschriften des Allgemeinen Teils des UGB den Anforderungen des Art. 75 GG über die Bundeszuständigkeit für die Rahmengesetzgebung nicht hinreichend hätten Rechnung tragen können, soweit sie die Bereiche Wasserhaushalt sowie Natur und Landschaft erfassten. Es wurde befürchtet, bei einer Ausgestaltung des Allgemeinen Teils des UGB in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Art. 75 GG die mit der Kodifikation und insbesondere der Einführung der integrierten Vorhabengenehmigung verfolgten Zielsetzungen der Vereinheitlichung, Vereinfachung und ökologischen Modernisierung des Umweltrechts zu verfehlen.

Zwischen den Aspekt der disjunkten Kodifizierung des Umweltrechts und die Darlegung seiner Grundprinzipien fügt sich der Umstand, dass die Lehre dennoch das deutsche Umweltrecht in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil untergliedert. Zum Allgemeinen Teil zählen insbesondere die übergreifenden Fragen der Prinzipien des Umweltrechts, seiner Instrumente und der Haftung für Umweltschäden. Das Besondere Umweltrecht wird nach medien- und tätigkeitsbezogenen Aspekten eingeteilt und besteht insbesondere aus den unter 2. am Ende aufgeführten Rechtsmaterien.

#### 1.4 Grundprinzipien

Aufgrund des Scheiterns des UGB warten die Prinzipien des Umweltrechts noch immer auf eine explizite schriftliche Fixierung in einem übergreifenden Gesetzeswerk. Damit haben sie noch immer den Status auslegungsleitender, mehr der politischen Sphäre zuzuordnender Zielsetzungen. Dies schmälert ihre praktische Bedeutung indes nicht. Die wesentlichen hergebrachten Prinzipien des Umweltrechts sind:

a) In zeitlicher Logik an erster Stelle steht das *Vorsorgeprinzip*. Es ist in § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG für das Immissionsschutzrecht positivrechtlich normiert und kommt ebenso in den Vorschriften über Umwelt- und Umweltverträglichkeitsprüfungen zum Ausdruck. Nach dem Vorsorgeprinzip sollen Umweltschäden nach Möglichkeit vermieden werden, also nicht erst zur Entstehung gelangen. Damit geht das Vorsorgeprinzip über das allgemeine Recht der Gefahrenabwehr hinaus; die „Gefahrschwelle“ ist gegenüber dem Erfordernis der messbaren Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts in Abhängigkeit von der Schwere der drohenden Rechtsgutsverletzung technisch herabgesetzt. Die Konsequenz des Prinzips ist eine doppelte: Wo Emissionen nicht vermieden werden können - was Vorrang genießt -, sind sie an ihrer Quelle auf ein Mindestmaß zu reduzieren. Letztgenannter Aspekt wird zuweilen unter Rückgriff auf Art. 174 Abs. 2 S. 2 EG als eigenes „Ursprungsprinzip“ aufgefasst.

b) Das *Verursacherprinzip*, das Leitbild für die Verantwortungszuweisung im Umweltrecht ist, setzt schwerpunktmäßig im repressiven Bereich an, soll aber auch general- und spezialpräventive Wirkung haben: nach ihm bzw. seinen positivrechtlichen Ausformungen z.B. im Umwelthaftungsrecht hat derjenige, auf dessen Verhalten eine Umweltbelastung zurückzuführen ist, auch für die Kosten ihrer Beseitigung oder ihres Ausgleichs einzustehen. Dabei greift es zu kurz, die Erscheinungsform des Verursacherprinzips in der Verwaltungspraxis auf Kostenbescheide zu reduzieren. Dem Verursacherprinzip wohnt auch eine Steuerungsfunktion im Sinne wirtschaftlicher Vernunft inne, indem es zu umweltschonendem Verhalten anhalten und ggf. in Form von Auflagen und Anordnungen solches Verhalten mit behördlicher Autorität einfordern soll. Das Verursacherprinzip gelangt an seine Grenzen, wo so genannte Summationseffekte und Distanzschäden eine Rolle spielen. Das dann eingreifende komplementäre Prinzip zum Verursacherprinzip ist das Gemeinlastprinzip, das die Verantwortung für die Beseitigung bzw. den Ausgleich der Umweltbelastung der verfassten Allgemeinheit auferlegt.

c) Die Trias der Hauptprinzipien des Umweltrechts vervollständigt schließlich das *Kooperationsprinzip*, das über die gesamte Zeit der Entwicklung des modernen Umweltrechts hinweg in seinen Konturen relativ amorph geblieben ist. Es drückt die bereits erwähnte Erkenntnis aus, dass Umweltschutz allein von staatlicher Seite zum Scheitern verurteilt ist und daher nur ein möglichst enges Zusammenwirken des Staates und der Subjekte seiner Rechtsordnung effektiven Umweltschutz hervorbringen kann. Seine Absicherung im Verfahren findet das Kooperationsprinzip in Vorschriften über die Öffentlichkeitsbeteiligung in Plan- und Genehmigungsverfahren, z.B. in §§ 10 BImSchG, 2a, 3 BauGB, sowie in den Regelungen über Verbandsklagen, derzeit v. a. noch in den Naturschutzgesetzen der Länder.

Soweit es verfahrensrechtliche Relevanz entfaltet, dient das Kooperationsprinzip dazu, werbend für die Akzeptanz staatlicher Maßnahmen einzutreten und sie im Gegenzug mittels der Öffnung für den Sachverstandes aus nicht-staatlichen Bereich zu optimieren, was jeweils ihren Vollzug erleichtert. Dabei kommt dem Kooperationsprinzip als übergeordnetem Prinzip selbstredend keine Eingriffsermächtigungsqualität zu.

Teilweise wird das Kooperationsprinzip schließlich auch als ergänzendes Prinzip bei der Frage der Kostenhaftung verstanden, wobei unklar geblieben ist, worin der Mehrwert gegenüber dem Gemeinlastprinzip liegt, wenn dem Kooperationsprinzip insoweit entnommen wird, dass es eine gemeinschaftliche Kostentragung durch Staat und Gesellschaft für Umweltschutzmaßnahmen vorsieht. Dies kann allenfalls als Erweiterung der Kostentragungsregeln auf zukunftsgerichtete Maßnahmen interpretiert werden.

### 1.5 Entwicklungsperspektiven

Den Ausführungen im Koalitionsvertrag von CDU, CSU und SPD zufolge wird in der aktuellen Legislaturperiode das umweltrechtliche Geschehen neben internationalen Bemühungen in den Bereichen Klimaschutz und Emissionshandel sowie um Nachhaltigkeitsstrategien ein neuer Anlauf im Hinblick auf eine einheitliche Kodifizierung des deutschen Umweltrechts in einem Umweltgesetzbuch (UGB) bestimmen. Dieser schreibt sich wegen der bisherigen verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsprobleme, die den Bund in seiner Gesetzgebungstätigkeit im Umweltbereich einschränken und die damit der Schaffung eines UGB wesentlich entgegenstanden, in den Kontext der Debatte um die so genannte Föderalismusreform ein. Die Föderalismusreform sollte als Chance begriffen werden, der aus diesem Staatsorganisationsprinzip fließenden Idee des Wettstreits um die besten Lösungen in einem dennoch solidarischen Verbund wieder zu neuer Kraft zu verhelfen, den es in der Vergangenheit für den hier interessierenden Gegenstand wie dargelegt gerade am Beginn der Entwicklung des modernen deutschen Umweltrechts hatte.

Die Hauptgründe, die für ein UGB sprechen, sind nicht neu. Wie bereits im Hinblick auf die Systematik erläutert, erschweren stark verschränkte und verzweigte Verbands- und Organzuständigkeiten eine Umweltpolitik, -gesetzgebung und -verwaltung aus einem Guss. Nach dem Willen der Koalitionspartner soll daher in einem UGB auch die Konzentrationswirkung von Genehmigungen gestärkt werden.

Geplant ist, im Zuge der Umgestaltung der Kompetenzmodi nach Abschaffung der Rahmengesetzgebungskompetenz des Bundes insbesondere die Bereiche Naturschutz und Landschaftspflege sowie Wasserhaushalt in die konkurrierende Gesetzgebung und zugleich in eine so genannte Abweichungsgesetzgebung der Länder einzugliedern. Hinsichtlich der konkurrierenden Gesetzgebung soll weiter der Anwendungsbereich Subsidiaritätsklausel des Art. 72

Abs. 2 GG bezüglich Luftreinhaltung und Lärmbekämpfung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 24, 2. und 3. Var. GG) eingeschränkt werden, die gleichzeitig mit der Einführung des Art. 20a GG 1994 umgestaltet wurde und die verlangt, dass der Bund sein Tätigwerden auf Fälle beschränkt, in denen die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit nach Grund und Umfang im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.

Neu zu schaffendes Übergangsrecht soll dafür Sorge tragen, dass derzeit geltendes Bundesrecht, zu dessen Erlass dem Bund künftig wegen der Änderung der Artt. 74 Abs. 1 oder 75 Abs. 1 GG die Zuständigkeit fehlt, als Bundesrecht so lange weiter gelten soll, wie die Länder keinen landesrechtlichen Ersatz geschaffen haben.

Die angekündigten Regelungen sind auf Kritik aus unterschiedlichsten Lagern gestoßen. Einerseits wird vorgebracht, das Ende der beklagten Zersplitterung sei nicht absehbar, im Gegenteil. Befürchtet wird daneben eine noch weiter ausufernde Bürokratie. Andere Stimmen befürchten hingegen einen Standortwettbewerb zwischen den Bundesländern nach unten.

Ob und ggf. welche politischen Kompromisse hier gefunden werden, wird sich weisen.

Der Föderalismus hat seine Kraft auch in umweltpolitischer und -rechtlicher Hinsicht bereits unter Beweis gestellt, wie im historischen Abriss gezeigt. Es bleibt zu hoffen, dass ihm dazu die Möglichkeit auch weiterhin in einer sinnvoll und behutsam umgestalteten Kompetenzordnung des Grundgesetzes erhalten wird.

## 2 译文：环境法在德国（米歇尔·克洛普费尔）

2006年6月6日联邦环境、自然保护及反应堆安全部庆祝了她的二十岁华诞。该部的一份背景资料对此写到：“环境污染与环境保护当然要比联邦环保部的历史更为悠久。……早在成立环保部门之前——无论在联邦还是在各州——专家、评论家以及政治家就曾争论不休，究竟在哪一个部门环保政策更能发挥最大的效力。一方面，人们担心在一个独立的小部门里会使环境利益孤立无援，另一方面人们又希望能在一个独立的环境部门里切实地将环境保护置于第一位，并且可以使它不必受控于其它职能部门的利害关系，例如交通部门和农业部门等。……1970年联邦德国成立了第一个环境部——巴伐利亚州拔得头筹。1971年联邦政府第一次在联邦层面上制定了环境纲要。联邦政府内部与环境政策相关的部门被分为了七个职能部门，其中联邦内政部与它的分管部门“U”接管了环境保护这一主题工作，而自然保护则落于联邦农业部。

今天人们不会再对这个独立的联邦环境部以及 12 个独立的州环境部的合法性提出严肃质疑了。将环境利益与社会对环境利益的影响相结合，其作用被证明是有效的。特别是社会对环境利益的影响，虽然已经取得了初步成功，但它仍然是一项重要的任务，因为成功的环境保护不能仅仅依靠国家或公行为工具来实现。

尽管如此，对社会环境意识起决定推动作用的理所当然仍是环境法。与联邦环境部华诞庆典相关联的首先是处于如下环境法导论核心位置的环境部短暂的历史发展；紧接着要讲到环境法的概念；它的体系与制定；它的特征性原则；最后是其发展前景展望。为了避免与第一次讨论会中讲到的环境法的实施办法及其经济效益和转变相重复，在此相关内容将不再赘述。

## 2.1 历史发展

联邦德国的现代环境法从现在算起已经有 35 年的历史了。在 20 世纪 60 年代和 70 年代末社会逐渐意识到环境保护的益处，并且开始了越来越激烈的讨论。由此在 1971 年 9 月 29 日联邦政府出台了第一个环境纲要，它包含了一个政治上的声明，即环境保护是国家的一项基本任务——几乎 25 年之后才出现了法律上的声明——，而且它还包含了一个有待执行的、但已公开声明的环境专门立法方案。1971 年环境纲要的主要贡献在于它第一次论述了环保立法的基本原则、预防原则、肇事者原则和合作原则。

在接下来的过程中，其中也括 1972 年 6 月 5 日在斯德哥尔摩举行的联合国第一次环境会议，许多联邦德国的环境立法行动被载入了史册。只要谈及环境立法的先行阶段，便会想到在联邦意义上基本法的权限分配。例如，各联邦州早在 20 世纪 60 年代就已在环境保护法领域内发起了立法倡议，事实证明联邦制度是环保计划的推动力。继 1971 年的环境纲要之后联邦政府又出台了一系列法规：1971 年的《汽油及铅法》、1972 年的《垃圾法》(今天又叫《可回收经济及垃圾法》)和 1974 年的《联邦环境保护法》以及与此相关的一些规定。1976 年修正了《原子能法》和《水平衡法》，并且通过了《废水收费法》和《联邦自然保护法》。

20 世纪 80 年代立法者进入了一个将环境法现代化的阶段，这一阶段是在良好的经济条件下进行的。但是在经历了 70 年代核泄漏事件引起的举世震惊之后，1986 年 4 月 26 日已呈逐渐减弱趋势的改革意愿赶在了现代化前面。在这段时间里，通过 1986 年 2 月 17 日和 28 日的欧洲共同文件确立了欧洲经济共同体协议中欧洲环境政策的独立权限基

础，相关内容可参照欧共体题目为“环境”的第 19 条第 174-176 款。然而欧共体事先已经借助将近 200 份法律文件在环境法方面有所作为，其工作重点是环境保护竞争的重要因素。首先，通过欧洲经济共同体关于环境可承受能力检测的 85 / 377 准则、欧洲经济共同体关于环境信息畅通渠道 90 / 313 准则、欧共体关于防止和减少环境污染的 96 / 61 准则加以及欧共体关于所谓共同的“生态稽核体系”的 76 / 2001 准则。欧共体对欧洲环境法的进一步发展起了重要的推动作用。这与来自政治方面指责欧共体偏袒竞争加重环境保护负担形成了鲜明对比。

20 世纪 90 年代初德国的统一将环境法置于了一个来自未知领域的挑战面前。被冠名为“创建生态一体化”的总括性任务推动了此项事业的发展，虽然在某些方面尚存在争议。

一方面环境保护规则被看作是经济投资的障碍，它的作用因为所谓的加速发展原则和对民主德国自然保护规则限制作用范围而减弱，另一方面在新加入的联邦州里存在一种状况，联邦政府的报告《环境 1994——关于可持续性、有利于环境的发展政策》中这样写到：“新加入的联邦州尤其处于工业区面临着巨大的环境压力。部分严重的土地、水和空气污染在很大范围内是几十年来计划经济导致的结果，它的特点就是滥用自然资源，并且遏制了必要的体制方面的调整。低效率的能源供给、老化的生产机制、紧张的供给和清除机构以及受工业影响的高投入化肥和农药的农业在一定程度上造成了环境的严重污染。”这种状况使得将严重的浪费转变为消除由此产生的生态负担变得尤其必要，此项内容尚未最终决定。

同时，立法者在进行重新统一的框架内抓紧机会，在很大程度上为从 60 年代末以来逐渐形成的关于在基本法内加入环境保护的讨论划上了一个句号，首先是政治上的，随后是法律上的。在立法大会讨论结果的基础上第 20a 条被补进了基本法。这一法条将保护自然生存条件确定为一项国家级目标。

90 年代末至 21 世纪初环境法的特点最终表现为缴纳环境税，如生态税和饮料瓶抵押费，以及能源转变和国家立法向欧共体靠拢。最后一个特点是第 15 届立法会议任期间经联邦政府提议的结果，这是吸取 2005 年联邦议院解散后致使法律条文出现不连续性后果的教训而作出的举措。联邦政府还出台了《环境破坏法》草案和《环境法应急措施法》草案，第一个草案旨在为避免法律容许的行为所带来的破坏性结果提供保障，而第二个草案则是为了使环境法中的团体诉讼变得普遍化。

## 2.2 环境法的概念

法律反映社会生活的真实情况，并在某种条件下将它用法律程序排序。为了能够理解环境法的概念，有必要将环境保护的定义作为对环境的确切阐述来研究。

“环境保护是指所有使自然免受文明进程所带来的危害的措施的总称。”长久以来存在着一种争执，到底人本主义的环境概念是环境保护的出发点，还是生态主义的环境概念是它的出发点。这后面隐藏着一个问题，即环境究竟是在为人类服务的层面上被加以保护，还是由于它自身原本的价值而被保护。逐渐地有一种认识被普遍接受，那就是环境保护永远都是为了人类的生存而期待良好的结果出现，或是避免有危害的结果出现。

随着将“保护自然生存条件”作为国家级目标的第 20a 条被补入基本法，立法者同样优先考虑了概念的形成。自然生存条件被当作是环境的同义词使用，由此喜欢标榜“保护人类自然生存条件”的人本主义(anthropozentrisch)观点被立法者否定了。从立法的角度出发，环境保护不能仅仅局限于保证适合人类生存的最低生态水平。

由此可以得出，环境保护必须有双重作用：一方面环境保护要消除已经产生的和限制正在形成的环境破坏，另一方面预防性的环境保护必须对未来施加影响，以防止环境恶化的出现。

综上所述，环境法的定义要远远比关于环境的重要规则的总汇广泛的多。为此，环境法的特点被称为总括性材料。再广泛一些的环境法概念有公法、民法和刑法，换句话说：有关环境保护的规则可以在所有法律规定中找到。这就导致 70 年代的时候在环境法的法律范围特点方面还存在有争议。今天这个特点无疑是在较为狭窄的意义上来讲的：所有专门以环境保护为首要任务的法律方称为环境法。环境法的核心部分由自然保护法、环境保护法、防辐射法、垃圾法、水域保护法、有害物质法——在这两者之间是近 20 年前就有的土地保护法——，还有能源法和基因技术法。

## 2.3 法律渊源，制订法典和体系

正如已经指出的，环境保护领域内的权限按照基本法第 30 条 70 页及后在狭义上讲并不是单独交给联邦或是各州的，而是两者都有这方面的权限。

属于联邦职权内的权威性环境保护法有(以下排序不分前后重要，一律以字母顺序为准)：废水费法、原子能法、联邦土地保护法、联邦环境保护法，联邦自然保护法、化学药剂法、电子和电子学仪器法、

能源节约法、可再生能源法、基因技术法，力热结合法、可回收经济及垃圾法、植物保护法、电费法、动物保护法、二氧化碳及废气处理法、环境稽核法、环境责任法、环境信息法、环境可承受能力测试法和水平衡法。此外还有许多法律将对环境利益的考虑放在首位，如在技术法中、工作安全法中、农业法中、交通法中、农业及林业法中等。所以，并不是直到基本法中第 20a 条出现之后立法者才考虑到环境保护的权责范围问题的。

从以上内容可以看出，在 80 年代中期就已经发起的和讨论的。统一的法典制订到现在还未开始。90 年代上半期这一讨论一度非常深入，专家工作委员会还拟就了草案。然而，这一本应分为总则和分则的环境法法典的编撰工作却胎死腹中。2000 年当一份没有超越权责范围规定的提案出现后，暂时的失败阴影被驱散了。这在本质上让人疑惑，环境法法典中总则如水平衡、自然及农业等的规则并没有充分考虑到基本法中第 75 条关于联邦在制订框架法律中所拥有的权限。并且值得担心的是，环境法法典中总则的制订是与基本法中第 75 条不一致的，它在立法，尤其是在引入一体化的批准计划方面与环境法所遵循的一体化、简化和生态现代化的目标相冲突。

在环境法制订的对立问题上和对它的基本原则的证明之间有这样一个事实，即德国环境法仍然被学说分为了总则和分则。属于总则的特别是环境法总括性问题的原则、它的手段和造成环境破坏所承担的责任。分则划分为与手段和行为有关的两方面内容，它尤其是由在第 2 点结尾提到的内容构成。

## 2.4 基本原则

因为环境法法典制订的失败，环境法的若干原则仍然期待着最终能以总括性法律文件的形式确定下来。因此，这些原则还是具有说明情况、更多的是向政治领域靠拢的倾向。但这丝毫没有减弱它的实际意义。环境法最基本的原则如下：

a) 从时间上讲，排在第一位的是预防原则。它是写在环境保护法的第 5 条第 1 款第 2 项中，其目的在于从法律上统一环境保护。预防原则还可以在环境与环境可承受能力检测的相关规定中找到。在预防原则之后就是消除破坏环境的可能性了，即尚未发生的可能性。这样，预防原则就比其它危害防御法都高出一筹。鉴于对可测灾难出现的可能性所作的要求以及潜在的破坏法律的严重后果，“危害门槛”被技术性地降低了。预防性原则的结果是双重的：如果辐射的发生没有被避免——这是首要的——那么它的危害必须在源头上被降低到最



低点，这一点可参照欧共体自己的“归责准则”，第 174 条第 2 款第 2 项。

b) 肇事者原则是环境法中责任分配的标准，它的重点在于强制领域，它也有总括性的和特殊性的作用：例如，按照它的规则环境责任法中规定，如果有人的行为导致了环境污染，则他必须承担清除污染、平衡自然的一切费用。可见，肇事者原则在管理实践中被简化为罚款通告。肇事者原则中也包含着一个从经济角度出发的收取税费的作用。它教导大众要爱护自然，对于破坏自然的行为则利用国家机关的权威强制征收罚款。但是当所谓的求和效应和间隔损失出现时，肇事者原则的作用就到了尽头。然后就有了肇事者原则的补充原则：公众负担原则。它将消除污染、平衡环境的责任分摊到了法律上定义的大众身上。

c) 环境法的三大基本原则的最后一个合作原则，它在整个现代环境法的发展过程中相对来说一直没有成形的轮廓。这也就恰好说明了我们早已提到过的，环境保护可以单凭国家一方就能宣判失败，所以只有当国家和法制主体一起作用才能够进行有效的环境保护。合作准则在法律程序上的保障可参见关于公开参与计划和批准程序的规定，例如，《联邦环境保护法》第 10 条、《农业法》第 2a 条，3 以及关于团体诉讼的规定，现在还有各州的自然保护法等。

只要法律程序的重大意义得以发展，合作准则的作用就在于支持国家的举措，并且将它作为应对来自非国家领域内内行意见的对策加以优化，这样就可以使它的贯彻执行变得简单易行。这样，作为上一级准则的合作原则就没有了参与授权的特征。

合作原则最终部分地被理解为费用责任问题的补充原则，这里有一点尚不清楚，如果合作原则在这一前提下被撤消，即国家和社会共同承担环境保护措施的费用，那么对于公众负担原则来说它存在的意义又在哪里呢？这一点可以看作是未来各种措施的费用承担问题的一个扩展。

## 2.5 发展前景

按照基民党、基社党和社民党的联合协议规定，在新一任立法会议任期期间除了在气候保护、防辐射保护和可持续发展战略方面所作的国际性努力之外，一个以环境法法典形式出现的统一的德国环境法立法开始了。由于目前存在的对联邦在环境方面立法行为的限制和坚决反对制订环境法法典方面的问题，德国环境法立法变成了对所谓的联邦制改革的讨论。联邦制改革应该被看作是一种机会，它帮助源自于国家

组织准则的、关于在仍旧牢固的联盟中找到最佳解决方案的想法重新获得力量。

制订环境法法典的原因已经不新鲜了。正如在讲到体系时提到的，受限制的和分散的联邦权限和机关权限严重阻挠了浑然一体的环境政策、环境立法和环境管理。因此，根据联盟成员的意愿在环境法法典中也应加强批准的集中效应。

按照计划，废除了联邦框架立法的权限之后，在权限转变的过程中自然保护、农业保护和水平衡都将被划分到竞争立法，同时也是所谓的偏差立法当中。鉴于竞争立法，应该进一步限制基本法辅助附加条款第 72 条第 2 款中关于保持空气清洁和抵御噪音(第 74 条，第 1 款，第 24 号，2 和 3)的使用范围。该辅助附加条款在 1994 年基本法引入第 20 条时被随即修改了，它要求联邦将自己的行为控制在一定范围内，如在联邦范围内建立同等价值的生活环境或者在保证国家利益的条件下按照基础和范围维护法律和经济的一体都需要联邦制定法律法规。

关于新制定的过渡性法律需要注意，目前有效的联邦法律将来可能会因为第 74 条第 1 节或者第 75 条第 1 款发生变动而失去效力，而各州却没有制定可以替代它的法律。

已经颁布的法规遭到了来自不同阵营的批评。一方面有人提出，所抱怨的权限分散并未出现明显迹象，然而事实正好相反。另外，有人担心会出现更为严重的官僚主义。而另一些声音则表示担忧一场权限竞争会在各联邦州之间展开。

将会出现怎样的政治上的妥协与让步，我们将拭目以待。正如在过去的历史中表明的一样，联邦制在环境政策和环境法方面所发挥的作用是有目共睹的。我们期望，联邦制能够有机会继续在基本法中拥有一种权限，它将是富有意义、谨慎地，并稍加转变的权限。

### 3 Vokabeln

	Ministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit (BMU)	联邦环境、自然保护及反应堆安全部
das	Bundeslandwirtschaftsministerium	联邦农业部
das	Bundesumweltministerium	联邦环境部
das	Gesetzgebungsprogramm	立法方案
das	Vorsorgeprinzip	预防原则
das	Verursacherprinzip	肇事者原则
das	Benzin-Blei-Gesetz	《汽油及铅法》
das	Abfallgesetz	《垃圾法》

das	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz	《可回收经济及垃圾法》
das	Bundes-Immissionsschutzgesetz	《联邦环境保护法》
das	Atomgesetz	《原子能法》
das	Wasserhaushaltsgesetz	《水平衡法》
das	Abwasserabgabengesetz	《废水收费法》
das	Bundesnaturschutzgesetz	《联邦自然保护法》
die	Umweltverträglichkeitsprüfung	环境可承受能力检测
das	Öko-Audit-System	生态稽核体系
die	Ökosteuer	生态税
das	Dosenpfand	饮料瓶抵押费
die	Energiewende	能源转变
das	Umweltschadensgesetz	《环境破坏法》
das	Umweltrechtsbehelfgesetz	《环境法应急措施法》
die	Verbandklage	团体诉讼
	anthropozentrisch	人本主义的
	ökozentrisch	生态主义的
die	Querschnittsmaterie	总括性材料
das	Naturpflerecht	《自然保护法》
das	Immissionsschutzrecht	《环境保护法》
das	Strahlenschutzrecht	《防辐射法》
das	Gewässerschutzrecht	《水域保护法》
das	Gefahrstoffrecht	《有害物质法》
das	Bodenschutzrecht	《土地保护法》
das	Energierrecht	《能源法》
das	Gentechnikrecht	《基因技术法》
das	Chemikaliengesetz	《化学药剂法》
das	Elektro- und Elektronikgerätegesetz	《电子和电子学仪器法》
das	Energieeinsparungsgesetz	《能源节约法》
das	Erneuerbare-Energiengesetz	《可再生能源法》
das	Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz	《力热结合法》
das	Pflanzenschutzgesetz	《植物保护法》
das	Stromsteuergesetz	《电费法》
das	Tierschutzgesetz	《动物保护法》

das	Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz	《二氧化碳及废气处理法》
das	Umweltauditgesetz	《环境稽和法》
das	Umwelthaftungsgesetz	《环境责任法》
das	Umwelthinformationsgesetz	《环境信息法》
das	Technikrecht	《技术法》
das	Arbeitssicherheitsgesetz	《工作安全法》
das	Verkehrsrecht	《交通法》
das	Landwirtschafts- und Forstrecht	《农业及林业法》
das	Ursprungsprinzip	归责准则
der	Summationseffekt, -e	求和效应
der	Distanzschaden, „_“	间隔损失
das	Gemeinlastprinzip	公众负担原则
die	Abweichungsgesetzgebung	偏差立法

#### 4 Text 2 zum Dolmetschen: Umweltschutz zwischen Ordnungsrecht und Anreizpolitik (Prof. Michael Kloepfer)

Ungefähr zur Halbzeit der Entwicklungsphase des modernen Umweltrechts in Deutschland, dessen Beginn für gewöhnlich auf das Jahr 1971 datiert wird, rückte allmählich auch in das Bewusstsein der Rechtswissenschaften, dass rein ordnungsrechtliche Konzeptionen entsprechend der polizeirechtlichen Herkunft des Umweltrechts die Grenzen ihrer Effektivität erreicht haben. Zuvor hatten bereits Äußerungen aus Richtung der Wirtschaftswissenschaften eine stärkere Implementierung ökonomischer Instrumente in das Umweltrecht gefordert.

Kaum ein halbes Jahrzehnt später unterstrich der Professorenentwurf zu einem Umweltgesetzbuch - Allgemeiner Teil (UGB-AT) in seinem § 6 Abs. 3 den Vorrang nicht-imperativer Maßnahmen gegenüber klassischen Eingriffsregelungen unter der Voraussetzung gleich umweltschützender Wirkung. § 87 UGB-AT betonte ebenfalls den Vorrang flexibler Instrumente.

Die Diskussion um die Anreizpolitik im Umweltrecht ist seitdem nicht mehr zum Erliegen gekommen. Die Schaffung und der Ausbau etlicher ökonomischer Instrumente, die der Gesetzgeber zwischenzeitlich vorgenommen hat - jüngst beispielsweise des Gesetzes über den Handel mit Berechtigungen zur Emission von Treibhausgasen (Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz - TEHG) -, wird nach wie vor insbesondere von einer intensiven Debatte um die Verfassungsmäßigkeit, vor allem die Vereinbarkeit mit tragenden Prinzipien der Staatsorganisation des Grundgesetzes, begleitet. Gleichzeitig hat sich aber

ersichtlich weitgehend Einigkeit darüber eingestellt, dass es heute wie auch in Zukunft weder ein rein ordnungsrechtliches noch ein rein marktbasierendes Umweltrecht geben kann. Erklärtes Ziel ist übereinstimmend die Erreichung einer bestmöglichen Mischung zwischen ordnungsrechtlichen und nicht-imperativen Instrumenten. Meinungsunterschiede bestehen darüber, wie sich diese bestmögliche Mischung zusammensetzt.

Diese eher politische Debatte soll hier nicht geführt werden. Daher wird dieser Beitrag sich zunächst auf eine Vorstellung der möglichen Instrumente eines anreizbasierten Umweltrechts konzentrieren, sich sodann der Diskussion um rechtsstaatliche Bedenken zuwenden und schließlich versuchen, einen Ausblick auf die weitere Entwicklung der nicht-imperativen Instrumente zu geben. Für ein Eingehen auf das zivilrechtliche Umwelthaftungsrecht bleibt nur höchst fragmentarisch, für ein solches auf das Umweltstrafrecht in seiner Präventivwirkung kein Raum, wobei sich im Hinblick auf das letztgenannte angesichts der weiteren Panels der Veranstaltung auch keine Notwendigkeit dazu ergibt.

#### 4.1 Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht

Das „klassische“ Ordnungsrecht - es soll hier dahingestellt bleiben, inwieweit es als solches heute noch in Erscheinung tritt - zeichnet sich insbesondere durch gebietende und verbietende Verwaltungsakte aus. Denen stehen Instrumente je nach Sichtweise gegenüber oder zur Seite, die anstelle von Befehlen vorrangig auf influenzierend und motivierend wirkende Steuerungsmittel aufbauen. Umweltrelevantes Verhalten soll dadurch in eine dem staatlichen Willen entsprechende Richtung gelenkt werden, dass der Bürger ohne Auferlegung zwangsbewehrter Pflichten unter Ausnutzung vorwiegend wirtschaftlicher Interessen zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen motiviert wird. Diese ergebnisoffenere Struktur schränkt zugleich die Rechtsverbindlichkeit als staatliche Verhaltenslenkung im Sinne von Zielfixierung ein.

Das Für und Wider einer Umorientierung der staatlichen Umweltpolitik und des aus ihr fließenden Umweltrechts hin zu mehr Anreizpolitik lässt sich, abgesehen von den verfassungsrechtlichen Fragen, verknüpft wie folgt zusammenfassen: rein oder doch ganz überwiegend ordnungsrechtlich geprägte Umweltpolitik schenkt ökonomischer und ökologischer Effizienz nicht immer die gebotene Aufmerksamkeit mit der Folge gelegentlicher Disproportionalität von Aufwand und Erfolg. Der Einsatz indirekt wirkender Instrumenten wendet sich unter Vermeidung unnötigen Zwanges an die wirtschaftliche Vernunft des Bürgers und erhöht damit die „Normbefolgungsbereitschaft“; sie sind weniger anfällig für die Vollzugsdefizite, die im Ordnungsrecht auftreten. Sie werden auch nicht mit dem Problem einer auf gesetzliche Grenzen beschränkten Effektivität konfrontiert, lassen eine Vielzahl unterschiedlicher Maßnahmen zu und nehmen die individuelle Kostenstruktur des Verursachers genauer

in den Blick. Sie bieten die Perspektive einer höheren Wirkung mit der gleichen oder gar einer besseren Gesamtkostenbilanz. Auf der Gegenseite gestaltet sich die praktische Umsetzung von Anreizinstrumenten mitunter durchaus schwierig; bei handelbaren Umweltnutzungsrechten ergeben sich beispielsweise Probleme hinsichtlich der Konzentration von Emissionen in einem eng begrenzten Raum bis zu einem gesundheitsschädlichen Maß (sog. *hot-spot-Problem*). Zudem wird bei der Kosten-Nutzen-Analyse häufig übersehen, dass neben den Kosten beim Verursacher auch Überwachungskosten auf staatlicher Seite entstehen, die zum Teil beträchtliche Größenordnungen annehmen und damit die Wirtschaftlichkeitsanalyse von Instrumenten indirekter Steuerung erheblich beeinflussen können. Prägende Begriffe für die gegen Anreizinstrumente vorgebrachten Bedenken sind Langwierigkeit, Wirkungsunsicherheit und -unvollständigkeit.

Anreizbasierte Umweltschutzinstrumente sollen im folgenden unter ökonomischen Gesichtspunkten in Anreizinstrumente im weiteren Sinne und im engeren Sinne unterteilt werden. Anreizinstrumente im weiteren Sinne sind solche, die in erster Linie einen politisch-moralischen Impuls bei denjenigen erzeugen, die zu umweltschonenderem Verhalten motiviert werden sollen, aus dem dann wirtschaftliche Anreize fließen können. Unter Anreizinstrumenten im engeren Sinne sind diejenigen zu verstehen, aus denen sich im Falle der Herstellung von Verhaltensübereinstimmung mit dem staatlichen Lenkungsziel unmittelbar wirtschaftliche Folgen ergeben. Innerhalb dieser Gruppe können positive und negative Anreizinstrumente unterschieden werden.

#### *4.1.1 Anreizinstrumente im weiteren Sinne*

Indirekte ökonomische Anreize ergeben sich insbesondere aus dem so genannten informellen Verwaltungshandeln. Dies kann zum einen im Verhältnis zwischen dem Staat und dem Bürger, der zu umweltschonenderem Verhalten bewegt werden soll, stattfinden. Zu unterscheiden sind hier einseitige Maßnahmen sowohl des Staates als auch Privater und konsensuale Maßnahmen. Einseitige Maßnahmen können die Form von Erörterungen und Beratungen, aber auch Duldungen seitens der Behörden oder auch diejenige von Selbstverpflichtungserklärungen seitens der Wirtschaft annehmen.

Wichtiger gerade in einer Zeit zunehmender Medienmacht sind zum anderen jedoch die Maßnahmen informellen Verwaltungshandeln, die in dem tripolaren Verhältnis von Staat, Betroffenen und Öffentlichkeit anzusiedeln sind, sprich Warnungen und Empfehlungen, deren nicht zu unterschätzende Wirkung Anlass einer Vielzahl von Äußerungen in Literatur und Rechtsprechung war. Erfreulicher für die Betroffenen stellen sich gegenüber Warnungen behördliche Empfehlungen dar, die häufig in Verbindung mit Zertifizierungsverfahren stehen. Derartigen Empfehlungen, die meist in Form von Prüfsiegeln abgegeben werden, wird ein Persuasionseffekt beim Konsumenten zugunsten

des ausgezeichneten Produkts - z.B. beim „blauen Umweltengel“ - bzw. im Falle der Zertifizierung nach der Öko-Audit-Verordnung zugunsten des ausgezeichneten Produktionsstandortes zugeschrieben. Zugleich wird das Öko-Audit-System auch als „dritter Weg“ zwischen direkter und indirekter Steuerung aufgefasst, indem in seinem Rahmen neben der „Belohnung“ mit dem Zertifikat - wie auch in § 52a des Bundes-Immissionsschutzgesetzes - verbindliche Vorgaben für die Betriebsorganisation gemacht werden.

Neben diesen unilateralen Mittel können auch Absprachen zwischen der öffentlichen Verwaltung und Privaten unterschiedlichen Verdichtungsgrades bis hin zu einvernehmlichem Verwaltungshandeln angenäherten Formen treten. Sie stehen auf einer Vorstufe zur vertraglichen Gestaltung von Rechtsbeziehungen, denn ihr Zustandekommen ist nicht rechtlich normiert, und auch ihr Inhalt entbehrt rechtlich verbindlicher Verhaltensanforderungen. Damit sind informelle Absprachen der Prototyp moralisch und politisch wirkender Anreizinstrumente. Dabei ist aber in den Blick zu nehmen, dass Absprachen doch regelmäßig die vorausgegangene Drohung mit dem Ordnungsrecht eignet. Dies zeigt besonders plastisch, dass das Ordnungsrecht für den Umweltschutz unverzichtbar bleibt. Umweltabsprachen illustrieren aber auch ein weiteres: Formale und informale Vorgehensweisen des Staates sind häufig untrennbar miteinander verknüpft. Dies ergibt sich aus dem praktisch relevanten Fall eines weitgehend ausgehandelten Verwaltungsaktes.

Bei regulativen Absprachen, also solchen, die einen quasi-normativen Inhalt aufweisen, zwischen dem Staat und Akteuren der Wirtschaft soll sich eine Verschärfung der Rechtslage erübrigen. Erfolgreich waren insoweit die Vereinbarungen zur Verringerung von asbesthaltigen Baustoffen oder zur Produktion von umweltfreundlichen Lacken. Als Vorlage für die Kritiker von Absprachen dienten hingegen diejenigen mit der Verpackungs- und Getränkeindustrie sowie dem Getränkehandel, deren Hauptanliegen - die Verhinderung eines weiteren Zuwachses beim Marktanteil von Einweg- zulasten von Mehrwegverpackungen - nicht erreicht wurde.

Diese Problematik leitet über zu den aus dem Abfallrecht bekannten so genannten Zielfestlegungen (§ 14 Abs. 2 AbfG a. F., nunmehr § 25 Abs. 1 KrW-/AbfG). Nach dieser Regelung trifft die Bundesregierung, nachdem sie die beteiligten Kreise angehört hat, zunächst Zielfestlegungen, die binnen angemessener Zeit zu erreichende Ziele definieren. Diese Vorgaben sind selbst weder Verordnungen noch Vereinbarungen mit Beteiligten.

Die hier aufgezeigten Handlungsmöglichkeiten der öffentlichen Verwaltung eint, dass sie an die Stelle obrigkeitlicher Anordnungen „weiche“ verhaltenssteuernde Impulse setzen. Es dürfte konsensfähig sein, dass gerade Empfehlungen und Warnungen tief greifende tatsächliche Folgen nach sich ziehen können, deren Wirkungsumfang mitunter größer sein kann als der regulativer staatlicher Maßnahmen. Der bevorzugte Anwendungsbereich derartiger Hand-

lungsformen liegt ersichtlich im Umgang mit Zukunftsrisiken, bei denen die Wahrscheinlichkeit des Eintritts und das zu erwartende Ausmaß ihrer Folgen zunächst nur sehr vage bestimmt werden können. Hier geraten die auf die Gefahrbegriffe des Ordnungsrechts aufbauenden Kontrollinstrumente des Staates objektiv an ihre Grenzen. Absprachen können ihr Potential daneben gerade auch dort ausspielen, wo Kenntnisse über innerbetriebliche Abläufe Voraussetzung einer wirksamen technischen Umsetzung sind.

Insgesamt wird deutlich, dass die Schwarz-Weiß-Sichtweise der Dinge, die Ordnungsrecht und Anreizpolitik als zwei getrennt nebeneinander stehende Systeme begriff, lange Zeit den Blick auf die indirekte Verhaltenssteuerung durch ordnungsrechtliche Instrumente verstellt hat. Vielmehr kann aber die Verpackungsverordnung als exemplarisch dafür angesehen werden, wie effizient die Verschränkung von Ordnungsrecht und Anreizpolitik sein kann. Dadurch, dass die Ergreifung direkter Maßnahmen in Form von Rücknahmepflichten in Aussicht gestellt wurde, ist indirekt der Aufbau eines privaten Abfallentsorgungssystems - der Duales System Deutschland GmbH - mit dem Ziel der Abfallvermeidung in die Wege geleitet worden.

#### *4.1.2 Anreizinstrumente im engeren Sinne*

Bei Anreizinstrumenten im engeren Sinne steht die unmittelbare ökonomische Wirkung im Mittelpunkt. Hier ist wiederum einer zu starren Trennung zwischen ordnungsrechtlichen und indirekten Steuerungsinstrumenten entgegenzutreten: zu bedenken ist, dass auch ordnungsrechtlichen Handlungsformen eine ökonomische Wirkung innewohnen kann; beispielhaft sei hier nur auf Bußgelder und die Belastung mit Nachrüstkosten zwecks Einhaltung von Grenzwerten hingewiesen.

Die ökonomischen Instrumente setzen sich grundsätzlich aus positiven und negativen zusammen.

### **1. Positive ökonomische Anreizinstrumente**

Zu den positiven, die an ein bestimmtes Verhalten eine Verbesserung der wirtschaftlichen Situation des Betroffenen knüpfen, gehören unmittelbar Subventionen und Prämien.

Die Subventionierung wird zum Teil aus dem Bereich der positiven ökonomischen Anreizinstrumente herausgenommen. Dies wird damit begründet, die Subventionierung folge nicht dem in der Umweltpolitik vorherrschenden Verursachelprinzip, sondern ergebe sich aus dem Gemeinlastprinzip. Für die hiesige Kategorisierung ist diese - zutreffende - Erkenntnis indes ohne Belang. Die Impulse der Subventionierung für den Umweltschutz werden ohnehin nicht negiert.



Als Beispiel für die Subventionierung sei hier die Regelung des Gesetzes für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz - EEG) genannt, nach dem Stromversorgungsunternehmen Strom aus alternativen Energiequellen in ihre Netze einzuspeisen und dafür einen bislang deutlich über dem Marktpreis liegenden Mindestpreis zu zahlen. Regional ist dadurch der Anteil an Strom aus regenerativen Energien auf deutlich über zehn Prozent angestiegen.

## 2. Negative ökonomische Anreizinstrumente

Charakteristisch für negative ökonomische Anreizinstrumente ist, dass ein unerwünschtes Verhalten durch sie mit wirtschaftlichen Einbußen verbunden ist. Zu ihnen gehören insbesondere die so genannten Kompensationsmodelle, Umweltabgaben und zum Teil auch die Umwelthaftung.

Kern des Kompensationsgedankens ist es, Verschiebungsspielräume innerhalb eines bestimmten Beeinträchtigungskontingents zu schaffen. Seine Grundlage ist eine ordnungsrechtliche Genehmigung für eine bestimmte Anlage, wobei die dadurch eingeräumte Rechtsposition in bestimmten Grenzen auf andere Anlagen des Betreibers oder auf Anlagen anderer Betreiber übertragen werden kann.

Ein Paradefall des Kompensationsmodells liegt in der Stilllegung einer genehmigten Anlage, deren Beeinträchtigungskontingent auf eine neue, aufgrund des Standes der Technik sauberere - eigene oder fremde - Anlage übertragen wird. Die Synergie von ökonomischen und ökologischen Aspekten wird darin erblickt, dass umweltschützende Maßnahmen dort ergriffen werden, wo es den geringsten Kostenaufwand erzeugt, also etwa bei der neueren und eben nicht bei der alten Anlage. Das kann eine erhebliche Aufwandminderung bei durch die Deckelung mittels des Emissionskontingents gleich bleibendem Umweltschutzniveau ermöglichen.

In das geltende Umweltrecht hat das Kompensationsmodell in §§ 7 Abs. 3, 17 Abs. 3a, 48 Nr. 4 BImSchG und in Nr. 6.2.5 TA Luft Eingang gefunden. Die Grenzen zum Zertifikatsmodell sind fließend; die wesentlichen Unterschiede liegen in der erhöhten Verkehrsfähigkeit der Zertifikate und der Loslösung von der Genehmigung für eine konkrete Anlage.

Eine weitere klassische staatliche Handlungsform mit Lenkungswirkung sind Abgaben. Im Bereich des Umweltrechts haben sie die wesentliche Aufmerksamkeit in letzter Zeit durch die so genannte Ökosteuer erhalten. Doch ihre Geschichte reicht weiter zurück und ist nicht bloß auf den Abgabentypus Steuer verengt. Im Abwasserabgabengesetz von 1976 fand das Modell der Umweltabgaben frühzeitig eine zumindest theoretisch adäquate Umsetzung.

Die Effektivität der Umweltabgaben teilt in der Beurteilung in etwa das Schicksal Tabaksteuer. Der Staat belegt ein Verhalten mit einer Abgabenlast, damit Umweltnutzung einen Kostenfaktor darstellt. Gleichzeitig hat er aus

Gründen seines Haushalts aber ein Interesse an den so generierten Einnahmen. Dies verhindert im Ergebnis eine Abgabenhöhe mit wahrer Abschreckungsqualität. Schon vor zehn Jahren wurde dies treffend zusammengefasst: „Damit wird die Politik des Anreizens verlassen und der Umweltschutz weitgehend kontraproduktiv zur Erhöhung der allgemeinen Staatseinnahmen benutzt.“ Gleichzeitig gerät diese Abgabepolitik, soweit sie sich auf Sonderabgaben erstreckt, in Konflikt mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu diesen nichtsteuerlichen gruppennützigen Lasten.

Die im Umwelthaftungsgesetz geregelte - zivilrechtliche - Umwelthaftung kann insoweit unter den Begriff indirekter Verhaltenssteuerung mit ökonomischen Anreizen subsumiert werden, als es der Wille des Gesetzgeber war, dass die Umwelthaftung auch eine präventive Wirkung entfalten sollte. Daran, dass dies ein realistisches Ziel darstelle, kamen frühzeitig Zweifel auf. Durch die Pflichtige Deckungsvorsorge nach diesem Gesetz ist unmittelbar spürbare ökonomische Belastung für den Betroffenen in der Regel allein die Versicherungsprämie, die unabhängig vom Eintritt eines Schadensfalles anfällt.

### 3. Das Zertifikatmodell

Zwischen beiden steht in gewisser Hinsicht das Zertifikatmodell, das in Deutschland mit dem bereits erwähnten TEHG trotz einer gewissen Skepsis Mitte der 1990er Jahre demgegenüber, ob es in Deutschland überhaupt noch implementiert werden würde, nunmehr ebenfalls zum umweltrechtlichen Instrumentarium rechnet. Seine Zwitterstellung ergibt sich daraus, dass das Zertifikatmodell zwar einerseits eine Gesamtemissionsobergrenze sowie ein Emissionskontingent für jede erfasste Anlage festlegt, die Betreiber emissionsarmer Anlagen aus der Veräußerung eines Teils ihres Kontingents aber finanzielle Mittel generieren können, während die Betreiber stark emittierender Anlagen entweder in den Erwerb von Zertifikaten oder in die technische Verminderung ihres Emissionsvolumens investieren müssen. Die Zertifikate unterliegen einem börslichen Handel. Hiermit ist am ehesten gewährleistet, dass Umweltgüter einen Marktpreis gemäß dem Gesetz von Angebot und Nachfrage erhalten. In der wirtschaftlichen Logik ist also zu erwarten, dass sich durch den Marktmechanismus die optimale Allokation der knappen Ressource einstellen muss. Hinzutritt, dass das Gesamtemissionskontingent in mehreren Phasen reduziert, das Gut also weiter verknappt wird.

#### 4.2 Anreizbasiertes Umweltrecht und Verfassung

Aus den rechtlichen Bedenken gegen einen stärkeren Rückgriff auf Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung sollen hier die beiden Virulentesten herausgegriffen werden: diejenigen, die sich mit der Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage insbesondere für staatliche Informationstätigkeit befassen, sowie

Fragen betreffend den Rechtsschutz gegen den Einsatz oder die Wirkung solcher Instrumente.

#### 4.2.1 Gesetzesvorbehalt

Was Warnungen als Form der Informationstätigkeit angeht, hat das Bundesverwaltungsgericht Anfang der 1990er Jahre Klarheit in die bis dahin zum Teil gegenläufige Rechtsprechung gebracht, indem es sich zu der Auffassung durchrang, dass Aufgabenzuweisungsnormen für die Exekutive nur dann rechtfertigend im Hinblick auf tatsächliche („informale“) Grundrechtseingriffe wirken können, wenn sie zugleich einen hinreichend deutlich erkennbaren ermächtigungsgrundlagenhaften Charakter haben. Diese Äußerung lässt sich unschwer auf Empfehlungen und Hinweise übertragen, soweit sie die Schwelle zum faktischen Grundrechtseingriff überschreiten. Der Entwurf des UGB-AT wollte diese Problematik auf eine gesicherte gesetzliche Grundlage stellen und sah in § 107 eine eigene Ermächtigungsgrundlage für Warnungen, Hinweise und Empfehlungen in Bezug auf umweltgerechtes Verhalten vor.

Umweltabsprachen erfordern hingegen eine Betrachtung aus anderem Blickwinkel. Einerseits werden sie gerade im Bereich quasi-normativer Absprachen sozusagen kollusiv von Verwaltung und Betroffenen gewählt, um den Bindungsgrad, aber auch die mögliche Kontrolle seitens der Judikative gering zu halten bzw. unterbinden. Dabei bleibt beiden Seiten die Möglichkeit unbenommen, im Falle einer Veränderung der Tatsachengrundlage von der getroffenen Vereinbarung abzuweichen.

In dem Maße, in dem sich der Staat durch die informale Festlegung auf das Unterlassen einer schärferen Normgebung stärker in eine Umweltabsprache einbringt, erhöht sich allerdings der Rechtfertigungsdruck für die Wahl von Umweltabsprachen. Die Gefahr liegt darin, den Anspruch geltender Gesetze auf unbedingte Beachtung zu relativieren, weil ein über sie hinausgehendes, wengleich nicht rechtlich verbindliches Regime geschaffen wird. Hier ist staatlicherseits dafür Sorge zu tragen, dass die Erwartung freiwilliger Befolgung nicht zulasten der Universalität der effektiven und obrigkeitlichen Durchsetzung des Rechts geht. Wo Umweltabsprachen das Phänomen des so genannten „freiwilligen Zwanges“ hervorrufen, ist die Frage nach der Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage auch unter dem Aspekt der Beeinträchtigung der Interessen Dritter zu stellen und regelmäßig wohl dahingehend zu beantworten, dass im Falle vorhersehbarer Drittbelastung von Umweltabsprachen eher zugunsten formalisierter Handlungsformen Abstand zu nehmen ist.

Projektbezogene Umweltabsprachen begegnen nicht schon deshalb Zulässigkeitsbedenken, weil sie nicht wenigstens abstrakt-generelle Wirkung entfalten sollen, sondern sich auf den Einzelfall beziehen. Insoweit ist auch die Problematik des Gesetzesvorbehaltes, um die es hier geht, als weniger schwerwiegend anzusehen. Hier ist allein sicherzustellen, dass das Prinzip der Legiti-

mation durch Verfahren nicht dadurch unterlaufen wird, dass aufgrund eines bereits vorher ausgehandelten Ergebnisses ein notwendiges Verwaltungsverfahren nur noch als lästiger Formalakt „abgehakt“ wird.

Die Anreizinstrumente im engeren Sinne werfen im Hinblick auf den Gesetzesvorbehalt heute kaum noch Fragen auf, denn ihr Einsatz erfolgt - ob es sich um Umweltabgaben, Kompensationslösung oder Zertifikatmodell handelt - ohnehin auf gesetzlicher Grundlage. Auch im Hinblick auf die Subventionierung hat sich zu den elementaren verfassungsrechtlichen Fragen in Literatur und Rechtsprechung längst eine herrschende Meinung herausgebildet.

#### 4.2.2 Fragen im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie

Eng mit der Frage nach dem Gesetzesvorbehalt verknüpft, aber mit ihm nicht deckungsgleich, ist die Frage nach effektivem Rechtsschutz einerseits der Betroffenen, andererseits der Dritten, denn beim Rechtsschutz geht es im Endeffekt um nichts anderes als die Durchsetzung der Beachtung des Gesetzesvorbehaltes zugunsten der subjektiv-öffentlichen Rechte Einzelner.

Auf den ersten Blick einfach gelagert ist der Fall des Rechtsschutzes für Betroffene auf Einvernehmlichkeit angelegter Handlungsformen. Die Antworten scheinen zu sein: „es gibt grundsätzlich keinen Rechtsschutz gegen sich selbst“ und *volenti non fit iniuria*. Dies führt aber eben gerade zurück auf die Frage des „freiwilligen Zwangs“. Aufgrund des begrenzten zur Verfügung stehenden Raumes dazu nur soviel:

Motivationaler Systemdruck entsteht insbesondere bei regulativen Umweltabsprachen weniger aus der Vereinbarung selbst als aus von außen kommenden Einflüssen. Die Sensibilisierung der Öffentlichkeit für den Umweltschutz ist ein keinesfalls zu unterschätzendes Moment. Daneben tritt die in jedem Fall unterschwellige Drohung mit den Mitteln des Ordnungsrechts. Im wesentlichen aufgrund dessen wirkt der Betroffene an einer Umweltabsprache mit, die einen staatlichen Hoheitsakt verhindert, gegen den er sich im Wege gerichtlichen Rechtsschutzes zur Wehr setzen könnte. Dem steht eben gerade aus den vorbezeichneten Gründen in Wahrheit nicht die Option des Betroffenen gegenüber, sich vereinbarungswidrig zu verhalten, nur weil die Vereinbarung selbst nicht direkt zwangsweise durchsetzbar ist. Hinzutritt, dass nicht alle ordnungsrechtlichen Handlungsformen des Staates den Betroffenen jeglichen Spielraum im Hinblick auf das „Wie“ der Erfüllung ihrer Ordnungspflichten nehmen.

Im Kern dasselbe Problem stellt sich in Anbetracht der Gefährdung des Rechtsschutzes Dritter: in verwaltungrechtlicher Hinsicht verliert der Dritte mit der Vermeidung einer verhaltensoktrozierenden staatlichen Anordnung den Akt, gegen den er Rechtsschutz begehren kann. Plastisch wird die Folge im Hinblick auf das Kompensationsmodell: wer im Einzugsgebiet einer stark emittierenden Anlage wohnt, der wird sich nicht damit zufrieden geben wollen,

wenn der Anlagebetreiber an anderer Stelle eine sauberere Anlage betreibt und so sein Emissionskontingent insgesamt womöglich sogar unterbietet.

Damit sind grundlegende Anforderungen an den Staat im modernen anreizbasierten Umweltschutz hinreichend illustriert: Eine Verlagerung des Schwerpunktes umweltschützenden Staatshandelns hin zu mehr Anreizpolitik darf nicht einem Rückzug des Staates aus seiner Umweltverantwortung für jeden einzelnen seiner Bürger gleichkommen. Das Gewaltmonopol des Staats muss auch dort nach wie vor seine Geltung behalten. Allein die Entwicklung und der Einsatz von Anreizinstrumenten genügt daher nicht; ihnen müssen effektive Schutzformen zur Seite gestellt werden. Mitte der 1990er Jahre wurde daher in der Literatur schon das Instrument einer Beeinflussungsabwehrklage vorgeschlagen; seine Einführung lässt jedoch bis heute auf sich warten. Insofern ist *Volkmann* zuzustimmen, wenn er auch unter staatsphilosophischen Gesichtspunkten davon ausgeht, dass „die Umstellung von imperativer Steuerung zu gesellschaftlicher Selbstregulierung [...] einer Reise [gleich], die gerade erst begonnen hat und von der sich nicht voraussagen lässt, wohin sie am Ende führen wird.“

#### 4.3 Ausblick und Schluss

Auch wenn Anreizinstrumente im weiteren und engeren Sinne immer noch spürbarer Skepsis begegnen, sind sie aus dem Umweltrecht nicht mehr hinweg zu denken und werden zukünftig dessen Gestalt noch wesentlich mehr beeinflussen. Daraus zu schlussfolgern, das Ordnungsrecht habe ausgedient, ist weder für den heutigen Stand noch für die absehbare Zukunft ernstlich vertretbar. Hinzuarbeiten bleibt auf eine bessere Integration der Instrumente in ein konvergentes System.

Insgesamt verbreitete schon 1997 die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer nach einer Debatte über „Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung“ kaum gebremsten Optimismus: „Die Entwicklung zu selbstregulativer Steuerung ist in vollem Gange. Sie wirft fundamentale Strukturfragen auf. Verwaltung und Verwaltungsrecht sind gewappnet, diese Herausforderung anzunehmen und zu bestehen.“ Wenn dafür nicht nur Verwaltung und Verwaltungsrecht, sondern auch die Umwelt gewappnet ist, ist dem nichts mehr hinzuzufügen.

## 5 译文：治安法和激励政策之间的环境保护（米歇尔·克洛普费尔）

在通常被视为始于 1971 年的德国现代环境法发展的上半阶段，与环境法的警察法来源相对应，纯粹的治安法观念达到了效率的界限，逐渐

进入法学的视野。此前，来自经济学方面的意见已经推动了经济手段在环境法中的应用。

此后不到五年，一份由教授所起草的《环境法典——总论》（UGB-AT）草案在其第6条第3款中强调了非命令性措施在取得相同的环保效果的前提下相对于传统干涉性规定的优势。《环境法典——总论》的第87条也同样强调了灵活手段的优势。

关于环境法的激励政策的探讨迄今为止未再停止过。立法者在此期间已着手进行的对若干经济手段的采用和扩充工作——例如近来关于温室气体排放合法性交易的法律《温室气体排放交易法》——（TEHG）——一直伴随着关于合宪性，主要是关于与基本法中国家机构所承载的原则是否一致的深入争论。但同时也达成了普遍一致的观点，即现在和未来不可能有纯粹的以治安法的形式出现的环境法，也不可能以市场为基础的环境法。人们一致认为，该法所主张的目标是尽可能地将治安法和非命令性手段融合起来。意见的分歧在于，如何将其尽可能成功地进行融合。

政治上的论战无需在此援引。因此，本文首先将介绍一部以激励为基础的环境法可能拥有的手段，随后，将转向关于法治国家的思考的讨论，最后，将尝试着就非强制性措施的进一步发展作一展望。本文对民法领域的环境担保法的深入研究仍很不完整，对环境刑法在预防效果方面的研究也尚未展开，但考虑到本次活动的其他讨论会将就上述问题进行论述，故在本文没有展开的必要。

### 5.1 环境法中的间接行为调整手段

“传统的”治安法——至于其在今日以何种治安法的形式出现，在此先暂且搁置不论——尤其是通过命令性和禁止性的具体行政行为得以体现。其所采取的手段是根据其是反对或是赞成优先采用感化或激励的调整方式来取代命令方式而定。与环境法有关的行为因此被引向与国家意志一致的方向，使公民在付出经济利益的情况下无需承担强制赋予的义务，从而被激励去为或不为一行为。此种结构后果显而易见，从确定目标的意义而言，它同时也限制了国家对行为进行引导的法律义务。

赞同或反对就国家环境政策和由国家环境政策而形成的环境法进行重新定位的理由，若不考虑宪法问题，经缩减被概括如下：完全或主要受治安法影响的环境政策对经济和生态效率向来并未给予应有的重视，其后果是损耗与效果偶尔会出现比例失调。为了避免不必要的强制手段，由依靠间接使用有效手段转向依靠公民经济上的理智，由此

增强公民“遵守规则的准备”；它较不易受在治安法中出现的执行不力的影响；也没有面临受法律界限所限的效率问题。允许大量不同的措施存在，并能更加透彻地看清各个肇事者的费用构成；提供了总费用损益表持平或上扬来即意味着措施取得了更为显著的效果的观点。另一方面，激励手段的实际贯彻有时很难以落实；在可交易的环境利用权上产生诸如在一个狭窄的有限空间内集中排放气体达到有害健康的程度的问题(所谓的热点问题)。此外，在“费用——利用分析”中常被忽视除了在肇事者身上产生费用，在国家方面也产生了监督费用，此项费用中有一部分的数字非常可观，并可能因此严重影响间接调整手段的经济性分析。在反对激励措施而引起的思考中所产生代表性观点有：费时耗力、效果不确定和效果不完整。

下文从经济的视角将以激励为基础的环保手段划分为广义上的激励手段和狭义上的激励手段。广义上的激励手段是指能产生政治——道德上的推动力、激发人们为更有利于环境的行为、由此能产生经济激励的手段。狭义上的激励手段被理解为：在由国家进行引导，取得行为的一致性的情况下，从中直接产生经济后果。狭义上的激励手段可分为积极和消极的激励手段。

### 5.1.1 广义上的激励手段

间接经济激励是从所谓的非正式行政行为中产生的。一方面，它可能发生在国家与公民的关系中，促使公民为更有利于环境的行为。国家、私人的单方措施和双方达成合意的单方措施是在此是有所区别的。单方措施可能采用商讨和约定的形式，也可能采用政府准许或是声明经济上的自我义务的形式。

另一方面，在传媒力量日益壮大的时代，在国家、相对人和公共利益三方中引入非正式行政行为措施来提出警告和进行推荐显得尤为重要。过去，上述措施的作用就没有因大量法律文献和司法判决的存在而被低估。相对于警告而言，相对人更乐于接受常与认证程序相联系的政府推荐。在消费者中产生的有益于优质产品的说服作用被归结为通常以加盖验证章的形式表现的推荐方式——如“蓝天使环境标志”认证——以及有利于生产标准较高的产品的“生态审计规定”认证。同时，生态审计体系被视为介于直接和间接调整之间的第三条道路，即除了通过认证对产品进行褒奖之外——例如(《联邦防止公害法》第52条 a——在其体系范围内对企业组织预先做出具有约束力的规定。

除了这些单方手段之外，也可采用各级公共管理层和私人之间进行约定的方式，甚至采用与行政行为相类似的达成一致意见的方式。因

为这些方式的实现没有法律上的统一标准，而且其内容缺少具有法律约束力的对行为的要求，所以是建立在以合同形式设立法律关系的初级阶段之上的。因此，这些方式是对通过道德和政治起作用的激励手段的原始形式的非正式约定。但在此考虑的是，使约定借助治安法来进行合法的预先威慑。对环境法而言，治安法仍是不可抛弃的，显得尤为直观。但环境约定也说明：国家正式的和非正式的行为方式经常是不可分割地结合在一起，它形成于与达成的具体行政行为有实际关联的情况。

在依照规定达成的、具有类似于规范的内容的约定中，国家与经济活动家之间法律状态的激化应是多余的。就这点而言，减少含石棉的建筑材料约定或生产环保型油漆的约定是成功的。与之相反，约定方式的批评者则提出了就包装和饮料工业及饮料贸易达成的约定，该约定的主要目的——缩减一次性用品市场份额进一步增长——因为受到可循环利用包装的压力而未能实现。

从这一问题过渡到垃圾法中很著名的所谓“目标制定”（以前的《废品清除法》第 14 条第 2 款，现今的《推动循环经济和确保通过环境合同清除废品法》第 25 条第 1 款）。根据这一规定，联邦政府自从加入循环经济后，首先进行目标制定，阐明了在适当的时间内要达到的目标。这些预先规定本身既不是命令也不是与循环经济参与者达成的约定。

在此所列举的可能进行的公共管理行为的共同点在于对官方命令起了调整行为的“软”推动作用。可能取得一致意见的是，推荐和警告能产生加深理解的实际效果，其作用范围有时可能比国家制定的措施的作用广。可以看出，这种行为方式优先适用于应对未来出现的危机，对危机出现的可能性和可能引起的后果事先能做出非常模糊的规定。建立在治安法的危险概念上的国家控制手段在此客观上达到了界限。此外，如果对企业内部运转的了解是有效实施技术的前提的话，约定也能发挥其潜力。

总之，明显的是，将治安法及激励政策理解为两个相互分离的体系的观点长期以来着眼于通过治安法的手段进行间接的行为调整。但包装规定更能被视为对治安法和激励政策的限制有多大效力的范本。通过以义务回收的方式采取直接措施，间接促使了以避免垃圾产生为目标的私营垃圾处理体系——德国二元体系有限责任公司的产生。



### 5.1.2 狭义上的激励手段

狭义上的激励手段的中心是直接的经济作用。它另一方面避免了对治安法上的调整手段和间接调整手段进行生硬区分：而是考虑到经济作用也能包含在治安法的行为方式中；比如以敦促人们遵守界限值为目的罚金和改造费用即是此类。

从根本上而言，经济手段由积极手段和消极手段构成。

#### a) 积极的经济激励手段

补贴和奖金属于积极的经济手段，它将经济状况的改善与特定的行为联系在一起。

补贴被部分地从积极的经济激励手段中排除。原因是补贴遵循的不是环境政策中占统治地位的肇事者原则，而是源自共同责任原则。尽管这一合乎实际的观点对于本文的分类无关紧要，但补贴对于环境保护的推动作用仍不可否认。

在此，以与可更新能源的优先地位有关的法律（《可更新能源法》——EEG）中的规定为例，根据该法，供电企业将从可选择的能源中产生的电输入电网，并为此支付迄今明显高于市场价格的最低价。由此，部分区域从可再生能源中产生的电的份额增至明显高于10%。

#### b) 消极的经济激励手段

消极的经济激励手段的特点是，通过它将不受欢迎的行为与经济损失联系起来。主要包括所谓的补偿模式、环境税及部分环境担保。

补偿观点的核心是创造特定损害份额内的可转移空间。它的基础是治安法对特定设备的批准，由此而取得的法律地位能在一定范围内被转移到经营者的其他设备或是其他经营者的设备上。

补偿模式的典型情况是已经批准的设备若停产，其损害份额被转移到另一台新的、因技术水平更能保持清洁的——自己的或他人的——设备上。经济或生态的共同作用可从环保措施是对费用支出最低的设备，即更为新型的设备，而不是对陈旧的设备而采取看出。这可能在借助排放份额的弥补使环保水平保持不变的情况下使费用明显减少。

现行的环境法中，补偿模式在《联邦气体排放保护法》（BImSchG）第7条第3款、第17条3a款、第48条第4点中和《空气保洁技术指导》（TA Luft）第6.2.5点中被采纳。认证模式的界线是变动的；根本区别在于认证日益增长的流通性和其与对具体设备的批准的分离。

另一传统的具有引导作用的国家行为方式是征税。近来，这种方式在环境法领域通过所谓的“生态税”受到了极大关注。但它的历史可

追溯到过去，并不仅限于捐税中的税款类型。早在 1976 年废水征税法中，环境税的模式就提前得到了至少是理论上的适当实践。

在人们的评价中，环境税的效应被归入烟草税的命运。国家对人们的行为课以税收负担，以使价格因素在对环境的利用中发生作用，同时，又使人们出于财政的原因对由此而产生的收入感兴趣。结果，这减轻了税收真正的威慑作用。这早在十年前就被精确地概括为：“激励政策因此而被抛弃，而环保很大程度上被自相矛盾地用于增加国家的日常收入。”同时，一旦税收政策扩展到特别捐税上，就会陷入与联邦宪法法院关于团体利益不承担捐税负担的司法解释的相互矛盾中。

就这点而言，环境担保法中所规定的民法上的环境担保可被归入通过经济激励间接调控行为的概念之下，而并非如同立法者的本意，即认为环境担保应发挥预防作用。对这一目标是否切合实际，人们提前产生了怀疑。人们通过法律规定的法定保险可直接感受到的对相关人造成的经济负担通常只是与损失情况的发生无关的保险费。

### c) 认证模式

从某方面来说，认证模式处于两者之间。上文已提到的《温室气体排放交易法》尽管在 20 世纪 90 年中期存在着其是否应在德国执行的一些疑虑，但现在认证模式在德国也被归入环境法的总的手段之中。其居中地位产生于，一方面，认证模式虽然确定了每一进行登记的设备的总排放量上限及排放份额，但排放量低的设备的经营者能够通过出售部分份额获得资金，而排放量高的设备的经营者不是必须为了获得认证而进行投资，就是必须为了从技术上减少排放量而进行投资。认证可以在交易所进行交易。环境物资以此依法根据供给和需求情况获得市场价格切实得以保障。经济逻辑中所期待的是紧缺资源通过市场机制得到最优配置。此外，总排放份额经多个阶段而被降低，物资继续被缩减。

## 5.2 以激励为基础的环境法和宪法

在对重新采用间接的行为调整手段的法律上的顾虑中所选出的两种最难以消除的顾虑是：对于国家信息活动的法律基础的必要性的顾虑和对于调整手段的投入使用或发生作用的法律保护问题的顾虑。

### 5.2.1 法律保留

就警告作为信息告知的形式而言，联邦宪法法院早在 20 世纪 90 年代初就在当时人们对法律的理解有部分相互抵触的情况下通过司法解释通过渗透下述观点——行政机关的任务分配标准如果同时具有清晰可

辨的授权基础的特征，就能正当地对现实中（“非正式的”）对基本权利的侵犯起作用——作了阐明。只要跨越了现实中侵犯基本权利的门槛，这一观点就不难转换成建议和指示。《环境法典——总论》草案试图将这一问题置于确定的法律基础之上，并在第 107 条预先规定了与环境法行为有关的警告、指示和建议的授权基础。

与之相反，对环境约定需要从其他视角进行思考。一方面，环境约定在准标准化约定的范围内可以说是由管理者和相关人共同选择的，目的是维持较低的联系程度并阻止司法权可能进行的控制。双方在此可能在事实基础改变的情况下偏离所达成的协议。

在国家没有正式决定放弃制定更为严厉的标准而参与环境约定的范围内，选择环境约定的压力增大了。危险在于，由此形成不受法律约束的体制，故使现行法对于无条件注意的要求具有相对性。国家方面负责人们自愿遵守环境约定的期待不增加政府普遍有效执行法律的责任。在环境约定引起所谓的“自愿强制”现象上，关于授权基础的必要性问题也从影响第三人兴趣的角度被提出并通常得到如下的解答：在可预见的将对第三方产生负担的情况下，放弃环境约定有利于成型的行为方式。

行为是否合法的顾虑之所以已不适合特定的环境约定，是因为其不应仅发挥抽象的一般的作用，而是涉及到个例。就该点而言，所涉及的法律保留问题也被视为不那么重要。在此只是确认，必要的行政程序依据之前商定的结果被当作累赘的形式而被敷衍了事不会导致经由程序证明的原则因此而受到影响。

狭义上的在激励手段在当今几乎没有提出关于就法律保留的问题，因为其是在法律基础上被使用的——不管是关于环境约定、补偿解决办法或者是关于认证模式。补贴方面，早已在法律文献和司法解释中就基本宪法问题形成了统一观点。

### 5.2.2 法律保护担保方面的问题

对相关人和第三人进行有效法律保护的问题与法律保留问题紧密相关，但又不一致，因为法律保护在最后效果上仅涉及得到有利于个人主体的公法上的法律保留的重视。

首先着眼的是对相关人取得一致意见基础上的行为方式进行法律保护的情况。回答是“原则上没有对自身的法律保护”和“对心甘情愿者不存在不公正” (*volenti non fit iniuria*)。这就追溯到“自愿强制”问题。由于本文篇幅有限，所以在此仅作如下表述：

尤其是在调节性的环境约定中，激励性的体制压力较少从协议中产生，更多是来自外来影响。公众对于环保的敏感在任何情况下部不可被低估。除此之外，通过治安法手段来产生潜意识的威慑。从根本上而言，相关人以此在有碍国家主权行为的环境约定中共同起作用，在依法进行的法律保护的道路上对国家主权行为进行抵抗。因为协议自身不是强制性地直接执行的，基于上述原因，实际上相关人的选择权与违反协议并不对立。此外，不是国家的所有治安法的行为方式都剥夺了相关人“如何”履行遵守秩序的义务的空间。

考虑到对第三人的法律保护的危害，同一问题的核心是：在行政法方面，第三人因避免国家的行为强制性命令而失去寻求法律保护的途径。在补偿模式方面，后果是一目了然的：在有强排放设备的居住小区中居住的居民将不会满意设备的经营者在其他地方经营一部更能保持环境清洁的设备并尽可能压低其总排放份额。国家在现代以激励为基础的环境保护中的基本要求可充分地表述为：从环保的国家交易转向更多的激励政策的重点转移。

## 6 Vokabeln

das	Ordnungsrecht	治安法
die	Anreizpolitik	激励政策
die	Verfassungsmäßigkeit	合宪性
die	Verpackungsverordnung	包装规定
die	Rücknahmepflicht, -en	义务回收
die	Tabaksteuer	烟草税
der	Gesetzesvorbehalt, -e	法律保留
die	Rechtsschutzgarantie	法律保护担保

# Lektion 13 Modernisierung des Strafvollzugs

## 1 Einführender Text: 从强调重新社会化的角度认识现代刑罚的任务和方法（戴艳玲，司法部预防犯罪研究所副研究员，监狱学研究室副主任）

随着人类文明的进步，社会对付犯罪的刑法手段也逐步实现着文明进化，呈现出文明、人道、轻缓的趋势。从历史上普遍使用肉刑和死刑过渡到现代意义的监禁刑，曾被认为是人类文明的一个里程碑。

然而，传统的监狱矫正模式把犯人带出正常社会而置于异常社会，即封闭的监狱环境，却希冀他们能够伴随刑期逐步实现重新社会化，并在出狱以后能够适应社会、顺利地回归社会，这其实是一种悖论。随着监禁刑的广泛应用，人民又逐步认识到监禁刑执行过程中难以克服的弊端，在寻求解决途径的过程中，继续推动刑法制度的进步，实践着以监禁刑为主体的刑罚制度向大量适用罚金、缓刑、社会服务等监禁替代措施的刑罚制度过渡。基于人权和道义的原则，刑罚的目的已不再局限于对犯罪人的报应和对其犯罪能力的剥夺，更深层的价值应该是通过培养罪犯重新适应社会的素质和能力，帮助其重新社会化，成为能够在社会上正常生活的公民。

1.1 在现代社会，刑罚社会效益的最高境界是犯罪人重新社会化，为了达到这样的目的，刑罚须实现三项任务：

### 1、恢复犯罪人的社会责任感和个人自信心

通过各种人道化的措施，将犯罪人应有的权利还给他们，以教育的、感化的力量充分调动其内在的积极因素，恢复其社会责任意识和乐观、健康的心里状态。

### 2、调动社会力量接纳罪犯并对其实施教育和救助

矫正罪犯不仅是刑罚执行机关的工作，也是社会公共事业。出狱人最终还是要回到社会，社会仍然需要对他们宽容、接纳、帮助他们恢复被割断的与家庭、亲友和社区的联系，帮助他们解决许多新的社会问题，促使他们成功回归社会。因此，应向公众宣传刑罚的目的以及社会在促进犯罪人重新社会化方面的共同责任，鼓励公众达成共识，

并积极调动社会团体、企事业单位、社区组织等广泛的社会力量积极参与对罪犯的教育和帮助。

### 3、将犯罪人重新纳入社会

国家担负拯救罪犯，使他们能够重新适应社会生活的义务。犯罪是社会多种因素综合作用的产物，矫正罪犯也必须将其置于社会关系和社会实践中。在刑罚的执行过程中应建立起罪犯与社会的适应性联系，只有在正常的社会环境条件下，才有可能实现重新社会化。罪犯在监狱或其它刑罚执行设施内不犯罪，不逃跑并非意味着可靠的矫正效果，回到社会以后能够顺利适应社会生活，才是“成为守法公民”更客观的标准。

#### 1.2 为了促进犯罪人重新社会化，必须以有效的方法实现上述刑罚任务

适用刑罚方法的基本原则就是让可以不进监狱的犯罪人尽量不进监狱，让能够减少监禁时间的犯罪人尽可能减少监禁时间，让可以不失去自由或者少失去自由的犯罪人尽量不失去自由或少失去自由。对于那些不需要、不适宜监禁或者继续监禁的罪犯有针对性地实施社会化的矫正，充分利用社会各方力量，最大限度地化消极因素为积极因素，促进其重返社会。这样的方法可以分为两大类：

##### 1、依法扩大社区矫正及其它非监禁刑罚方式的适用

首先，在对犯罪人定罪量刑时对于人身危险性较低的罪犯，如老残病犯，过失犯，部分女犯、未成年犯、偶犯等，尽量适用缓刑、社区服务以及罚金等社区矫正或者其它非监禁刑罚方式。对于这些罪犯来说，采取不与社会隔离的刑罚方式已足够实现刑罚意义了，这样的刑罚可以根本避免适用监禁刑的各种弊端，不仅体现刑罚的人道性，也更有助于他们顺利回归社会。

另一种情况，在不适用监禁刑不足以给予犯罪人有效的“心理打击”或者不足以控制其人身危险性的情况下，就应依法对其适用监禁刑。但是，在监禁刑执行过程中，对符合法定条件的罪犯应通过刑罚执行变更程序积极适用假释、暂时释放或者特许释放等社区矫正方式，将他们放回社会继续矫正和救助。

社区矫正以开放的行刑方式，将犯罪人置于良性社会环境中，使其体验正常的社会关系，同时接受矫正和必要的救助措施，从而有助于犯他们重新适应正常的社会生活。

##### 2、在监狱等设施内执行监禁刑应注重社会化的行刑方式

现代社会还不能彻底放弃监禁刑，它作为除死刑以外最为严厉的一种刑罚方式，应该仅适用于那些非监禁不足以防范其再次危害社会的罪犯。罪犯来自社会，而其中绝大部分成员最终也将回归社会。因此，监禁刑的执行应该以帮助罪犯重返社会为目标。为了减弱监禁的各种消极后果，应尽可能实现监狱工作社会化，包括扩大或发展罪犯与社会的联系；利用社会资源，调动有益的社会力量参与并配合监狱的矫正工作；发挥罪犯的潜能，让他们有机会学习技能等内容。同时，监禁行刑还应完善对罪犯的分类管理制度，尽量避免可能造成的“刑罚不足”或“刑罚过剩”情况。在科学分类的基础上对罪犯实行宽严不同的管理和矫正措施。对于改造表现较好和剩余刑期不长的罪犯可以实行半开放式管理，并着重恢复他们的自信心和责任感，培养他们自我管理和自我约束的能力。

在我国，监禁刑是最主要的刑种，在《刑法》分则条款中，它也是唯一为所有犯罪的法定刑包含的一个刑种，而实践中监禁刑的适用也占主导地位，而且监狱系统习惯以刑满释放为服刑人最主要的出狱方式，假释的适用率极低。尽管我国的刑罚制度中包含管制、缓刑、假释等社区矫正的内容，但其适用和执行有待改进和加强。最高人民法院、最高人民检察院、公安部和司法部于 2003 年 7 月 10 日联合发布了《关于开展社区矫正试点工作的通知》，根据现行法律的规定下，它将社区矫正的适用范围规定为下列 5 种罪犯类型：被判处管制的，被宣告缓刑的、被暂予监外执行的（具体包括有严重疾病需要保外就医的；怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女；生活不能自理，适用暂予监外执行不危害社会的。）、被裁定假释的、被剥夺政治权利并在社会上服刑的。在符合上述条件的情况下，规定对于罪行轻微、主观恶性不大的未成年犯、老病残犯，以及罪行较轻的初犯、过失犯等，作为重点对象适用社区矫正。从 2003 年下半年开始，北京、天津、上海、江苏、浙江和山东六省市相继推开了社区矫正试点工作，确切地说，是扩大并加强社区矫正的试点工作，这是推动我国刑罚执行制度改革的重要举措。相信，在总结并推广试点经验的基础上，我国的社区矫正制度和实践将有长足发展，其优势也将得以充分发挥。

## 2 Text 1 zum Dolmetschen: Entwicklung des modernen Strafvollzugs in Europa (Rüdiger Wulf, Expertengespräch „Modernisierung des Strafvollzugs“ am 5. und 6. Juli 2005 in Beijing/China)

### 2.1 Grundlagen europäische Rechtskultur

Die abendländische Rechtskultur steht - so der frühere deutsche Bundespräsident Theodor Heuss - auf drei Hügeln: dem griechischen Areopag als dem Sinnbild für Demokratie, dem römischen Kapitol, welches das Recht verkörpert und Golgatha in Jerusalem; es steht für Liebe, Versöhnung und Vergebung. Das gilt auch und besonders für Verhängung, Vollstreckung und Vollzug von Freiheitsstrafe als Eckpunkt dieser Rechtskultur mit rechtsstaatlicher, menschlicher und kriminalpräventiver Ausrichtung.

### 2.2 Kriminalpolitische Entwicklungen

Dementsprechend ist die Entwicklung des modernen Strafvollzuges in Europa eingebettet in bestimmte kriminalpolitische Entwicklungen seit Ende des 2. Weltkrieges. Zu den Trends gehört:

- Die Abschaffung der Todesstrafe, in Deutschland bereits im Jahr 1949.
- Die Einführung der Strafaussetzung zur Bewährung. Sie umfasst in Deutschland mittlerweile 15 Prozent aller strafrechtlichen Verurteilungen.
- Die Möglichkeit der bedingten Entlassung aus Freiheitsstrafe;
- Die Zurückdrängung kurzer Freiheitsstrafen und damit zusammenhängend
- der Siegeszug der Geldstrafe (80 Prozent der Verurteilungen in Deutschland).
- Die Zulassung informeller Sanktionen, etwa durch Verfahrenseinstellungen der Staatsanwaltschaften und Gerichte gegen Auflagen und Weisungen („Diversion“),
- Die Hinwendung zu Freizeitstrafen, insbesondere gemeinnütziger Arbeit, Hausarrest und Fahrverbot.

So lauten heute in Deutschland nur noch ca. fünf Prozent aller strafrechtlichen Verurteilungen auf Freiheitsstrafen ohne Bewährung.



### 2.3 Die Gefangenen im Strafvollzug

Das hat Folgen für die Zusammensetzung der Gefangenen. Sie bringen immer mehr Entwicklungs-, Persönlichkeits- und Verhaltensstörungen in den Vollzug, insbesondere Dissozialität.

Hinzu kommt, dass etwa die Hälfte aller Gefangenen ein Suchtproblem hat oder von Alkohol, Rauschdrogen oder Medikamenten abhängig ist.

Im Zeichen der weltweiten Migration hat der Strafvollzug es mit vielen ausländischen Gefangenen aus den verschiedensten Ländern zu tun. In Baden-Württemberg sind ein Drittel der Gefangenen Ausländer; über 90 Nationen sind in den Gefängnissen vertreten.

Die Gefangenen aus der organisierten Kriminalität und dem internationalen Terrorismus sind dagegen nur eine kleine Gruppe. Dennoch prägen sie das Bild. Sie verstärken aber subkulturelle Verhaltensweisen und sorgen für Gewalt in den Gefängnissen.

### 2.4 Kräfte der Strafvollzugsreform

Trotzdem ist man in den vergangenen 50 Jahren vorangekommen.

Zu den treibenden Kräften in der Strafvollzugsreform gehören die Mängel der Gefängnisse selbst, insbesondere ihre Überfüllung, und sich daraus ergebende Gefängniskandale bzw. die Veröffentlichung der Missstände in der Presse. Missstände sind oft ein Motor für die Weiterentwicklung und die Suche nach besseren Lösungen.

Wichtige Impulse gingen von der Rechtsprechung in Vollzugsfragen aus, vor allem durch die Verfassungsgerichte. So hat das Bundesverfassungsgericht bereits 1972 für Grundrechtseingriffe bei Gefangenen eine gesetzliche Regelung gefordert. Dies hat das deutsche Strafvollzugsgesetz auf den Weg gebracht, das 1977 in Kraft getreten ist und sich sehr bewährt hat.

Nicht vergessen darf man weitsichtige Kriminal- und Vollzugswissenschaftler, die in Lehre und Veröffentlichungen Verbesserungen angemahnt haben. Kriminal- und Vollzugspolitiker haben dies auf politischer Ebene aufgegriffen und in Gesetzen und Programmen umgesetzt.

Der Europarat hat sich in zahlreichen Empfehlungen an die Mitgliedsstaaten maßgeblich dafür eingesetzt, den Freiheitsentzug menschenwürdig zu gestalten (vgl. Freiheitsentzug, Forum Verlag Godesberg 2004). Diese Empfehlungen betreffen verschiedene Vollzugsarten wie die Untersuchungshaft, die kurze und die lange Freiheitsstrafe, den offenen Vollzug. Sie befassen sich mit besonderen Gefangenengruppen (gefährliche Gefangene, Ausländer im Vollzug, junge Gefangene). Sie versuchen, Überbelegung zu vermeiden, den Übergang in Freiheit zu erleichtern und die Nachsorge zu verbessern. Menschenwürdige Verhältnisse müssen weltweit in zentralen und elementaren Bereichen der Vollzugsgestaltung gewährleistet werden, etwa bei der Unterbringung der

Gefangenen, bei Verpflegung und Kleidung, bei Arbeit, Ausbildung und Weiterbildung, im Verkehr mit der Außenwelt, bei der religiösen und moralischen Betreuung und in anderen Bereichen (vgl. die Handbücher für Vollzugsbedienstete aufgrund eines menschenrechtlichen Ansatzes von PENAL REFORM INTERNATIONAL: Making Standards work. An International handbook on good prison practice: The Hague 1995 COYLE: A Human Rights Approach to Prison Management; International Centre for Prison Studies)

## 2.5 Grundfreiheiten und Menschenrechte der Gefangenen

Nach der abendländischen Rechtstradition ist die Menschenwürde unantastbar (vgl. Artikel 1 Absatz 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland). Dementsprechend hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass alle Menschen bestimmte Grundfreiheiten und Menschenrechte haben. Sie stehen ihnen auch zu, wenn sie schwere und schwerste Verbrechen begangen haben. Für Gefangene besonders wichtig ist das in der Europäischen Menschenrechtskonvention verankerte Verbot der Folter und der grausamen oder unmenschlichen Bestrafung oder Behandlung (Artikel 3 Europäische Menschenrechtskonvention). Der Begriff „unmenschliche Behandlung“ wird dabei weit ausgelegt und verhindert elementare Rechtsverletzung im Strafvollzug Wenn der Staat aus bestimmten Gründen in die Grundfreiheiten und Menschenrechte eingreifen will, dann darf er das nur durch ein Gesetz oder aufgrund eines förmlichen Gesetzes, das von den Abgeordneten im Parlament beschlossen sein muss. Daher gehören Strafvollzugsgesetze zu den Grundlagen und Errungenschaften des modernen Strafvollzuges in Europa.

## 2.6 Rechtsschutz der Gefangenen

Eine weitere Errungenschaft ist die Erkenntnis, dass die Gefangenen nicht nur Grund- und Menschenrechte haben, sondern diese auch durchsetzen können. Diese Rechtsschutzmöglichkeiten ergänzen die materiellen Grund- und Menschenrechte der Gefangenen. Durch sie wird entweder die Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns überprüft oder es erfolgt nur eine Rechtskontrolle (dazu die folgenden Beispiele aus dem deutschen Recht).

Beschwert sich der Gefangene beim Anstaltsleiter in Angelegenheiten, die ihn selbst betreffen, so prüft der Anstaltsleiter, ob der Sachverhalt zweckmäßig und rechtmäßig entschieden wurde. Dasselbe gilt, wenn sich der Gefangene an einen Vertreter der Aufsichtsbehörde wendet und ihm die Sache vorträgt. Oder wenn er eine Petition an die Volksvertretung richtet und die Regierung dazu Stellung nehmen muss.

Eine gerichtliche Kontrolle muss sich auf eine Rechtskontrolle beschränken. Im deutschen Recht kann der Gefangene einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung an eine vollzugsnahe Strafvollstreckungskammer beim Landge-

richt stellen. Wird dieser Antrag zurückgewiesen, so kann er unter bestimmten Voraussetzungen eine Rechtsbeschwerde zum Oberlandesgericht einlegen. Wird auch diese verworfen, dann bleibt die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht, wo der Fall aber nur auf einen Verstoß gegen Verfassungsrecht geprüft wird.

Ist diese Rechtsschutzmöglichkeit ausgeschöpft, kann sich der Gefangene noch an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg wenden.

Diese Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen zum Teil nebeneinander, zum Teil nacheinander. Was Erfolg verspricht, hängt vom Einzelfall ab. Jedenfalls stehen die Rechtsschutzmöglichkeiten nicht nur auf dem Papier. Die Gefangenen nutzen sie, manchmal nutzen sie sie aus. Wenn ein Gefangener Recht hat, bekommt er sein gutes Recht.

## 2.7 Ziele und Aufgaben des Strafvollzuges

In Europa lehnt man es ab, die Gefangenen im Strafvollzug durch harte Haftbedingungen zusätzlich zu bestrafen oder sie nur zu verwahren.

Der Strafvollzug muss ein Ziel haben, dass über die Strafe hinausgeht. Das moderne europäische Verständnis vom Strafvollzug setzt auf Kriminalprävention und Sicherheit. Einmal sollen die Bürgerinnen und Bürger geschützt werden, indem die Gefangenen während des Strafvollzuges sicher untergebracht werden. Hinzu kommt mindestens gleichrangig, dass der Strafvollzug neue Taten und Rückfall verhüten soll. Dazu müssen die Straftäter behandelt, resozialisiert und wieder in die Gesellschaft eingegliedert werden. Neu ist der Gedanke, dass der Strafvollzug die Interessen der Opfer mit berücksichtigen sollte. Dies alles hat Auswirkungen auf die Organisation und die Methoden des Strafvollzuges.

## 2.8 Öffnung des Vollzuges

Fragt man, was den modernen europäischen Strafvollzug vom früheren Strafvollzug und vom Strafvollzug in anderen Kulturkreisen am meisten unterscheidet, dann ist es die Öffnung des Vollzuges. Offener Vollzug, Vollzugslockerungen und Hafturlaub tragen dazu bei, das Leben im Vollzug den allgemeinen Lebensverhältnissen anzugleichen und Gewalt unter Gefangenen vorzubeugen. Zugleich werden so schädliche Folgen des Freiheitsentzuges vermieden bzw. gemildert. Schließlich helfen diese Maßnahmen den Gefangenen, sich in das Leben in Freiheit einzugliedern. Diese Öffnung des Vollzuges hat sich sehr bewährt.

Vollzugsöffnende Maßnahmen setzen voraus, dass der Gefangene dafür geeignet ist. Dies ist der Fall, wenn man Flucht und Rückfall hinreichend sicher ausschließen kann. Außerdem sollte der Gefangene durch sein Verhalten zei-

gen, dass er an der Erreichung seines Vollzugsziels mitwirkt. Strittig ist in Europa, ob offener Vollzug, Vollzugslockerungen und Hafturlaub in einer frühen Haftphase wegen besonderer Schuldschwere ausgeschlossen werden können, wenn der Gefangene aber ansonsten geeignet ist.

Zur Öffnung des Vollzuges gehört zunächst die Unterbringung im offenen Vollzug, das heißt in Gefängnissen, die keine oder verminderte Sicherheitseinrichtungen gegen Entweichen haben. Im Innern haben die Gefangenen dort mehr Bewegungs- und Gestaltungsmöglichkeiten. Im offenen Vollzug können sie das Zusammenleben üben und zeigen, dass sie für Vollzugslockerungen (s. u.) geeignet sind. Außerdem ist der offene Vollzug billiger, weil auf teure Sicherheitsanlagen verzichtet wird und man mit weniger Personal auskommt. In Baden-Württemberg sind etwa 20 Prozent der Strafgefangenen im offenen Vollzug untergebracht.

Vollzugslockerungen sind Ausführungen unter Bewachung durch Vollzugsbedienstete und Ausgänge ohne Aufsicht. Ein wichtiges Element des modernen europäischen Strafvollzuges ist die Beschäftigung der Gefangenen außerhalb der Anstalt. Dort können sie am wirklichen Arbeitsleben teilnehmen. Den Freigang gibt es in zwei Alternativen. So kann der Gefangene dort im Auftrag der Anstalt arbeiten, die den Arbeitslohn erhält und er von ihr ein geringeres Arbeitsentgelt (Freigang oder freies Beschäftigungsverhältnis). Bewährt er sich dabei, kann er ein freies Beschäftigungsverhältnis eingehen. Dort erhält der Gefangene dann den üblichen Arbeitslohn wie andere Arbeitnehmer. Damit kann er für sich und seine Familie sorgen und unter Umständen angerichteten Schaden wiedergutmachen.

Die weitestgehenden Vollzugslockerungen sind Hafturlaube. Sie sind keine Erholungsurlaube und keine Vergünstigungen, sondern Resozialisierungsmaßnahmen. Neben den genannten Eignungsvoraussetzungen für Vollzugslockerungen muss darauf geachtet werden, dass der Gefangene nicht in eine soziale Umgebung oder zu Personen beurlaubt wird, die seiner Eingliederung entgegenwirken. In Deutschland kann ein Gefangener bis zu 21 Tage im Jahr beurlaubt werden. Er tritt den Urlaub in eigener Kleidung an und muss selbst für die Reiskosten und den Lebensunterhalt sorgen.

## 2.9 Zusammenarbeit im Innern und nach außen

Der moderne Strafvollzug kann die vielfältigen Aufgaben nur erfüllen, wenn alle im Vollzug Tätigen zusammenarbeiten. Das betrifft die Zusammenarbeit innerhalb der einzelnen Dienste, also innerhalb des allgemeinen Vollzugsdienstes und in den einzelnen Fachdiensten. Dies gilt aber auch interdisziplinär. Es ist die Aufgabe des Anstaltsleiters und der sonstigen Führungskräfte in der Anstalt, die Zusammenarbeit durch eine entsprechende Organisation und entsprechende Methoden zu fördern und zu verbessern. Diesem Ziel dienen Konferenzen, Fort- und Weiterbildung und Supervision. Zusammenarbeit ist aber

auch nach außen geboten, also mit Behörden, mit Nicht-Regierungsorganisationen und mit Personen, welche die Eingliederung der Gefangenen fördern. Dort sind wichtige Quellen zu finden, die der Strafvollzug nutzen sollte.

Das Gefängnis darf sich nach europäischem Verständnis nicht nach außen abschotten. Es ist kein Staat im Staat. Ein deutscher Anstaltsleiter hat das Gefängnis einmal treffend mit einer Stadt verglichen. Er ist dabei der Bürgermeister und die Gefangenen die Bürger. Es ist erstaunlich, wie viele vergleichbare Institutionen und Parallelen es hier wie dort gibt. So wie man eine Stadt führen und in ihr kooperieren muss, so gilt dies auch für den Strafvollzug.

## 2.10 Leitbild des modernen Strafvollzuges

Was den modernsten Strafvollzug kennzeichnet ist in einem Leitbild für den Strafvollzug in Baden-Württemberg gut zusammengefasst. Diese Vision wurde nicht von oben vorgegeben, sondern aus der Praxis und für die Praxis erarbeitet. Das Dokument enthält wichtige Aussagen:

„Als Teil der Landesverwaltung und der Justiz erfüllen wir einen gesellschaftlichen und gesetzlichen Auftrag.“

Damit erbringen wir eine Dienstleistung für das Gemeinwohl durch Sicherung des Strafverfahrens und Schutz der Allgemeinheit durch sichere Unterbringung und Vorbereitung der Gefangenen auf ein Leben ohne Straftaten.

In Zusammenarbeit mit anderen staatlichen und nicht-staatlichen Stellen leisten wir damit einen wesentlichen Beitrag zur inneren Sicherheit.

Unser Handeln wird bestimmt durch die Menschenrechte und die Achtung der Menschenwürde aller.

### 2.10.1 Gefangenenbezogene Ziele

Wir nehmen die Gefangenen ernst, sind ehrlich und behandeln sie menschlich und gerecht; sie können sich auf uns verlassen.

Wir begegnen den Gefangenen mit der erforderlichen Nähe und der gebotenen Distanz.

Wir sind uns unserer Vorbildwirkung, unserer Stärken und Schwächen bewusst.

Wir setzen klare Regeln für ein geordnetes Zusammenleben im Vollzug und achten darauf, dass sie eingehalten werden.

Wir schützen Gefangene vor Übergriffen Mitgefangener und negativen Einflüssen; dabei nehmen wir uns besonders der physisch und psychisch schwachen und unterdrückten Gefangenen an.

Wir leisten Hilfe zur Selbsthilfe: Durch differenzierte Angebote eröffnen wir Chancen zur Verbesserung der Lebenslage und zur Veränderung der Le-

benutzungshaltungen und Einstellungen der Gefangenen, auch gegenüber deren Opfern.

#### *2.10.2 Mitarbeiterbezogene Ziele*

Wir bringen unsere persönlichen Fähigkeiten und Begabungen in unsere Arbeit ein und bleiben engagiert.

Wir nehmen Angebote zur Weiterbildung wahr und setzen neue Erkenntnisse um.

Wir brauchen Lob und Anerkennung und sind offen für Kritik und bereit zur Selbstkritik.

Wir sind bereit, Verantwortung zu übernehmen und abzugeben.

Wir führen kooperativ und arbeiten vertrauensvoll mit allen Diensten zusammen. Dabei sind wir auf umfassende gegenseitige Information angewiesen.

Wir stellen uns den gesellschaftlichen Veränderungen, indem wir unsere Organisation und unsere Maßnahmen weiterentwickeln.

#### *2.10.3 Gesellschaftsbezogene Ziele*

Wir informieren die Öffentlichkeit über unsere Arbeit und vermitteln ein realistisches Bild vom Justizvollzug.

Wir treten in der Öffentlichkeit korrekt und höflich auf.

Wir distanzieren uns von extremem Gedankengut und setzen uns dagegen zur Wehr.

Wir gehen mit den uns anvertrauten Mitteln kosten- und umweltbewusst um.

#### *2.10.4 Unsere Erwartungen:*

Respekt der Gefangenen vor uns und unserer Arbeit.

Angemessene Rahmenbedingungen für die Gefangenen und uns.

Akzeptanz der unvermeidbaren Risiken des Justizvollzuges.

Anerkennung und Unterstützung unserer Arbeit durch Politik und Gesellschaft.

### **3 译文：欧洲现代刑罚执行的发展（鲁迪格尔·武尔夫）**

#### **3.1 欧洲法律文化的基础**

用德国前总统特奥多尔·赫斯的话来说，西方法律文化建立在三座丘陵的基础之上：象征民主的希腊最高法院，代表法律的罗马元老院所在地以及耶路撒冷的各各他，它象征着爱、和解与宽恕。对于作为具有

法治国家、人道主义和刑事预防取向的这一法律文化的支柱的刑罚的宣判，执行和收监来说，这一点同样并且尤为适用。

### 3.2 刑事政策的发展

与此相应，欧洲现代刑罚执行的发展也贯穿于第二次世界大战以后某些刑事政策的发展之中，这些趋势包括：

- 废除死刑，德国早在 1949 年就已经做到了这一点。
- 引入缓刑，目前，缓刑在德国已经占到所有刑事判决的百分之十五。
- 存在假释的可能性。
- 短期徒刑退居次席，与此相联；
- 罚款取得了胜利（占德国全部判决的百分之八十）。
- 允许非正式处罚。例如中止检察院及法院的程序，代之以罚款与警告（“佯攻”）。
- 转向业余时间的处罚，特别是公益劳动，软禁和禁止驾驶。

这样一来，目前德国所有刑事判决中只有大约百分之五是不得缓刑的有期徒刑。

### 3.3 被判监禁的囚犯

这影响到囚犯的组成，被收监者带来越来越多的发展，人格和行为受阻问题，特别是非社会性问题。

此外，所有被收监者中大约有一半有吸毒问题，要么就是依赖于酒精，麻醉品或者药品。

在全球化移民时代，刑罚执行涉及来自各个国家的许多外国囚犯。在巴登-符腾堡州，囚犯中有三分之一是外国人，监狱中的犯人来自 90 个国家。

与此相反，因有组织刑事犯罪及国际恐怖主义而被监禁的犯人只占一小部分，尽管如此，这些人的影响却是不容忽视的，他们强化了亚文化行为方式，造成监狱里的暴力事件。

### 3.4 要求刑事判罚改革的力量

尽管如此，我们在过去五十年中还是取得了进步。

推动刑罚执行改革的主要原因首先是监狱本身存在的弊端，尤其是监狱人满为患，以及由此带来的监狱丑闻和种种弊端被媒体曝光。

在很多情况下，弊端是推动进一步发展以及寻找更好的解决办法的动力。

重要的推动力来自于有关执行问题的司法判决，特别是宪法法院做出的裁决。早在 1972 年，联邦宪法法院就要求依法对侵犯囚犯基本权利进行处理，德国刑罚执行法由此得以诞生，该法于 1977 年生效，实践证明这是一部非常有效的法律。

我们不应忘记那些具有长远眼光的刑事与刑罚执行方面的学者，他们在教学与出版物中敦促采取改善措施。刑事与执行领域的政治家们在政治层面上关注了这一问题，并将其转化为法律与纲领。

欧洲委员会在对各成员国做出的许多建议中决定性地致力于实行符合人的尊严的自由刑（参见哥德斯堡论坛出版社 2004 年出版的自由刑）。这些建议涉及不同的执行方式，包括拘留，短期徒刑和长期徒刑以及开放性执行，关注的是特殊的囚犯群体（危险囚犯、监狱中的外国人和年轻囚犯）。这些建议努力的方向是避免监狱超员，让犯人更容易重获自由身，改善对刑满释放犯的关怀。必须在全世界范围内保证执行核心及关键领域符合人的尊严，例如犯人的安置、饮食、着装、劳动、培训，再教育，同外部世界的接触，宗教及道德关怀及其它领域（参见根据人权思路的监狱工作人员手册，PENAL REFORM INTERNATIONAL: Making standards work. An International handbook on good prison practice: The Hague 1995; COYLE: A Human Rights Approach to Prison Management; International Centre for Prison Studies）。

### 3.5 囚犯的基本自由与人权

根据西方法律传统，人的尊严不可侵犯（参见德意志联邦共和国基本法第一条第一款）。同样，所有人都享有特定基本自由和人权这一思想也得到贯彻，即使犯下严重和极为严重罪行的人也享有这些自由与权利。对于囚犯而言，尤为重要是欧洲人权公约所确立的禁止酷刑及残忍或不人道处罚或处理的原则（欧洲人权公约第 3 条）。在此，对“不人道处理”的定义是很宽泛的，从而避免了刑罚执行中严重侵权行为的发生。如果国家出于某些特定理由想干预基本自由与人权，必须通过法律或援引议员们在议会中通过的正式法律。因此，刑罚执行法是欧洲现代刑罚执行的基础与成就。

### 3.6 囚犯的法律保护

另外一项成就是对于下述一点的认识，即犯人不仅享有基本权利与人权，而且也可以实现这些权利。这些法律保护的可能性是对囚犯物质



基本权利与人权的补充，由此，要么对行政行为的合目的性及合法性予以审查，要么只是对合法性进行审查（以下是来自德国法律的几个例子）。

如果犯人向监狱长就涉及他本人的事情提出申诉，由监狱长对有关决定是否合目的以及是否合法进行审查，这同样适用于犯人向监督部门报告某件事情，如果犯人向人民代表机构提出请愿，政府必须就此表态时，也同样如此。

法院审查仅限于合法性审查。根据德国法律，犯人可就近向州法院刑罚执行庭提出申请，要求法庭予以裁决。申请如被驳回，犯人可在特定条件下向州高等法院提起法律诉愿。如果该起诉也被驳回，还可以向联邦宪法法院提起宪法诉愿，但案件仅限于对是否违宪进行审查。如果穷尽了这一法律保护的可能性，犯人还可以向设在斯特拉斯堡的欧洲人权法院提起诉讼。

这些法律保护的可能性部分是并行的，部分有先后次序。哪种形式有望取得成功取决于个案，但无论如何，法律保护的可能性都并非只是停留在文字上。犯人们会使用这些可能性，有时候是加以充分使用，如果犯人占理，他会获得自己的权利。

### 3.7 刑罚执行的目标与任务

欧洲拒绝通过严厉的监禁条件对服刑犯人加以额外惩罚，或者哪怕只是保留这些条件。

刑罚执行的目标应当超出惩罚的范围，当代欧洲对刑罚执行的理解着眼于预防刑事犯罪与安全。一方面应当通过以安全的方式安置服刑犯人对公民进行保护，此外，至少具有同等重要性的是刑罚执行应当防止犯人犯下新的罪行以及再犯。为达此目的，必须对刑事犯做出处理，使其重返社会并将他们纳入到社会中去。刑罚执行也应当考虑受害人利益是一种新思想，所有这一切都对刑罚执行的组织与方法产生了影响。

### 3.8 执行的开放性

如果要问当代欧洲刑罚执行与从前的刑罚执行及其它文化圈子的刑罚执行最大的区别何在，答案就是执行的开放性。开放性的执行，执行松动以及服刑期间的限时休假都有助于拉近服刑期间与一般生活条件之间的距离，避免犯人之间的暴力，此外，这样做也避免或者减轻了服刑的有害后果，最后，这些措施帮助犯人重新回归自由生活。实践证明，执行的开放性是极为有效的。

开放执行措施的前提条件是犯人具备相应资格。如果可以十分肯定地排除逃跑及再犯的可能性，就具备了相应的前提。此外，犯人应当通过自己的行为证明他对实现执行目标是予以配合的。在欧洲，对上述问题存有争议，即如果犯人具备相关前提条件，但犯罪情况特别严重，在这种情况下是否应当在服刑早期阶段不考虑开放性执行，执行松动及服刑期间的限时休假。

属于开放性服刑的首先是将犯人安置在开放性的监狱中，即那些没有或只有防范不那么严格的防止逃逸的安全设施的监狱，犯人在这种监狱里面享有更多的行动与塑造可能性。他们可以在这种开放性的监狱中共同生活，证明自己具备松动刑罚执行的条件（参见下文）。此外，开放性监禁花钱少，因为不必加装昂贵的安全设施，并且也不需要那么多人手。在巴登-符腾堡州，大约百分之二十的刑事犯在开放性的监狱中服刑。

执行松动是指在监狱工作人员监督下的执行及没有监督的外出。当代欧洲刑罚执行的一个重要元素就是犯人在监狱之外的工作，在那里，他们可以参加真正的劳动生活。外出有两种形式，犯人 can 受监狱委托进行劳动，监狱方面获得工资，犯人则从狱方获得较少的劳动报酬（自由外出或者自由的雇佣关系）。如果犯人表现良好，可以订立自由的雇佣关系，这样，犯人就会象其它工人那样得到正常的工资，由此他就能够养家糊口，有些情况下还可以赔偿自己造成的损害。

程度最高的执行松动是服刑期间的限时休假。这种休假并非体闲性质的休假，也不是什么优待，而是让犯人重归社会的措施。除了已经提及的执行松动必须具备的前提条件，还必须注意不能让犯人休假时接触对他重归社会产生反面影响的社会环境或者人。在德国，犯人一年中的限时休假最多可达 21 天，休假时穿自己的衣服，旅费及生活费自理。

### 3.9 内部及对外合作

只有所有监狱工作人员团结合作，当代刑罚执行才能完成各种任务。这涉及到各部门之间的合作，也就是一般性狱政工作内部的合作以及各个专业部门之间的合作，但这种合作也是跨部门的。监狱长及监狱其它负责人的任务就是通过相直的组织与方法促进并改善合作，各种会议，进修与培训及检查都是为了实现这一目标。不过，对外也必须进行合作，包括同机关，非政府组织及那些能够促进犯人重归社会的

人进行合作，可以在这些地方发现刑罚执行应当加以利用的重要源泉。

按照欧洲的理解，监狱不能同外界隔离开来，监狱并非国中之国。有一位德国的监狱长曾经贴切地把监狱比作一座城市，他就是市长，而犯人们就是市民。令人惊讶的是两者之间在很多地方都存在许多相似的制度与情况，就象人们必须领导一座城市并在其中进行合作一样，这同样也适用于刑罚执行。

### 3.10 现代刑罚执行的理想

巴登-符腾堡州刑罚执行的理想很好地概括了现代刑罚执行的典型特征。这种想法并不是上面规定的，而是来自于实践并服务于实践，文件中包含着某些重要观点：“作为州务管理及司法的一部分，我们肩负的是一项社会和法律任务。”

通过确保刑事程序，我们为集体福祉做出了自己的一份贡献，通过安全安置犯人并让他们为过上一种远离刑事犯罪的生活做好准备，我们为保护公众做出了自己的一份贡献。

这样一来，通过与其它国家及非国家部门进行合作，我们为内部安全做出了重要贡献。

指导我们行动的是人权以及对所有人尊严的尊重。

#### 3.10.1 与犯人有关的目标：

我们认真对待犯人，对他们坦诚相待，用人道和公正的方式对待他们，他们可以信任我们。

我们同犯人之间既有必要的亲近，也有适度的距离。

我们意识到自己发挥的表率作用以及自己的优势与劣势。

我们为监狱中的有序生活制定了明确的规则，并且注意让犯人遵守这些规则。

我们保护犯人，使他们免遭同押犯人的侵犯及不利影响，在此，我们尤为关注那些身体上和心理上处于弱势和被压迫的犯人。

我们提供旨在实现自救的帮助，我们通过有区别的措施让犯人能够改善其生活状况，改变他们的生活习惯与观点，也包括对受害人的看法。

#### 3.10.2 与工作人员相关的目标：

我们将个人能力与聪明才智带到自己的工作中来，对工作充满热情。

我们利用进修机会，将新的认识付诸实践。

我们需要赞扬与承认，乐于接受批评，愿意自我批评。

我们愿意承担和转让责任。

我们实行合作式领导，以充满信任的方式同所有部门进行合作，依靠广泛的信息互通。

我们直面社会变化。不断发展我们的组织，不断完善我们的措施。

### 3.10.3 社会方面的目标:

我们将自己的工作介绍给公众，告诉人们司法执行的真实情况。

我们在公众面前的行为得体而有礼。

我们同极端思想保持距离并反对这种思想。

在使用交付给我们的资金时，我们有成本意识和环境意识。

### 3.10.4 我们的期望:

让犯人对我们及我们所做的工作表示尊重。

对犯人及我们自己的适当的框架条件。

承认司法执行不可避免的风险。

让政界及社会承认并支持我们的工作。

## 4 Vokabeln

der	Strafvollzug	刑罚执行
	der griechische Areopag	希腊最高法院
	das römische Kapital	罗马元老院
der	Golgatha	各各他
die	Verhängung	宣判
	Vollzug von Freiheitsstrafe	收监
die	Bewährung	缓刑
	bedingte Entlassung	假释
die	Auflage, -n	罚款
	gemeinnützig	公益的
der	Hausarrest	软禁
die	Dissozialität	非社会性
die	Rechtssprechung	司法判决
	das deutsche Strafvollzugsgesetz	《德国刑罚执行法》
der	Freiheitsentzug	自由刑

die	Untersuchungsschaft	拘留
die	Folter, -n	酷刑, 刑讯
die	Zweckmäßigkeit	合目的性
die	Rechtmäßigkeit	合法性
die	Strafvollstreckungskammer, -n	刑罚执行庭
die	Rechtsbeschwerde, -n	法律诉愿
die	Vollzugslockerung	执行松动

**5 Text 2 zum Dolmetschen: Der jugendliche Straftäter im Strafvollzug ( Rüdiger Wulf, Expertengespräch „Modernisierung des Strafvollzugs“, der Konrad-Adenauer-Stiftung am 5. und 6. Juli 2005 in Beijing/China)**

5.1 Die Zielgruppe definieren

Die Jugend ist das Kapital und die Zukunft jeder Gesellschaft. Jugendliche brauchen Chancen. Das gilt auch für jugendliche Straftäter. Sie sind Teil der Gesellschaft und dürfen nicht ausgegrenzt werden. Daher sollte der Jugendstrafvollzug als Teil der Jugendhilfe verstanden und gefördert werden.

In jedem Land gibt es aber eine kleine Gruppe von Kindern, Jugendlichen und Heranwachsenden, die einen Großteil der von dieser Altersgruppe verübten Straftaten begehen. Etwa drei bis fünf Prozent der Altersgruppe sind für etwa 30 bis 40 Prozent der Jugendkriminalität verantwortlich, insbesondere der schweren Straftaten. Diese jungen Mehrfach- und Intensivtäter sind meist männlich. Sie begehen immer wieder Straftaten aufgrund von Persönlichkeits-, Entwicklungs- und/oder Verhaltensstörungen. Bei ihnen reichen ambulante Maßnahmen und leichtere Sanktionen nicht aus, um sie zu einem Leben ohne Straftaten zu erziehen. Es sind also Straffällige, bei denen die Straftaten nicht im Rahmen der Persönlichkeitsentwicklung begangen werden, sondern Teil einer Entwicklung zur Kriminalität darstellen. Bei ihnen sind die Straftaten nicht „Episode“, sondern „Symptom“ für eine beginnende kriminelle Karriere. Kriminologische Untersuchungen in Deutschland und in China führen zu vergleichbaren Ergebnissen.

Bei dieser Gruppe hilft nur eine gute Diagnose und Prognose, frühzeitige Intervention und intensive spezialpräventive Maßnahmen, also auch stationäre Formen von Erziehung und Therapie. Man darf bei dieser Tätergruppe nicht wegschauen. Man kann auch nicht darauf vertrauen, dass sie älter und reifer werden.

## 5.2 Gesetzliche Voraussetzungen beachten

Eine zentrale Frage beim Umgang mit der schweren Jugendkriminalität betrifft die Voraussetzungen der Jugendstrafe. In Deutschland wird Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen oder wegen Schwere der Schuld verhängt (§ 17 Abs. 2 Jugendgerichtsgesetz). Der Begriff „schädliche Neigungen“ ist veraltet, stigmatisierend, unwissenschaftlich und inhaltsleer. Er sollte ersetzt werden. Es wird empfohlen, § 17 Abs. 2 wie folgt zu fassen: „Der Richter verhängt Jugendstrafe, wenn wegen Schwere der Schuld oder wegen Persönlichkeits-, Entwicklungs- oder Verhaltensstörungen des Jugendlichen, die in der Tat hervorgetreten sind, Erziehungsmaßnahmen oder Zuchtmittel zur Erziehung nicht ausreichen.“

Der hier verwendete Begriff „Störung“ entspricht einem international anerkannten Sprachgebrauch in der International Classification of Diseases - ICD-10 (z.B. F.91: „Störungen des Sozialverhaltens“). Der Begriff „Störung“ ist nicht stigmatisierend und etikettierend. Er deutet eine Abweichung von der „normalen“ Persönlichkeit, von der „normalen“ Entwicklung oder vom Sozialverhalten Jugendlicher aus der Durchschnittsbevölkerung an. Entscheidend ist, ob die Störung in der Tat hervorgetreten ist, damit das Jugendstrafrecht den Tatbezug behält. Die Begriffe empfehlen sich mit Blick auf Erziehung und Therapie. Im Jugendstrafvollzug bzw. in der Bewährungszeit sind diese Persönlichkeits-, Entwicklungs- und Verhaltensstörungen aufzuarbeiten.

Festhalten sollte man an der Möglichkeit, Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld zu verhängen. Im Bereich der schwersten Kriminalität reichen ambulante Sanktionen nicht aus. Hier ist es Aufgabe, dass der Jugendliche sich zur Tat zu bekennt, Verantwortung für sein Fehlverhalten übernimmt, Ausgleich zwischen Täter und Opfer versucht und sich aus dieser Verantwortung heraus entschließt, künftig keine Straftaten zu begehen.

## 5.3 Rechtsgrundlagen schaffen

In Deutschland fehlt ein Jugendstrafvollzugsgesetz. Das behindert die Fortentwicklung des Jugendstrafvollzuges. Derzeit sind wenige Bestimmungen im Jugendgerichtsgesetz (§§ 91 f., 114 f.) die einzigen gesetzlichen Grundlagen für den Jugendstrafvollzug. Ob diese Regelungen unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ausreichen, ist umstritten. Eingriffe in die Grund- und Menschenrechte müssen in Deutschland in einem förmlichen Gesetz enthalten sein und von den Abgeordneten des Volks beschlossen werden. Jedenfalls sollte der Gesetzgeber nicht erst auf eine konkrete Aufforderung des Bundesverfassungsgerichts warten, um den Jugendstrafvollzug in einem eigenen Gesetz zu regeln. Der Jugendstrafvollzug war in Deutschland immer Pionier und Motor der Vollzugsreform. Das hat nachgelassen. Ein Jugendstrafvollzugsgesetz kann dazu wieder beitragen. Außerdem können in einem solchen Gesetz die Regeln

der Vereinten Nationen zum Schutz von Jugendlichen unter Freiheitsentzug, die Empfehlungen des Europarates zum Freiheitsentzug bei jungen Straftätern und die nationalen Verwaltungsvorschriften zum Jugendstrafvollzug verankert und umgesetzt werden.

#### 5.4 Aufgabe und Ziel bestimmen

Im 21. Jahrhundert kann das Ziel der Jugendstrafe nicht in der Strafe liegen. Die Kriminalpolitik sollte Kriminalprävention bezwecken und damit den Schutz der Allgemeinheit vor Straftaten junger Menschen in den Mittelpunkt stellen. Das entspricht einer Empfehlung des Europarates über neue Wege im Umgang mit Jugenddelinquenz. Hauptziele sind danach:

- Tatbegehung und Rückfall verhüten,
- Straftäter (re)sozialisieren und (wieder)eingliedern,
- Sich um die Bedürfnisse und Interessen der Opfer kümmern.

(vgl. auch die Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Jugendgerichtsbarkeit - Beijing-Grundsätze -).

Die gesamtgesellschaftlich zu definierenden Aufgaben des Jugendstrafvollzuges sind von dem im Einzelfall zu erreichenden Vollzugsziel zu trennen. Im deutschen Strafvollzugsgesetz sind diese Begriffe für den Erwachsenenvollzug nicht sorgfältig voneinander abgesetzt, was immer wieder zu einem Spannungsverhältnis von Schutz der Allgemeinheit und Resozialisierung führt. Daher sollte die Aufgaben des Jugendstrafvollzuges in einer eigenen Norm definiert werden: „Der Jugendstrafvollzug dient dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten junger Straffälliger.“ In einer anderen Norm sollte das Ziel des Jugendstrafvollzuges beschreiben werden: „Im Vollzug der Jugendstrafe soll der junge Gefangene dazu erzogen werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen.“

#### 5.5 Jugendstrafvollzug gestalten

In Deutschland hat man gute Erfahrungen damit gemacht, Normalität im Gefängnis herzustellen und die Lebensverhältnisse denen in Freiheit anzugleichen. Ein Bündel von Maßnahmen kann dazu beitragen.

Eines der größten Probleme des derzeitigen Jugendstrafvollzuges liegt in subkulturellen Strukturen und Verhaltensweisen unter den jungen Gefangenen. Das ist in allen Jugendstrafanstalten der Welt festzustellen. So bemerkte ein erfahrener Anstaltsleiter einmal: „Im Jugendstrafvollzug kann in der Freizeit, nachts und an Wochenenden alles zerstört werden, was man tagsüber mühevoll aufbaut.“ Daher liegt eine vordringliche Aufgabe darin, die Subkultur des Ju-

gendstrafvollzuges zu kontrollieren. Dies gelingt am besten in kleinen und überschaubaren Einrichtungen und in der gesteuerten Übertragung von Verantwortung auf die jungen Gefangenen. Ohnehin überschätzen Erwachsene ihren erzieherischen Einfluss auf junge Menschen; dies gilt für Eltern gleichermaßen wie für „Fachleute“. Der Gedanke des Lernens von und mit Gleichaltrigen sollte daher stärker berücksichtigt werden. Der Jugendstrafvollzug im Bundesland Baden-Württemberg bemüht sich darum nach Kräften. So sollen schädliche Folgen des Freiheitsentzuges vermieden werden.

Bereits beim Ziel des Jugendstrafvollzuges wurde die Erziehung hervorgehoben. In Deutschland wird nun diskutiert, ob man „Erziehung“ durch „Förderung“ ersetzen sollte. Dem kann nicht zugestimmt werden. Junge Menschen brauchen Erziehung; sie erschöpft sich oft nicht in Förderung. Jungen Straftätern müssen auch Grenzen gezeigt werden und zur Verantwortung erzogen werden.

Dazu gehört auch, dass der junge Straftäter Opferinteressen erkennt und berücksichtigt. Er darf sich nicht nur allein sehen. Er hat Verantwortung für das, was er dem Opfer angetan hat. Er muss dafür Verantwortung übernehmen und einen Ausgleich zwischen Täter und Opfer versuchen. Vor allem muss er aus der Verantwortung für das Fehlverhalten den Entschluss ableiten, künftige keine Straftaten mehr zu begehen. Es ist nicht einfach, den Grundsatz einer opferbezogenen Vollzugsgestaltung zu verwirklichen. Man muss es aber versuchen.

## 5.6 Im Jugendstrafvollzug differenzieren

Im deutschen Jugendstrafvollzug findet man derzeit junge Gefangene zwischen 14 und 24 Jahren. Sie trennen (Lebens)Welten. Die Zweiteilung des Vollzuges in Jugend- und Erwachsenenvollzug ist nicht glücklich. Sachgerecht wäre ein Jugendstrafvollzug nur oder überwiegend mit Jugendlichen, ein Jungtätervollzug für die Altersgruppe von 18 bis 24 oder 27 Jahre und ein Erwachsenenvollzug für die älteren Gefangenen. In Baden-Württemberg hat man diese Dreieilung über den Vollstreckungsplan erreicht; dies hat sich sehr bewährt. Außerdem benötigt man sozialtherapeutische Abteilungen für schwer gestörte Gefangene und spezielle Einrichtungen für drogenabhängige junge Gefangene.

Eine sinnvolle Trennung der Altersgruppen kann auch durch Differenzierung auf Anstaltsebene erfolgen. Empfehlenswert sind Jugendstrafanstalten, die nicht größer sind als 240 Plätze. Sie sollten in Abteilungen zu 60 Plätzen unterteilt werden. Diese Abteilungen sollten in Wohngruppen aufgeteilt werden. Über die Größe der Wohngruppen wird gestritten. Eine Größe von acht bis fünfzehn Plätzen dürfte sinnvoll sein. Die Wohngruppen sollten festes Personal haben. Nur wenige Jugendstrafanstalten in Deutschland erfüllen diese Vorgaben.



### 5.7 Erziehung planen

Fachleute sind sich einig, dass die Erziehung im Jugendstrafvollzug durch eine Behandlungsuntersuchung vorbereitet und geplant werden sollte. Dabei sind anerkannte psychiatrische, psychologische und kriminologische Methoden einzusetzen. Man sollte interdisziplinär vorgehen und individuell auf den Gefangenen eingehen.

Der Erziehungsplan sollte in den Akten des jungen Gefangenen schriftlich dokumentiert werden. Der Erziehungsplan muss im Verlauf der Haft fortgeschrieben werden. Der junge Gefangene sollte seinen Erziehungsplan erhalten, damit er weiß, woran er zu arbeiten hat.

### 5.8 Bildung/Training als Schwerpunkt setzen

Junge Gefangene müssen in Schule, Ausbildung und Arbeit auf das Erwerbsleben vorbereitet werden. Das ist ein zentraler Schwerpunkt der Vollzugsgestaltung überall in der Welt. Bildung ist der Schlüssel für eine gelingende Zukunft. Die Möglichkeiten der Schul- und Berufsausbildung werden in den Beijing-Rules als Ziele des Anstaltsvollzuges hervorgehoben.

Viele junge Straffällige scheitern im Alltag aber nicht an den Anforderungen im Leistungsbereich. Sie scheitern, weil ihnen soziales Wissen, soziale Einstellungen und soziale Fertigkeiten fehlen. Das kann man im sozialen Training lernen und üben. Dabei gibt es typische Lebens- und Problembereiche, auf die sich das soziale Training bezieht: Verhalten in der Schule und am Arbeitsplatz, Umgang mit Geld, Gestaltung von Beziehungen, Freizeitgestaltung, Wohnen, Umgang mit dem eigenen Körper, Vermeidung von Sucht. Das kann am besten in der Gruppe gelernt werden und muss immer wieder geübt werden.

### 5.9 Den Alltag im Vollzug gestalten

Die Gruppe ist eine Möglichkeit, soziale Kompetenzen zu erlernen und zu üben. Ein anderes Trainingsfeld ist der Alltag im Vollzug selbst. In der Jugendstrafanstalt kann man beispielsweise lernen, sich ordentlich zu kleiden, mit Geld umzugehen, in der Gemeinschaft kultiviert essen, den Tageslauf in Schlaf/Ruhe, Arbeit und Freizeit sinnvoll zu strukturieren, die Freizeit produktiv zu gestalten, im Sport den Körper zu bilden und Fairness zu üben sowie Mitverantwortung für das Leben in der Anstalt zu übernehmen. Das hilft nach der Entlassung, sich in das Leben in Freiheit zu gewöhnen.

### 5.10 Tugenden und Werte bilden

Im Jugendstrafvollzug muss nicht nur die Lebenslage der jungen Straffälligen verbessert werden. Viele müssen ihren Lebensstil ändern. Dazu müssen sie Tugenden entwickeln und Werte bilden, z.B.: Ordnung, Hygiene, Pünktlich-

keit, Höflichkeit, Verlässlichkeit, Ausdauer, Empathie, insbesondere dem Opfer gegenüber.

#### 5.11 Vollzug öffnen und Nachsorge anbieten

Wer sich in Freiheit bewähren soll, muss dazu Möglichkeiten in Freiheit haben. Die Öffnung des Jugendstrafvollzuges ist ein wichtiger Fortschritt und eine hervorragendes Mittel der Wiedereingliederung. Natürlich muss man Flucht und Rückfall hinreichend sicher ausschließen können. Unter diesen Voraussetzungen sollten alle Möglichkeiten genutzt werden, Jugendstrafgefangene ohne oder unter verminderten Sicherheitsmaßnahmen im offenen Vollzug unterzubringen. In Baden-Württemberg gehen man so weit, Jugendstrafgefangene während des laufenden Vollzuges in zwei speziellen Heimen unterzubringen und die Zeit dort auf die Strafe anzurechnen. Mit diesem Projekt gelingt es, die jüngsten Gefangenen aus der Subkultur zu lösen und sie in einem Kloster bzw. auf einem Gutshof zu erziehen. Wenn man nicht so weit gehen will, sollte man Ausgang mit oder ohne Begleitung, von Urlaub (in Deutschland bis zu 21 Tage im Jahr) und von Arbeit außerhalb unter oder ohne Aufsicht ermöglichen.

Ein weiteres Mittel zur Gestaltung eines modernen Jugendstrafvollzuges ist die Nachsorge. Die Entlassung muss bereits in der Anstalt vorbereitet werden. Es ist anzustreben, dass Übergangseinrichtungen wie Straftentlassenheime, Ausbildungsheime, Tagesausbildungsstätten und andere Einrichtungen bereitgestellt werden, die geeignet sind, die Wiedereingliederung in die Gesellschaft zu erleichtern.

Abgerundet wird ein guter Jugendstrafvollzug durch Bewährungshilfe, die den jungen Straftentlassen bereits in der Anstalt besucht und nicht erst nach der Entlassung einsetzt. Ansonsten besteht die Gefahr, dass der Betreffende in ein „Entlassungsloch“ fällt. Der baden-württembergische Jugendstrafvollzug in freien Formen verfügt über ein Integrationsmanagement, bei dem der Jugendstrafvollzug nahtlos in die Bewährungszeit übergeht. Außerdem beginnt in diesem Monat ein Nachsorgenetzwerk für junge Straftentlassene bis 27 Jahre. Jeder, der keinen staatlichen Bewährungshelfer hat, soll in diesem Programm für sechs Monate einen Sozialarbeiter, einen Studenten der Sozialarbeit oder einen ehrenamtlich Tätigen als Betreuer erhalten. Das Projekt wird von Nicht-Regierungsorganisationen durchgeführt, die eng mit dem Jugendstrafvollzug zusammenarbeiten. Dadurch wird nicht nur die Wiedereingliederung verbessert. Die Jugendstrafgefangenen können früher entlassen werden; das verkürzt Haftzeiten und erspart Haftkosten.

## 6 译文：被执行刑罚的青少年刑事犯（鲁迪格尔·武尔夫）

### 6.1 定义目标群体

青年是任何一个社会的资本与未来。青年人需要机会，对于青少年刑事犯来说也同样如此，他们是社会的一部分，不应当将他们排除在外。因此，应当将对青少年的刑罚执行理解为对青年人提供帮助的一部分并加以促进。

然而，在每一个国家都有那么一小部分少年，青年和正在成长中的成年人，这个年龄段的大部分刑事罪行都是他们犯下的。这个年龄段中大约百分之三至百分之五的人犯下了青少年刑事案件特别是严重刑事罪行的大约百分之三十至四十。青少年中的惯犯与累犯大多教是男性，由于人格，发展和行为受阻，他们一再犯下刑事罪。对于这些人来说，类似门诊的措施和较轻的处罚不足以教育他们过上一种远离刑事犯罪的生活。也就是说，这些刑事犯罪人并非在人格发展的框架内犯下了罪行，相反，这些罪行是他们向刑事犯罪方向发展的一个部分。对于这些人来说，刑事犯罪不是“插曲”，而是开始走向刑事犯罪生涯的“表症”。中德两国所做的刑事犯罪学调查研究得出了相似的结论。

对于这些人来说，唯一能够奏效的就是进行好的诊断与预后。及早干预与特殊的强化预防措施，也包括住院形式的教育与治疗。我们不能对这一犯罪群体视而不见，也不能指望他们会随着年龄的增长而变得成熟。

### 6.2 尊重法律前提

处理青少年严重刑事犯罪的一个核心问题就是对青少年处以刑罚的前提。在德国，如果存在有害倾向或者犯罪情节严重，会对青少年课以刑罚(青少年法院法第 17 条第 2 款)。“有害倾向”这一概念已经过时，带有侮辱性，不够科学而且内容空洞。建议将第 17 条第 2 款做如下表述：“如果犯罪情节严重，或者犯罪青少年在人格，发展或者行为方面受阻导致教育训诫措施或管教手段不足以对他们进行教育，法官将对青少年刑事罪行加以判罚”。

这里使用的“受阻”概念符合国际疾病分类上得到国际承认的语言习惯-ICD10（例如，F91：“社会行为受阻”）。“受阻”这一概念没有侮辱性，也没有贴上标签，说明的只是对普通青少年“正常”人格、“正常”发展或者正常社会行为的一种偏离。关键在于行为中是否表现出受阻并因而适用青少年刑法。考虑到教育与治疗，建议采纳

这些概念，青少年刑罚执行及缓刑期间应对这些人格，发展和行为受阻的情况进行处理。

应当保留在犯罪情节严重时对青少年处以刑罚的可能性，如果涉及严重刑事犯罪，简单的惩罚是不够的。这里我们要做的工作就是让青少年承认自己的行为，为自己的过失行为承担责任，在犯罪人与受害人之间达成和解，并且通过承担这样的责任做出今后不再进行刑事犯罪的决定。

### 6.3 创立法律基础

德国没有青少年刑罚执行法，这妨碍了青少年刑罚执行的进一步发展。目前，青少年法院法中的少数几项规定(第 91 条及下，第 114 条及下)是青少年刑罚执行仅有的法律依据。这些规定从宪法角度看是否够用是存有争议的，在德国，对于基本权利与人权的干预必须包括在正式法律中并经由人民选举出来的议员做出决定。不管怎么说，立法者都不应等到联邦宪法法院提出具体要求时才在专门法律中对青少年刑罚执行做出调节。在德国，青少年刑罚执行以前一直是执法改革的先驱与发动机，现在则落后了，制定一部青少年刑罚执行法可以再次对此予以推动。此外，还可以将联合国有关保护被判处自由刑的青少年的规定，欧洲委员会对剥夺青少年刑事犯的建议以及德国有关青少年刑罚执行的行政规定在这部法律中予以确认并加以转化。

### 6.4 确定任务与目标

在二十一世纪，对青少年进行处罚的目标不应当是惩罚。刑事政策的目标应当是预防刑事犯罪，将保护公众免受年轻人刑事犯罪的影响作为重点。这符合欧洲法院有关处理青少年违法者新做法的建议，这种建议的主要目标是：

- 预防犯罪与再犯，
- 对刑事犯进行(重新)社会化，将其(重新)纳入社会，
- 关注受害人的需要与利益。

(也可参见联合国青少年司法的最低原则-北京原则)。

应当将必须从全社会角度加以定义的青少年刑罚执行的任务与在个案中应当达到的执行目标区分开来。在对成年人的执行中，德国的刑罚执行法没有将这些概念仔细区分开来，这导致经常出现保护公众与让犯人重归社会之间出现紧张关系。因此，应当用自己的规范文件对青少年刑罚执行的任务加以定义：“青少年刑罚执行旨在保护公众免受青少年犯再次违法犯罪的影响”。此外，还应在另外的规范文件中

阐述青少年刑罚执行的目标：“青少年刑罚执行的目的是教育年轻囚犯将来过一种承担起社会责任的远离刑事犯罪的生活。”

### 6.5 塑造青少年刑罚执行

在监狱中实现正常状态，让犯人的生活条件同生活在自由中的人们的生活条件趋同，这方面德国取得了很好的经验，很多措施有助于做到这一点。

目前青少年刑罚执行中最大的问题之一就是年轻犯人中的亚文化结构与行为方式，在世界所有青少年监狱中都存在这种情况。有位经验丰富的监狱长曾经说过这样一句话：“在青少年监狱中，白天辛苦做成的一切都可能是在业余时间，夜里和周末被破坏殆尽”，因此，当务之急在于对青少年监狱中的亚文化进行监督。做到这一点的最好办法就是监狱要建得小一些，让人可以一目了然，以及用可以控制的方式把责任转交给年轻犯人。不管怎么说，成年人都高估了自己对年轻人在教育方面的影响，不仅家长如此，“专家”也同样如此，因此，应当更加重视让同龄人互相学习和一起学习思想，巴登-符腾堡州为此全力以赴，旨在避免判处自由刑带来的有害后果。

早在阐述青少年刑罚执行的目标时就强调了教育的作用，现在，德国正在讨论是否应当用“促进”来代替“教育”这个词。对此，我不敢苟同，年轻人需要教育，很多时候促进无法完全发挥教育的功能，我们同样也得告诉轻罪犯界限在哪里，教育他们承担责任。

此外，也必须让年轻犯人认识并考虑受害人的关切，他不能够只看到自己，他必须对自己给受害人造成的伤害负责，他必须为此承担责任并努力在作案人与受害人之间达成和解。最重要的是他必须通过从为错误行为承担责任中下定以后不再犯罪的决心。设计执行时将受害人考虑在内，这一原则不容易做到，但我们必须做出努力。

### 6.6 对青少年刑罚执行加以细分

目前，德国被判刑的年轻犯人中有些是 14 岁到 24 岁的青年，他们的（生活）世界截然不同。将执行一分为二，一部分是青少年执行，一部分是成年人执行，这样做不好。在监狱中完全将青少年或者主要将青少年关押在一起更为符合实际情况，将 18 岁到 24 岁或者 27 岁的青少年犯关在一起，将年纪大一些的成年人关在一起。在巴登-符腾堡州，我们通过执行计划做到了这种一分为三，实践证明其效果非常好。此外，还应当为严重受阻的犯人设立社会治疗部门，以及为吸毒的年轻犯人设立特别监所。

也可以通过监狱层面上的细分将各个年龄组别有针对性地分开关押。建议设立最多容纳 240 名犯人的青少年监狱，分成不超过 60 人的监区，这些监区再分成不同的居住组，对这些小组的规模存在争议，在 8 到 15 人之间应当是比较合适的，这些居住小组的人员组成应当是固定的，德国能够达到上述指标的青少年监狱数目很少。

### 6.7 对教育进行规划

专家们一致认为应当通过调查研究对青少年监狱中的教育进行准备和规划。应当采取精神病学，心理学及刑侦学方法加以综合处理，因人而异地接触犯人。

教育计划应当记载在青少年犯人的档案中。在整个监禁期间，必须不断对教育计划加以调整，应当让年轻犯人知道自己的教育计划，这样他才能知道自己需要怎么做。

### 6.8 重点是教育和培训

必须让年轻犯人在学校中，培训部门中以及通过劳动为其职业生涯做好准备。对于全世界的执行设计来说，这都是居于中心地位的重点，教育是未来取得成功的关键，北京原则强调了学校教育和职业培训的可能性，视其为监狱执行的目标。

然而，许多年轻违法者在生活中受挫的原因并非是达不到成功方面的要求，他们之所以失败是因为缺少社会知识，社会观点和社会能力，通过社会培训，他们就能够学习到这些东西并且加以运用。社会培训针对具有代表性的生活及问题领域：在学校里和工作单位中的行为举止，接触金钱，建立关系，对业余时间做出安排，居住，接触自己的身体以及避免瘾癖。在小组中最能学习到这些，而且必须不断实践。

### 6.9 设计监狱中的日常生活

小组提供了掌握并实践社会能力的可能性，另外一个培训领域就是监狱中的日常生活本身。例如，犯人可以在青少年监狱中学会穿戴得体，接触金钱，在集体中文明用餐，合理安排一天中的睡眠、休息、工作与休闲时间，安排有益的业余生活，参加体育活动锻炼身体，行事公平以及为监狱中的生活承担自己的那部分责任，这有助于刑满释放后适应自由生活。

### 6.10 培养德性与价值观

不能只改善青少年监狱中年轻犯人的生活状况，对于许多犯人来说，他们必须改变自己的生活方式。因此，就必须培养德性，建立价值观，例如，秩序、卫生、守时、礼貌、可靠、毅力和感情培养，特别是培养对受害人的感情。

### 6.11 开放执行和关爱刑满释放人员

如果应当在自由中证明自己，就必须获得自由中的可能性。对于重新回归社会来说，青少年刑罚执行的开放是一个重要的进步和很好的手段，当然，必须做到以足够可靠的方式排除逃跑与重犯的发生。在具备相应前提条件的情况下，应当利用一切可能性，将青少年犯人安置在不采取安全措施或者仅采取较少安全措施的开放性的监狱中。巴登-符腾堡州在这方面走得很远，我们在服刑期间将年轻犯人安置在两个专门的地方，他们在那里度过的时间可以折算成刑期。通过这一项目，我们成功地将年纪最小的犯人从亚文化中解脱出来，在修道院和农庄对他们进行教育。如果不想走得如此远，也应当允许在有人陪伴或者无人陪伴的情况下外出，在有监控或无监控的情况下在监狱以外的地方休假（在德国，每年最长可以休假 21 天）和工作。

塑造现代青少年刑罚执行的另外一种手段是对刑满释放人员的关爱。在监狱中就应当为刑满释放予做准备，应当努力提供过渡性机构供其使用，例如刑满释放人员之家、培训之家、日间培训机构以及其它有助于帮助他们重新回归社会的机构。

最后，成功的青少年刑罚执行还应当包括在监狱中就对年轻的刑满释放人员提供释放前的帮助，而不是等到刑满释放后才这样做，若不如是，这些人就会有陷入“释放漏洞”的危险。在巴登-符腾堡州，开放形式的青少年刑罚执行实施一条龙式的管理，通过这种管理，青少年刑罚执行同释放后的时间紧密地衔接在一起。此外，本月开始启动了一个面向 27 岁以下的年轻刑满释放人员的送温暖网络。任何一个没有国家指定的刑满释放后服务人员的人都会在这个项目中分配到一名社会救济机构工作人员，一名从事社会公益工作的大学生或者一名兼职人员，对他们进行为期 6 个月的照顾。执行该项目的是同青少年刑罚执行部门进行密切合作的非政府组织，通过这种形式，不但可以让他们更好地重归社会，而且还可以提前释放青少年刑事犯，从而缩短了监禁时间并且节省了监禁费用。

**7 Vokabeln**

der	Mehrfachtäter, -	惯犯
der	Intensivtäter, -	累犯
das	Jugendstrafrecht	青少年刑法
das	Jugendstrafvollzugsgesetz	青少年刑罚执行法
das	Jugendgerichtsgesetz	青少年法院法



# Lektion 14 Gesetzesfolgenabschätzung

## 1 Einführender Text: Moderner Staat, moderne Verwaltung - Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung (Prof. Dr. Carl Böhret, Dr. Götz Konzendorf unter Mitarbeit von Jürgen Intveen)

### 1.1 Einleitung: Warum Gesetzesfolgenabschätzung?

Die Gesetzesfolgenabschätzung (GFA) ist ein wichtiger Beitrag zur Reform der Staatstätigkeit und zur Verwaltungsmodernisierung. Als Verfahren zur Rechtsoptimierung trägt sie zur Verminderung der Regelungsmenge, zum sparsamen Umgang mit knappen Ressourcen und zur Vermeidung von Akzeptanzverlusten bei. Sie soll prinzipiell weniger, dafür bessere, schlankere und leichter verstehbare Regelungen ermöglichen und damit auch deren Befolgbarkeit und Vollziehbarkeit fördern.

Gesetzesfolgenabschätzung soll helfen, die wahrscheinlichen Folgen und Nebenwirkungen rechtsförmiger Regelungsvorhaben zu ermitteln und zu beurteilen. Geltende Rechtsvorschriften können auf ihre Bewährung hin geprüft werden. Sie soll insbesondere bei Rechtsvorschriften mit beträchtlicher Wirkungsbreite und erheblichen Folgen angewendet werden. Sie muss Zukunftsperspektiven und Entwicklungen (Gesellschaft, Umwelt; Europäisierung, Globalisierung) berücksichtigen und in die Folgenabschätzung einbeziehen. Das unterscheidet den heutigen - umfassenderen - Anspruch von den Gesetzestests und Prüflisten der 80er und 90er Jahre.

Die Gesetzesfolgenabschätzung soll den politisch-administrativen Prozess der Gesetzgebung unterstützen und zu seiner Rationalisierung beitragen. Sie ersetzt nicht die politische Entscheidungs- und Handlungsverantwortung. Es gibt unterschiedliche Möglichkeiten, sie in das Regierungssystem zu integrieren; so z.B. als Anweisungen in den Geschäftsordnungen politisch-administrativer Instanzen oder in Form von Normprüfstellen neuen Typs.

Dieser Leitfaden ermöglicht einen raschen Einstieg in die GFA. Er bietet einen Überblick über die Möglichkeiten und Vorgehensweisen der GFA. Er soll die Entscheidung erleichtern, ob eine GFA erwogen werden kann, ob sie vollständig vorgenommen oder ob sie auf ausgewählte Verfahren beschränkt werden soll. Für die Konzeption, Durchführung und Auswertung einer GFA steht ein ausführliches Handbuch zur Verfügung, das viele praxiserprobte Beispiele enthält.

Der vorliegende Leitfaden und das Handbuch zur Gesetzesfolgenabschätzung wurden erstellt am Lehrstuhl für Politikwissenschaft der Deutschen

Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer im Auftrag des Bundesministeriums des Innern und des Innenministeriums Baden-Württemberg.

Für Anregungen bei der Entwicklung und Erprobung der Methodik der Gesetzesfolgenabschätzung sowie für die Erstellung von Leitfaden und Handbuch danken wir allen in- und ausländischen Beratern und Kommentatoren.

Speyer, im Juni 2000

Carl Böhret/Götz Konzendorf

## 1.2 Gesetzesfolgenabschätzung: Grundlagen

### 1.2.1 Was ist GFA?

Gesetzesfolgenabschätzung ist ein Verfahren zur Erkundung und vergleichenden Bewertung von Folgen beabsichtigter bzw. in Kraft getretener Rechtsvorschriften. Sie dient

- der expertengestützten Entwicklung von Regelungsalternativen und deren vergleichender Folgebeurteilung,
- der Überprüfung von Entwürfen nach bestimmten Kriterien wie Kosten/Wirksamkeit, Verständlichkeit,
- der laufenden oder zeitpunktbezogenen Evaluierung der tatsächlich eingetretenen Wirkungen in Kraft gesetzter Rechtsvorschriften (Bewährungsprüfung).

### 1.2.2 Wo setzt GFA an?

Aus den Anforderungen unterschiedlicher Stadien der Gesetzgebung wurden drei GFA-Bausteine (Module) abgeleitet:

- Die prospektive GFA (pGFA) als vorausschauendes Verfahren der Folgenabschätzung auf der Basis von Regelungsalternativen.
- Die begleitende GFA (bGFA) als vorausschauendes Verfahren auf der Basis eines rechtsförmigen Entwurfs.
- Die retrospektive GFA (rGFA) als rückschauendes Verfahren auf der Basis einer in Kraft getretenen Rechtsvorschrift.

Diese drei Module können als durchgängiges Verfahren oder auch einzeln verwendet werden. Die folgende Tabelle beschreibt hierzu in Kurzform wichtige Merkmale.

Tabelle: Die GFA-Module und ihre Merkmale

Modul \ Merkmal	Zeitpunkt	Zentrale Fragestellungen	Erwartbares Ergebnis
<b>pGFA</b>	Bei beabsichtigter rechtsförmiger Regelung und zur Grobprüfung der Regelungsnotwendigkeit	Welche Regelungsalternative verspricht die bestmögliche Zielerreichung? Welche Effekte sind wo für wen und wann zu erwarten?	Auswahl einer optimalen Regelungsalternative; ggf. auch Nicht-Regelung
<b>bGFA</b>	Im Entwurfstadium sowie zum Test und zur Prüfung von Entwürfen oder ausgewählter Teile	Sind die geplanten Regelungen für Normadressaten geeignet, für das Regelungsfeld treffend, sind Be- und Entlastungen optimierbar?	Bestätigung, Ergänzung, Verbesserung des Entwurfs und von Entwurfsteilen
<b>rGFA</b>	Einige Zeit nach Inkrafttreten einer Rechtsvorschrift, wenn Anwendungserfahrungen vorliegen	Konnten Regelungsziele erreicht werden? Ist eine Novellierung ratsam?	Grad der Bewährung (z.B. Zielerreichung, Akzeptanz); erforderliche Änderungen

### 1.2.3 Was bringen die einzelnen Module?

Die GFA stellt politisch-administrativen Entscheidungsträgern Informationen über vorhersehbare Folgen von Regelungsalternativen bereit (pGFA). Sie liefert frühzeitig Hinweise auf spätere Befolgbarkeit und Vollziehbarkeit von Rechtsvorschriften, einschließlich der zu erwartenden Be- und Entlastungen (bGFA). Bewährungsprüfungen ermitteln als nachträgliche Kontrolle den Zielerreichungsgrad und die Akzeptanz der in Kraft gesetzten Rechtsvorschriften bei den Normadressaten (rGFA).

### 1.2.4 Wie ist dieser Leitfaden im Weiteren aufgebaut?

Dieser Leitfaden skizziert grundlegende Merkmale der drei GFA-Module. Er schlägt für jedes Modul zweckmäßige Ansatzpunkte vor und gibt Hinweise für die Durchführung der GFA.

Zunächst wird jedes Modul in seiner Zielsetzung beschrieben, dann werden typische Fragestellungen angegeben, die die jeweilige Untersuchung anleiten. Anschließend wird skizziert, was mit dem jeweiligen Modul erreicht wird.

Es folgt ein Abschnitt, in dem wichtigen Aufgaben- und Fragestellungen geeignete Verfahren und Instrumente zugeordnet werden. Abschließend werden die Grundzüge des Vorgehens beschrieben und in Diagrammen dargestellt. Es lassen sich jeweils eine Konzeptions-, eine Durchführungs- und eine Auswertungsphase unterscheiden.

Die in diesem Leitfaden dargestellten Vorgehensweisen sind aus praktischen Erfahrungen gewonnen worden. Dabei zeigte sich, dass nicht alle Verfahren und Instrumente für jedes Gesetzgebungsvorhaben gleichermaßen geeignet sind. Die Auswahl der Prüfkriterien, Verfahren und Instrumente ist bei jeder GFA neu vorzunehmen und richtet sich nach den Regelungszielen, den Eigenheiten des Regelungsfeldes, der Untersuchungsabsicht und den verfügbaren Ressourcen (Zeit, Personal, Finanzen). Diese Flexibilität darf aber nicht zu einem Verzicht auf die wesentlichen Elemente verleiten. Die absichtsgetreue Konzipierung, die Stringenz bei der Durchführung und die methodische Kompetenz bei der Auswertung sind unverzichtbar, um den vollen Nutzen der GFA zu entfalten.

Fachbegriffe, Verfahren und Instrumente, die in diesem Leitfaden verwendet werden, sind im Handbuch zur GFA ausführlich erläutert.

### 1.3 Die drei Module der GFA

#### 1.3.1 *Prospektive GFA*

Die prospektive GFA dient der Entwicklung von Regelungsalternativen, deren vergleichender Folgenbeurteilung und der daraus zu ermittelnden optimalen Regelungsmöglichkeit Grundlage ist eine Regelungsintention. Die Betrachtungsweise ist vorausschauend.

#### **Sie kann eingesetzt werden, um**

- die Notwendigkeit einer rechtsformigen Regelung zu ermitteln,
- Regelungsalternativen zu entwickeln und auf ihre wahrscheinlichen Folgen (Wirkungen, Belastungen, gesellschaftliche Entwicklungen) abzuschätzen und vergleichend zu bewerten,
- die Zweckmäßigkeit der Regelungsalternative zu erfassen,
- die optimale Regelungsalternative herauszufinden.

#### **Typische Fragestellungen für die prospektive GFA:**

- Besteht in einem abgegrenzten Bereich ein Regelungsbedarf?

- Wie lässt sich das Regelungsfeld beschreiben?
- Welche alternativen Regelungsmöglichkeiten bestehen und welche - auch langfristigen - Folgen sind jeweils zu erwarten?
- Welche Regelungsalternative erweist sich als optimal?

### **Die prospektive GFA**

- beschreibt und bewertet erwartbare Folgen der Regelungsalternativen,
- verweist auf wahrscheinliche Be- und Entlastungen,
- begründet die optimale Zielerreichung einer Regelungsalternative, skizziert die Konturen einer rechtsförmigen Regelung.

### **Fragestellungen und Instrumente der prospektiven GFA**

Im Folgenden werden typischen Aufgaben- und Fragestellungen geeignete Verfahren und Instrumente zugeordnet.

### Typische Aufgaben- und Fragestellungen

Wenn untersucht werden soll, ob Schwierigkeiten, Hindernisse, Widerstände, Konflikte im Regelungsfeld auftreten und wodurch sie verursacht werden,

Wenn Ziele bestimmt worden sind und gefragt werden soll, wovon die Zielerreichung abhängt,

Wenn die Beziehungen von Subsystemen des Regelungsfeldes zueinander analysiert werden sollen,

In jedem Fall müssen bei einer prospektiven GFA - nach der Durchführung dieser Analysen - Regelungsalternativen entwickelt werden. Dafür

Wenn unterschiedliche Annahmen über Entwicklungen im Regelungsfeld berücksichtigt werden sollen,

Für die Ermittlung von Folgen der Regelungsalternativen - gegebenenfalls unter Berücksichtigung der Szenarien -,

### Verfahren und Instrumente

bietet sich eine Problemanalyse an. Sie geht von der Beobachtung von Konflikten, Mängeln etc. im Regelungsbereich aus und sucht nach Erklärungsfaktoren für die beschriebenen Probleme (z.B. im Regelungsbereich Wald: Widerspruch zwischen ökologischen Anforderungen einerseits und Freizeitnutzungen andererseits).

werden die Ziele mit Hilfe einer Zielanalyse präzisiert und es wird untersucht, welche Maßnahmen die definierten Ziele unterstützen könnten (z.B.: Unterstützt die Bildung von Forstzweckverbänden die effiziente, ordnungsgemäße und nachhaltige Waldwirtschaft?).

bietet sich eine Systemanalyse an. Mit diesem Instrument werden relevante Folgenfelder ermittelt und die wechselseitigen Abhängigkeiten (Interdependenzen) zwischen ihnen aufgezeigt (z.B. im Regelungsfeld Pflegeversicherung: Verhältnis der ambulanten Versorgung zur stationären Versorgung).

bietet es sich an, die fachlichen und politischen Erkenntnisse im Regelungsfeld zu nutzen und zudem grundsätzliche Steuerungsformen des Staates (z.B. zwischen marktorientierter und strikter Steuerung) zu berücksichtigen.

können Szenarien aus allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklungstrends abgeleitet werden (z.B. im Regelungsbereich Einkaufszentren: Annahmen über Veränderungen des Kaufverhaltens im Zusammenhang mit technologischen Entwicklungen).

sind externe Experten und Normadressaten einzubeziehen (Workshop, Befragungen). Bei der Folgenermittlung sind die Prüfkriterien Zielerreichung, Kosten-Effektivitäts-Verhältnis, Kompatibilität mit Entwicklungen in anderen Bereichen und Nebenfolgen zu berücksichtigen (z.B. mögliche Auswirkungen eines Anti-Graffiti-Gesetzes auf das Malerhandwerk). Dafür können verschiedene Instrumente genutzt werden, wie z.B.: Delphi-Befragung, Science Court-Verfahren, Nutzwertanalyse, Computer-Simulation, Effektivitäts-Kosten-Abschätzung.

## Grundzüge des Vorgehens

### Konzeptionsphase

Nach der grundsätzlichen Entscheidung darüber, eine prospektive GFA durchzuführen (Anstoß), ist zunächst unbedingt eine Analyse des Regelungsfeldes vorzunehmen. Hierzu bieten sich Problem-, Ziel- und Systemanalysen an. Ebenso notwendig ist es, Regelungsalternativen zu entwickeln. Dabei ist es ratsam, neben anderen Alternativen, den Status quo als Null-Alternative zu berücksichtigen. Grundsätzlich empfiehlt es sich, Szenarien des Regelungsumfeldes zu entwerfen, durch die eine gedankliche Vorwegnahme der Rahmenbedingungen erfolgt, in denen die Regelungen zukünftig wirken sollen. In Ausnahmefällen kann auf die Szenarienbildung verzichtet werden.

#### Hinweis:

Bei diesen konzeptionellen Arbeiten können Kreativitätstechniken, Literaturauswertungen, Experteninterviews und andere Hilfsinstrumente nützliche Dienste zur Beschreibung, Strukturierung und Systematisierung des jeweiligen Gegenstandes leisten.

Schließlich sollten Instrumente und Verfahren zur Folgenabschätzung wie zum Beispiel die Delphi-Methode oder die Effektivitäts-Kosten-Abschätzung ausgewählt und konzeptionell sowie organisatorisch vorbereitet werden. In jedem Fall soll ein Work-shop geplant werden, an dem Experten und Normadressaten teilnehmen.

### Durchführungsphase

In dieser Phase sollte zunächst Workshop mit Experten aus dem Regelungsfeld sowie Normadressaten durchgeführt werden. Bei der Auswahl dieses Personenkreises sind unter anderem folgende Auswahlkriterien - mit denen eine ergebnisoffene Diskussion ermöglicht werden soll - zu berücksichtigen: Die Normadressaten sollten vom Regelungsfeld direkt betroffen sein. Die Experten sollten unabhängig sein, unterschiedlichen Fachdisziplinen angehören (Interdisziplinarität) und in verschiedenen Bereichen (also Wissenschaft, Staat, Wirtschaft) und Ebenen (Planung/Koordinierung; Vollzug) tätig sein.

Der Workshop dient zum einen der Prüfung der vorher entwickelten Regelungsalternativen im Hinblick auf fachliche Richtigkeit, interne Schlüssigkeit und Vollständigkeit. Zum anderen sollen die Experten und Normadressaten die Regelungsalternativen - gegebenenfalls vor dem Hintergrund der Szenarien - anhand der Prüfkriterien auf zu erwartende Folgen erörtern und beurteilen. Die Ergebnisse sind zu dokumentieren. Bei der Durchführung des Workshops sind ausgewählte - vor allem qualitative - Instrumente zur Folgenabschätzung einzusetzen.

Des Weiteren ist die Anwendung von quantitativen Instrumenten (z.B. Delphi-Befragung) zur empirischen Ermittlung von Folgen der Regelungsalternativen - gegebenenfalls vor dem Hintergrund der Szenarien - nützlich. Hierbei können auch weitere Experten und Normadressaten einbezogen werden.

Darüber hinaus sollen die Ergebnisse der qualitativen und quantitativen Erhebungen systematisch in folgenorientierte Systemanalysen einfließen. Diese können auch als Computer-Simulationen mit Hilfe der Informations- und Kommunikationstechnologie erstellt werden.

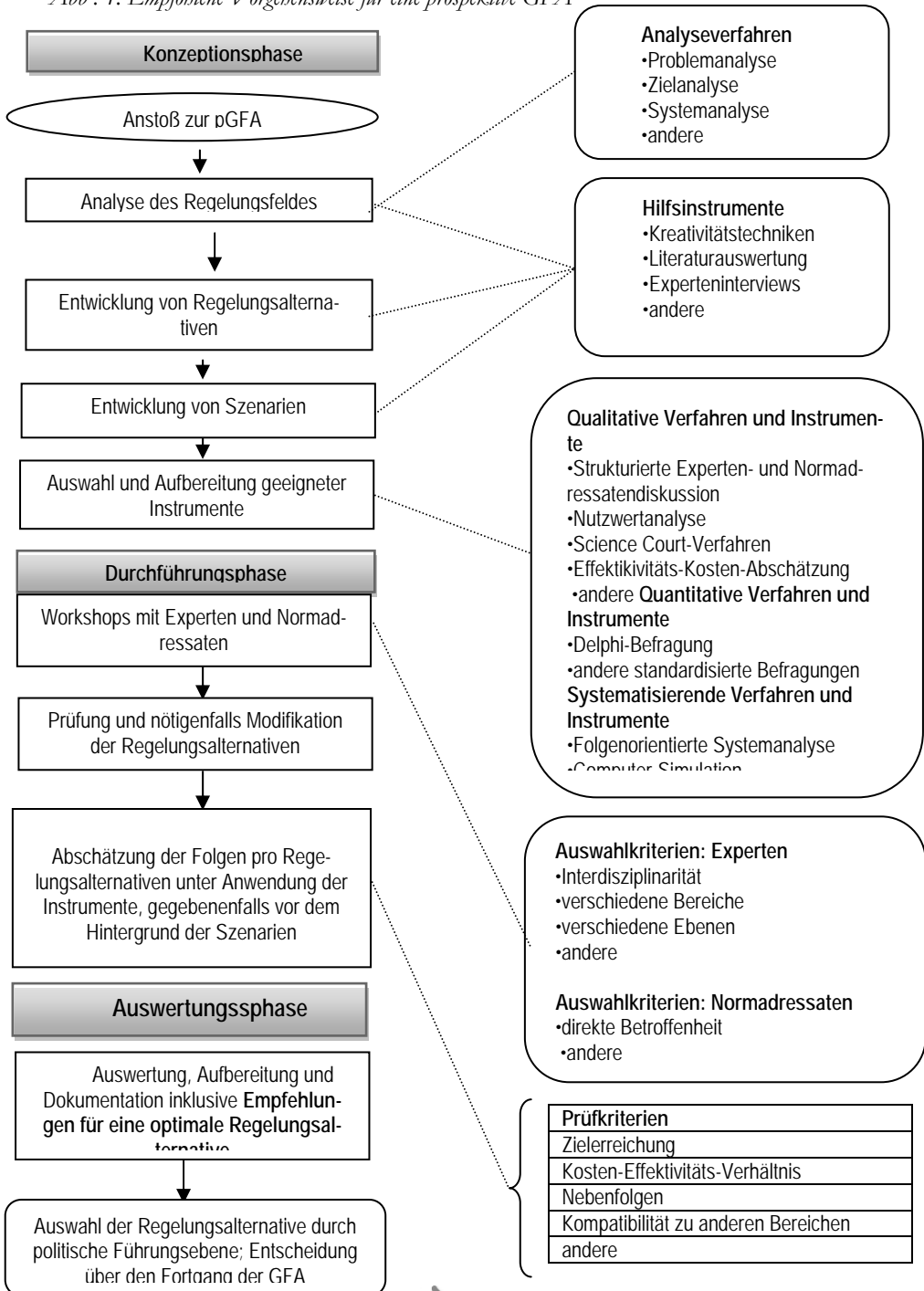
### **Auswertungsphase**

An die Durchführungsphase der prospektiven GFA schließen sich die systematische Auswertung, Aufbereitung und Dokumentation der Vorgehensweise und der Abschätzungsergebnisse an. Dabei sollen auch Empfehlungen für optimale Regelungsalternativen gegeben werden. Die Auswahl der Regelungsalternative, die rechtsförmig umgesetzt werden soll, erfolgt durch die politische Entscheidungsebene auf der Basis der Ergebnisse der prospektiven GFA.

In Abb. 1 ist die gebräuchliche Vorgehensweise dargestellt.



Abb. 1: Empfohlene Vorgehensweise für eine prospektive GFA



### 1.3.2 *Begleitende GFA*

Die begleitende GFA dient der Prüfung und dem Test von rechts förmigen Entwürfen oder Entwurfsteilen. Grundlage ist ein Regelungsentwurf. Die Betrachtungsweise ist vorausschauend.

#### **Sie kann eingesetzt werden, um**

- einen rechtsförmigen Entwurf nach Prüfkriterien (z.B. Praktikabilität, Kostenfolgen) zu analysieren,
- einen rechtsförmigen Entwurf oder Teile davon realitätsnah zu testen,
- Unsicherheiten über Nebenwirkungen zu verringern,
- einen rechtsförmigen Entwurf zu optimieren.

#### **Typische Fragestellungen für die begleitende GFA:**

- Sind die geplanten Regelungen befolgbar und akzeptabel?
- Sind die geplanten Regelungen vollziehbar und effizienzfördernd?
- Stehen Belastungen und Entlastungen (Kosten/Mutzen; Verteilungsoptimalität) insgesamt in einem angemessenen Verhältnis?

#### **Die begleitende GFA**

- weist nach, inwieweit die konzipierten Vorschriften befolgbar, vollziehbar, effizienzfördernd, kostengünstig und verteilungsoptimal sind,
- hilft dabei, unnötige Regelungen zu beseitigen und Vereinfachungsmöglichkeiten auszuschöpfen,
- macht Lücken und Mängel kenntlich und schafft Korrekturmöglichkeiten, deckt Widersprüche, Unverständlichkeiten und ungewollte Folgen auf und empfiehlt Wege zu deren Berichtigung oder Minimierung.

#### **Fragestellungen und Instrumente der begleitenden GFA**

Im Folgenden werden typischen Aufgaben- und Fragestellungen geeignete Verfahren und Instrumente zugeordnet.

## Typische Aufgaben- und Fragestellungen

## Verfahren und Instrumente

Wenn ein Regelungsentwurf ganz oder teilweise überprüft werden soll,

sind die hierfür relevanten Prüfkriterien zu wählen (z.B. Vollzugspraktikabilität, Verteilungswirkungen, Verstehbarkeit) unter deren Berücksichtigung sodann die folgenrelevanten Regelungsteile bestimmt werden.

Wenn die Prüfkriterien und die prüfrelevanten Ausschnitte festgelegt sind,

erfolgt die Auswahl der für die Überprüfung geeigneten Testverfahren (z.B. Planspiel) und Prüfinstrumente (z.B. Kostenfolgenanalyse).

Wenn festgestellt werden soll, ob und wie sehr die geplanten Regelungen (Maßnahmen) die Ziele erreichen,

bietet sich vor allem eine Nutzwertanalyse an (z.B.: Welche Regelungen zur Einführung von Steuerplaketten für Kraftfahrzeuge erreichen die Ziele am besten?).

Wenn untersucht werden soll, ob der Normanwender die neuen Vorschriften problemlos und effizient vollziehen kann,

bietet sich ein Praxistest an (z.B.: Funktionieren Gründung und Betrieb von Fahrgemeinschaften?) oder es ist eine Personalaufwandsschätzung hilfreich (z.B.: Entsteht zusätzlicher Personalaufwand durch die Erhebung einer Fehlbelegungsabgabe im sozialen Wohnungsbau?).

Wenn geprüft werden soll, ob die Normadressaten die neuen Vorschriften problemlos und effizient befolgen können,

bieten sich hierfür Planspiel und Praxistest an (z.B.: Ist eine reibungslose Zusammenarbeit bei der Katastrophenbekämpfung gewährleistet?).

### Typische Aufgaben- und Fragestellungen

Wenn überprüft werden soll, ob durch die neuen Rechtsvorschriften institutionelle und finanzielle Be- und Überlastungen entstehen könnten,

Wenn andere Rechtsvorschriften berührt werden oder konfliktäre Wechselwirkungen zwischen Normen vermutet werden,

Wenn festgestellt werden soll, ob die Normadressaten die Vorschriftenentwürfe verstehen und deshalb befolgen oder nutzen können,

Wenn gänzlich neue Sachverhalte erstmals rechtsförmig geregelt werden sollen,

### Verfahren und Instrumente

bieten sich organisationsbezogene Prüfinstrumente an, wie das Funktionendiagramm (z.B.: Wie ist die Belastungsverteilung zwischen Organisationseinheiten bei der Erstellung von Wirtschaftsplänen?) oder die Kostenfolgenanalyse (z.B.: Wie hoch dürften die Bürokratiebelastungen kleiner Betriebe werden?) sowie die Kosten-Nutzen-Analyse (z.B.: Welche Alternative eines Hochschulförderprogramms erreicht ein Verteilungsoptimum?).

lassen sich Interdependenz- und Schnittstellenanalysen vornehmen (z.B.: Wie ist die Schnittstelle bezüglich ambulanter Dienste zwischen dem Entwurf des Pflegeversicherungsgesetzes und krankenversicherungsrechtlichen Regelungen zu beurteilen?).

bieten sich Verständlichkeits- und Konsistenzprüfungen an (z.B.: Sind die Bewertungsgrundsätze für Umweltauswirkungen im Entwurf eines Umweltverträglichkeitsprüfungsgesetzes eindeutig verstehbar?; Ist die Rechtsvorschrift schlüssig aufgebaut?).

können Akzeptanzstudien und Planspiele eingesetzt werden, um die Reaktion der Normadressaten sowie die des Regelungsfeldes insgesamt abzuschätzen.

## Grundzüge des Vorgehens

### Konzeptionsphase

Nach der grundsätzlichen Entscheidung darüber, eine begleitende GFA durchzuführen (Anstoß), sind die zweckmäßigen Prüfkriterien (z.B. Vollzugspraktikabilität; Kostenfolgen) und die zu untersuchenden Teile des rechtsförmigen Entwurfs (z.B. Abschnitt x oder §§ y, z) zu bestimmen.

Danach werden die geeigneten Testverfahren (z.B. Planspiel) und Prüfinstrumente (z.B. Kosten-Nutzen-Analyse) unter Berücksichtigung der Prüfkriterien ausgewählt (z.B. kann die Praktikabilität durch einen Praxistest überprüft werden). Schließlich werden die für die jeweilige Fragestellung ausgewählten Tests und Prüfungen konzeptionell und organisatorisch vorbereitet.

### Durchführungsphase

In dieser Phase werden die ausgewählten Tests und Prüfungen durchgeführt. Bei der Durchführung von Tests sind möglichst Normadressaten zu beteiligen. Bei der Anwendung von Prüfinstrumenten ist dies ebenfalls ratsam; es sei denn, dass bereits ausreichende Informationen zum Prüfgegenstand (z.B. Kostengrößen) verfügbar sind.

#### Hinweis:

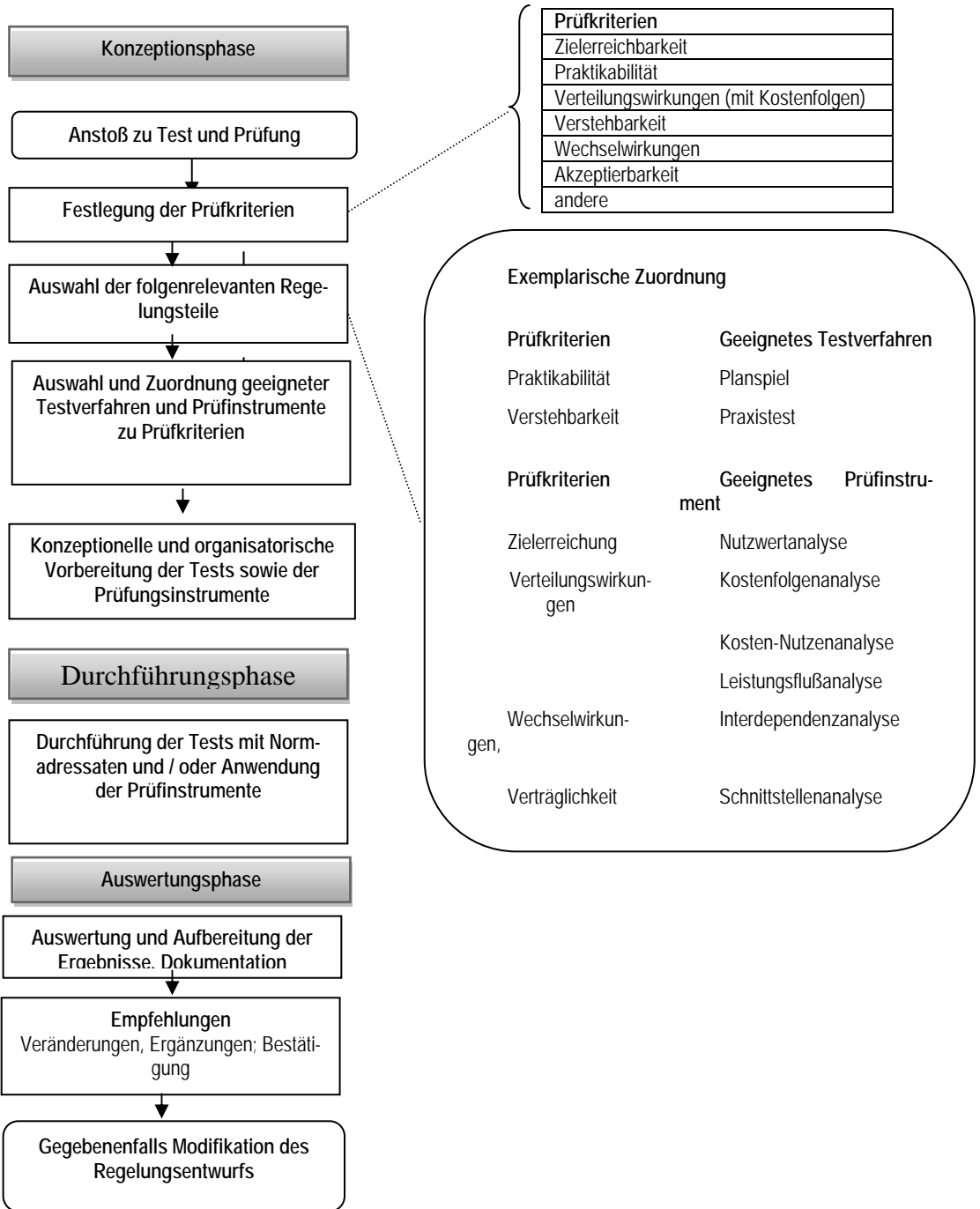
Die Aufwendungen für Tests und Prüfungen sind unterschiedlich hoch. Ein Praxistest etwa erfordert einen höheren Ressourceneinsatz (Beteiligte, Zeit, Auswertung) als eine einfache Kostenfolgenanalyse. Der jeweilige Aufwand ist mit den zu erwartenden Verbesserungen abzugleichen.

### Auswertungsphase

Es folgt die systematische Auswertung, Aufbereitung und Dokumentation der Test- und Prüfergebnisse. Daraus ergeben sich Empfehlungen zur Veränderung und zur Ergänzung des Regelungsentwurfs oder die Regelungsvorschläge werden bestätigt. Aus den Empfehlungen folgt gegebenenfalls eine Modifikation des Regelungsentwurfs.

In Abb. 2 ist die gebräuchliche Vorgehensweise dargestellt.

Abb. 2: Empfohlene Vorgehensweise für eine begleitende GFA



### 1.3.3 1.3.3 Retrospektive GFA

Die retrospektive GFA soll eingetretene Folgen einer Rechtsvorschrift ermitteln. Die Betrachtungsweise ist rückschauend.

#### **Sie kann eingesetzt werden, um**

- die Zielerreichung einer Rechtsvorschrift im Nachhinein zu erfassen,
- Nebenfolgen und weitere eingetretene Effekte einer Rechtsvorschrift zu erkennen,
- Novellierungsbedarf und -umfang der vorhandenen Regelung festzustellen.

#### **Typische Fragestellungen für die retrospektive GFA:**

- Sind die Ziele mit den geltenden Regelungen erreicht worden?
- Welche Nebenwirkungen sind aufgetreten und sind diese erheblich?
- In welchem Umfang sind Be- und Entlastungen entstanden?
- Hat sich die Regelung als praktikabel und befolgsam erwiesen?
- Besteht ein Novellierungs- oder Aufhebungsbedarf?

#### **Die retrospektive GFA**

- zeigt den Erfolg bestehender Regelungen,
- verdeutlicht Ansatzpunkte für eine Verbesserung der bestehenden Regelung,
- begründet gegebenenfalls eine Novellierung, eine Neufassung einer Rechtsvorschrift oder deren Aufhebung.

#### **Fragestellungen und Instrumente der retrospektiven GFA**

Im Folgenden werden typischen Aufgaben- und Fragestellungen geeignete Verfahren und Instrumente zugeordnet.

## Typische Aufgaben- und Fragenstellungen

Wenn die Folgen einer Rechtsvorschrift evaluiert werden sollen,

Wenn der Zielerreichungsgrad der Rechtsvorschriften untersucht wird,

Wenn gefragt wird, wo Folgen der Rechtsvorschrift auftreten,

Um die Evaluation erfolgreich durchführen zu können,

Um die Daten für die Evaluation zu erhalten,

## Verfahren und Instrumente

sind Prüfkriterien festzulegen. Mögliche Prüfkriterien sind Zielerreichungsgrad, Kostenentwicklung, Kosten-Nutzen-Effekte, Akzeptanz, Praktikabilität und Nebeneffekte (z.B. bei einem Brandschutzgesetz: War aufgrund der Zuständigkeitsregelungen eine reibungsfreie Koordination und Kooperation der Einsatzkräfte gewährleistet?).

ist es in vielen Fällen ratsam, den Zusammenhang zwischen den Zielen und Maßnahmen der Rechtsvorschrift zu identifizieren und in einem Wirkungsmodell zu veranschaulichen (z.B. Welche Maßnahmen im Pflegeversicherungsgesetz unterstützen das Ziel „ambulante vor stationärer Pflege“? In welchem Zusammenhang steht dieses Ziel mit dem Oberziel, „soziale Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit“?).

kann aus ihren Einzelregelungen ermittelt werden, welche Normadressaten und welche Felder (z.B. Ökologie, Wirtschaft) betroffen sind.

ist ein Maßstab zur Beurteilung der zu erhebenden Daten notwendig. Als Vergleichsgrößen für die im Geltungsbereich der Rechtsvorschrift erhobenen Daten sollen möglichst Soll-Werte (z.B. Emissionsgrenzwerte bei Autoabgasen) aus der Rechtsvorschrift herangezogen werden. Sind solche nicht angegeben, so sollten andere Vergleichsarten angewandt werden (Vorher-Nachher; Zeitreihe nach Inkrafttreten der Rechtsvorschrift; Fallstudien).

können einschlägige Materialien (z.B. Pflegestatistiken) herangezogen und laufende Berichterstattungen veranlasst und genutzt werden. Nötigenfalls sind Feldforschungen und Experten/Adressaten-Workshops durchzuführen.



## Typische Aufgaben- und Fragenstellungen

## Verfahren und Instrumente

Wenn die Zeitpunkte für die Evaluation nicht im Gesetz genannt sind,

sind geeignete Zeitpunkte festzulegen. Dazu sollten bereits Anwendungserfahrungen vorliegen (z.B. bei einem Katastrophenschutzgesetz: Sind erste Schadensfälle im Geltungszeitraum des Gesetzes aufgetreten?).

Um die Auswertung der relevanten Daten durchführen zu können,

sind geeignete statistische und inhaltsanalytische Verfahren einzusetzen (z.B. Zeitreihenanalyse).

Um die eingetretenen Folgen der Rechtsvorschrift zu bewerten,

wird untersucht, ob die Ziele in dem beabsichtigten Ausmaß erreicht wurden, ob die Regelungen akzeptiert werden, ob die Nebenfolgen und die Kostenentwicklungen akzeptabel sind. Außerdem ist zu prüfen, ob sich die aufgrund der Rechtsvorschrift angewandten Abläufe als praktikabel erwiesen haben.

## Grundzüge des Vorgehens

### Konzeptionsphase

Nach der grundsätzlichen Entscheidung darüber, eine retrospektive GFA durchzuführen (Anstoß), sind zunächst die Prüfkriterien festzulegen. Zentrale Prüfkriterien sind Zielerreichungsgrad, Kostenentwicklungen, Kosten-Nutzen-Effekte, Akzeptanz der Regelung, Praktikabilität und Nebenfolgen.

Soll der Zielerreichungsgrad evaluiert werden, so ist zunächst das Wirkungsmodell zu beschreiben, das der Rechtsvorschrift zugrunde liegt. Das Wirkungsmodell gibt den in der Rechtsvorschrift angenommenen Gesamtzusammenhang zwischen den Regelungszielen und den daraufgerichteten Einzelmaßnahmen an.

Anschließend erfolgt die Festlegung des Evaluationsumfangs. Es wird entschieden, welche Teile der Regelung untersucht werden sollen. Für die Evaluation einer Rechtsvorschrift im Hinblick auf die Prüfkriterien sind die realen Entwicklungen bezüglich dieser Kriterien im Geltungsbereich der Rechtsvorschrift vergleichend zu analysieren. Als Vergleichsmaßstab sollten möglichst Soll-Werte der Rechtsvorschrift verwendet werden (Soll-Ist-Vergleich). Wenn diese nicht verfügbar sind, dann können folgende Vergleichsgrößen herangezogen werden:

- Daten und Entwicklungen im Geltungszeitraum des Gesetzes im Vergleich mit entsprechenden Daten vor Inkrafttreten des Gesetzes (Vorher-Nachher-Vergleich),
- Daten und Entwicklungen nach Inkrafttreten der Rechtsvorschrift zu unterschiedlichen Zeitpunkten (Ex-post-Analyse in Form einer Zeitreihe nach Inkrafttreten der Rechtsvorschrift),
- Daten und Entwicklungen im Geltungsbereich der Rechtsvorschrift im Vergleich mit entsprechenden Daten im Geltungsbereich einer die gleiche Regelungsmaterie betreffenden anderen Rechtsvorschrift (Fallstudien; z.B. Vergleich von Regelungen in vergleichbaren Länder).

Die geeignete Vergleichsart oder eine Kombination von Vergleichsarten müssen in jedem einzelnen Fall bestimmt werden.

Im Anschluss sind Vermutungen (Hypothesen) bezüglich der Prüfkriterien messbar zu formulieren; es ist also eine Operationalisierung vorzunehmen (z.B.: Das Pflegeversicherungsgesetz führt zu einem erhöhten Anteil der ambulanten Pflege am gesamten Pflegeaufkommen). Danach ist zu bestimmen, wann und wo die Datenerhebung erfolgen soll. Dann ist die Art der Datenerhebung auszuwählen sowie konzeptionell und organisatorisch vorzubereiten. Die Datenerhebung kann durch fortlaufende Berichte, durch Feldforschung

und durch Experten/Adressaten-Workshops geschehen. Es können auch einschlägige Materialien (z.B. Statistiken) herangezogen werden. Weiterhin sollten die Auswertungsverfahren für die zu erhebenden Daten angegeben werden.

### **Durchführungsphase**

In dieser Phase ist die Datenerhebung durchzuführen. Sie erfolgt nach den empirisch-analytischen Regeln.

### **Auswertungsphase**

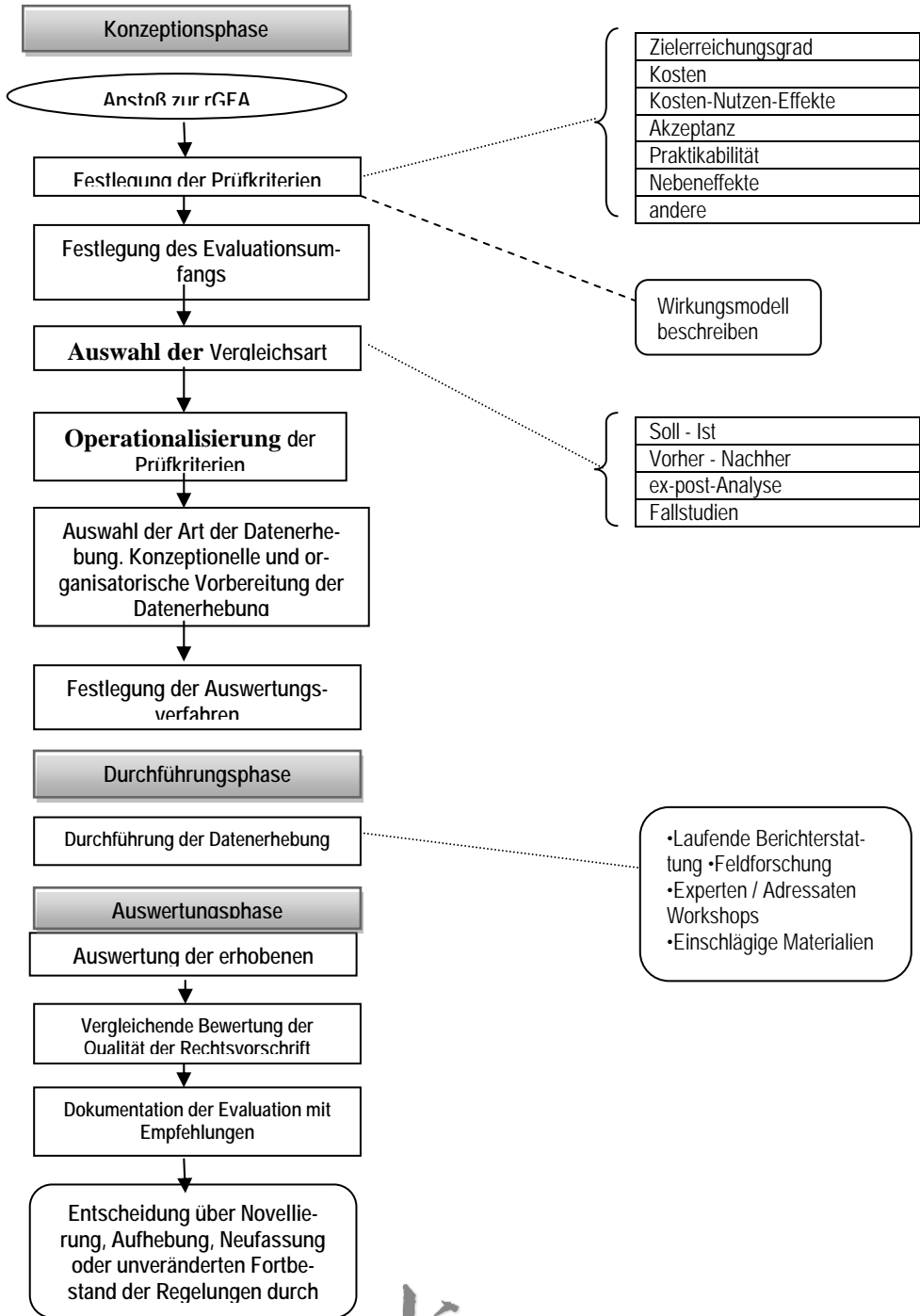
Die erhobenen Daten werden vergleichend ausgewertet. Je nach der Art (qualitative, quantitative Daten) sind vor allem inhaltsanalytische Verfahren oder statistische Auswertungsverfahren anzuwenden. Anschließend werden die Ergebnisse verglichen. Die Qualität der Rechtsvorschrift wird bezüglich der ausgewählten Prüfkriterien bewertet. Bei der Bewertung sollten unter anderem folgende Fragen beachtet werden:

- Wurden die Ziele in dem beabsichtigten Ausmaß erreicht?
- Sind die Nebenfolgen und Kostenentwicklungen hinnehmbar?
- Sind die vorgeschriebenen Abläufe praktikabel?
- Werden die Regelungen akzeptiert?
- Trifft der in der Rechtsvorschrift enthaltene Zusammenhang zwischen Zielen und den darauf bezogenen Einzelmaßnahmen zu, trifft also das der Rechtsvorschrift zugrundeliegende Wirkungsmodell zu?

Die Vorgehensweise und die Auswertungsergebnisse inklusive Empfehlungen sind zu dokumentieren. Als Ergebnis kann die Novellierung, Aufhebung oder Neufassung der untersuchten Regelung vorgeschlagen und skizziert werden. Ergebnis kann aber auch die Empfehlung sein, die Regelung, wenn sie sich bewährt hat, unverändert fortbestehen zu lassen. Die Entscheidung über die Novellierung, die Aufhebung, die Neufassung oder den unveränderten Fortbestand der Regelungen obliegt den jeweils politisch verantwortlichen Institutionen (dem Parlament; bzw. dem jeweils zuständigen exekutiven Organ).

In Abb. 3 ist die gebräuchliche Vorgehensweise dargestellt.

Abb. 3: Empfohlene Vorgehensweise für eine retrospektive GFA



#### 1.4 Hinweise für Anwender

Dieser Leitfaden kann nur die Prinzipien, Module und Vorgehensweisen der Gesetzesfolgenabschätzung darstellen, und dies so, wie sie sich bereits in der Praxis bewährt haben. Dieser generelle Zugang kann auf mehrfache Weise unterstützt werden. Dafür bieten sich drei Ergänzungen an:

1. Bei der Durchführung einer GFA hilft das ausführliche Handbuch zur Gesetzesfolgenabschätzung weiter. Als praxisorientierte Arbeitshilfe enthält dieses erste GFA-Handbuch eine ausführliche Beschreibung der im Leitfaden erwähnten Verfahren und Instrumente für jedes der drei GFA-Module. Diese werden ergänzt durch praxiserprobte Anwendungen und Durchführungserfahrungen. Im Handbuch erleichtern ein Glossar und ein Stichwortverzeichnis die Benutzung ebenso wie Hinweise auf die Leistungsfähigkeit der einzelnen Verfahren und Instrumente, den jeweiligen Aufwand und die Hilfsangebote.
2. Anwendungsbezogene Fortbildungsveranstaltungen erleichtern sowohl den Zugang zur GFA als auch die Aneignung des Umgangs mit den Verfahren und Instrumenten. Projektorientierte Seminare zu einem Regelungsvorhaben oder anhand nachvollziehbarer Erprobungsbeispiele werden angeboten und bei Bedarf durchgeführt durch die Bundesakademie für öffentliche Verwaltung, die Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer/Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung, das Land Baden-Württemberg und teilweise auch von anderen Ländern.
3. Alle Erfahrungen mit der Entwicklung und Durchführung von GFA belegen, dass dieser herausfordernde Prozess in erheblichem Maße von einer funktionierenden Zusammenarbeit zwischen politischer Entscheidungsebene, gesetzesvorbereitenden Organisationseinheiten und externem (Methoden-) Sachverstand abhängt. Solche „GFA-Bündnisse auf Zeit“ waren bisher und sind auch weiterhin die Garanten des Erfolgs, der sich in weniger, dafür besseren, schlankeren und leichter verstehbaren Regelungen äußert.

## **Ausgewählte Literatur zum Leitfaden**

### **Handbuch**

Bohret, Carl/Konzendorf, Götz, Handbuch zur Gesetzesfolgenabschätzung, Berlin 2000 (mit weiteren Literaturhinweisen und vertieften Informationen; erscheint voraussichtlich Ende 2000).

### **Aufsätze**

- Bohret, Carl, Gesetzesfolgenabschätzung (GFA): Modisch oder hilfreich? In: Schreckenberger, Waldemar, /Merten, Detlef (Hrsg.), Grundfragen der Gesetzgebungslehre, Berlin 2000
- Bussmann, Werner, Die Methodik der prospektiven Gesetzesevaluation. In: Gesetzgebung heute (LeGes), 3/1997, S. 109 ff.
- Grimm, Christoph /Brocke, Lars, Die Rolle der Parlamente im Prozeß der Gesetzesfolgenabschätzung. In: Zeitschrift für Gesetzgebung, 14. Jhg., 1999, S. 58 ff.
- Konzendorf, Götz, Gesetzesfolgenabschätzung. In: Universitas - Zeitschrift für interdisziplinäre Wissenschaft, 54. Jhg., Oktober 1999, S. 952 ff.
- Neuser, Klaus, Mehr Rationalität durch Gesetzesfolgenabschätzung? In: Niedersächsische Verwaltungsblätter, 5. Jhg., 11/1998, S. 249 ff.

### **Sammelbände**

- Hill, Hermann/Hof, Hagen (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht II. Verwaltung als Adressat und Akteur, Baden - Baden 2000.
- Hof, Hagen /Lübbe-Wolf, Gertrud (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I. Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen, Baden - Baden 1999.

**Zeitschriften**, die sich mit dem Thema Gesetzesfolgenabschätzung befassen:

- Zeitschrift für Gesetzgebung, Heidelberg.
- Gesetzgebung heute (LeGes), Bern.

## 2 译文：现代化国家，现代化管理——立法效果评估入门 (卡尔·伯雷特博士教授，格茨·康策多夫博士，同于尔根·英特芬合作)

### 2.1 引言：为什么要进行立法效果评估？

立法效果评估（GFA）能促进国家事务的改革和行政管理的现代化。作为优化立法的程序，它能降低法规的总数目，节约稀缺的资源，并且避免法规可接受性的缺失。它应当塑造原则上规定数目较少，但质量更高、更易于理解的规范体系，从而同时增强规范的可遵守性和可执行性。

立法效果评估应当帮助人们对即将以法律形式出台的规定可能产生的效果及副作用做出估计和评价。对于现行的法规可以用它检验其可靠性。特别是对于那些影响广泛、后果严重的法规，更应当应用立法效果评估。该评估须考虑到未来发展的因素（社会、环境，欧洲化、全球化），并将其影响列入到效果评估中去。这也是当今这种——更为全面的——要求同上世纪八十、九十年代法律测试及检验清单的区别。

立法效果评估应当支持政治及行政的立法过程并为其合理化提供帮助。它并不取代政治的决策责任和行为责任。它可以通过不同的方式融入到政府系统中去，比如作为政治及行政主管机关议事规程中的指示或者以新型法规检验机构的形式实现。

本入门帮助我们迅速进入立法效果评估这一专题。它概述了其可能性和流程。它将帮助我们判断，在某一情况下，是否可以立法效果评估；若可以，此评估应当全面地还是限定在一定的程序内进行。相应的手册对于立法效果评估的构想、实施和评价做了详尽的说明，并配以实例。

本立法效果评估入门和相应手册是受托于联邦内政部和巴登-符腾堡州内政部，由德国施佩耶尔管理学院的政治学教席完成的。

对于国内外的顾问和评论家在促进发展和试验立法效果评估的方法以及制定本入门和手册方面所做的贡献，我们表示衷心的感谢。

卡尔·伯雷特 / 格茨·康策多夫

2002年6月

于施佩耶尔

## 2.2 立法效果评估：基础知识

### 2.2.1 什么是立法效果评估？

立法效果评估是对计划中的和已经生效的法规的效果进行估计和对比性评价的一种程序。它可以用于

- 由专家支持的对规范的各种可能方案的开发和对其效果的对比性评价；
- 依据一定的标准，如成本 / 有效性和可理解性对草案进行审核；
- 对已生效法规的实际效果进行持续的或者阶段性的评估（可靠性检验）。

### 2.2.2 立法效果评估应从何处入手？

立法效果评估的三大组成部分（模块）来源于立法各个阶段的不同要求：

- 先行立法效果评估（pGFA）是针对规范的各种可能方案进行前瞻性效果评估的程序。
- 跟踪立法效果评估（bGFA）是针对法律草案进行前瞻性效果评估的程序。
- 事后立法效果评估（rGFA）是针对已生效的法规进行回顾性效果评估的程序。

这三个模块可以依次进行，也可以单独应用。下表为各个模块的主要特征。

**表格：立法效果评估的三大模块及其特征**

特 征 模块	时间点	中心问题	预期结果
先行立法效果评估	在以法律形式进行规范的计划阶段以及对是否有必要规范进行初略审核的时候	哪种方案有可能最好地达到预期目标？何时、何地、对哪些人将产生影响？	选择最优的规范方案，必要时放弃规范
跟踪立法效果评估	在草案拟定阶段以及对草案或其中某	计划的规范对于规范对象是否恰当，对于规范	对草案以及草案的某些部分进行确认、补充和



	些部分进行测试和检验的时候	领域是否合适？负担的增加与减少还能否优化？	完善
事后立法效果评估	法规生效一段时间以后，已具备了一定的适用经验	是否实现了规范的目标？是否有必要建议对法规进行修订？	可靠程度（例如目标实现情况、可接受性），必要的修改

### 2.2.3 各个模块会给我们带来哪些益处？

立法效果评估能就规范的各种可能方案的效果进行预测，为政治及行政决策者提供相关信息（先行立法效果评估）。它同时能及早预计法规生效后的可遵守性和可执行性，包括由此增加和减少的负担（跟踪立法效果评估）。作为事后监测手段，可靠性检验能确定已生效法规的目标实现情况及其规范对象对它的接受程度（事后立法效果评估）。

### 2.2.4 本入门的结构是怎样的？

本入门概述了立法效果评估三大模块的基本特征。对于每一模块，它都建议了适宜的着手点，并且为立法效果评估的实施做了相应提示。

对于每个模块，它首先描述了其目标，说明了需要考察的典型问题；接着，它明确了通过此模块所要达到的目的。其后，它就主要的任务和问题分别说明了相应的程序和工具。最后，它总结了该评估的基本特征并通过示意图加以说明。对于每个模块都须区分方案构想、实施以及评价这三个阶段。

本入门所阐述的评估方法是从实际经验中得出的。很显然，并非所有程序和工具对于每个立法计划都同样适用。在每次进行立法效果评估时都须重新选择相应的检验标准、程序和工具；其依据是规范目标、规范领域的特点、考察目的以及可以利用的资源状况（时间、人员、资金）。然而，这样的灵活性并不意味着可以舍弃其关键部分。要完全发挥立法效果评估的作用，在方案设计上必须忠于原本的意图，在实施阶段必须严格行事，在评价阶段必须采用恰当的方法；这些都是不可忽略的。

本入门所涉及的专业术语、程序和工具在手册中均有更为详尽的说明。

## 2.3 立法效果评估的三大模块

### 2.3.1 3. 1 先行立法效果评估

先行立法效果评估用于规范的各种可能方案的设计开发及其效果的对比性评价，从而确定最理想的规范方案。其基础是规范意向。研究角度是前瞻性的。

#### 它可以用于

- 考察是否有必要以法律形式进行规范；
- 设计规范的各种可能方案，评估其可能产生的效果（效果、增加的负担、社会发展）并进行比较；
- 考察规范的各种可能方案是否同目的相符；
- 选出最理想的规范方案。

#### 先行立法效果评估的典型问题包括：

- 在界定的范围内是否有必要进行规范？
- 如何描述该规范领域？
- 有哪些可能的方案以及它们将分别产生怎样的（包括长期的）效果？
- 哪种方案是最理想的？

#### 先行立法效果评估

- 描述各种可能方案的预期效果并加以评价；
- 指出可能由此增加或减少的负担；
- 论证某一方案如何能最好地实现既定目标；
- 勾勒出以法律形式进行规范的基本轮廓。

#### 先行立法效果评估的问题及工具

以下列举了各项典型任务和问题以及与之相适应的程序和工具。

## 典型任务和问题

若要考察在某一规范领域中是否出现了困难、障碍、阻力或矛盾以及它们的成因，

若确立了目标，要探讨如何才能实现既定目标，

若要分析该规范领域内各个子系统的相互关系，

在先行立法效果评估中，在这些分析完成以后，都必须设计开发各种可能方案。为此，

若要考虑到针对该规范领域发展的各种假设，

若要确定规范方案的效果——某些情况下须考虑到所假设的情形——

## 程序和工具

则采用问题分析。须从观察该规范领域中的矛盾和缺陷出发，寻找相关问题的解释因素（例如在森林立法方面：生态的要求与休闲活动的对立）。

则可借助目标分析明确该目标，进而考察哪些措施有可能促进既定目标的实现（例如：建立林业联合会有助于塑造高效有序的和可持续发展的林业经济吗？）。

则采用系统分析。这样的方法将确定相关的作用领域并阐明其相互依赖关系（相互依存性）（例如在护理保险规范领域中：门诊护理和住院护理的关系）。

须运用该规范领域中的专业知识和政策知识，并要考虑到国家调控的基本形式（例如市场导向型管理和严格管制）。

则可以从社会发展的一般趋势中得出一些预期假设情形（例如在购物中心立法方面：关于技术发展引起购物行为改变的假设）。

则需要外部专家和规范对象的参与（研讨会、问卷调查）。在评估效果时须考虑各种检验标准，如既定目标的实现，成本-效应关系，和其他领域发展的兼容性以及副作用（例如禁止涂鸦法对于从事粉刷的企业可能产生的影响）。在此，可以运用各种工具，比如 Delphi 问卷、科学法庭程序、效益值分析、计算机模拟以及效应-成本评估。

## 流程的基本特征

### 构想阶段

在决定进行先行立法效果评估（启动）之后，首先必须对规范领域做一个分析。在此可以采用问题分析、目标分析和系统分析。

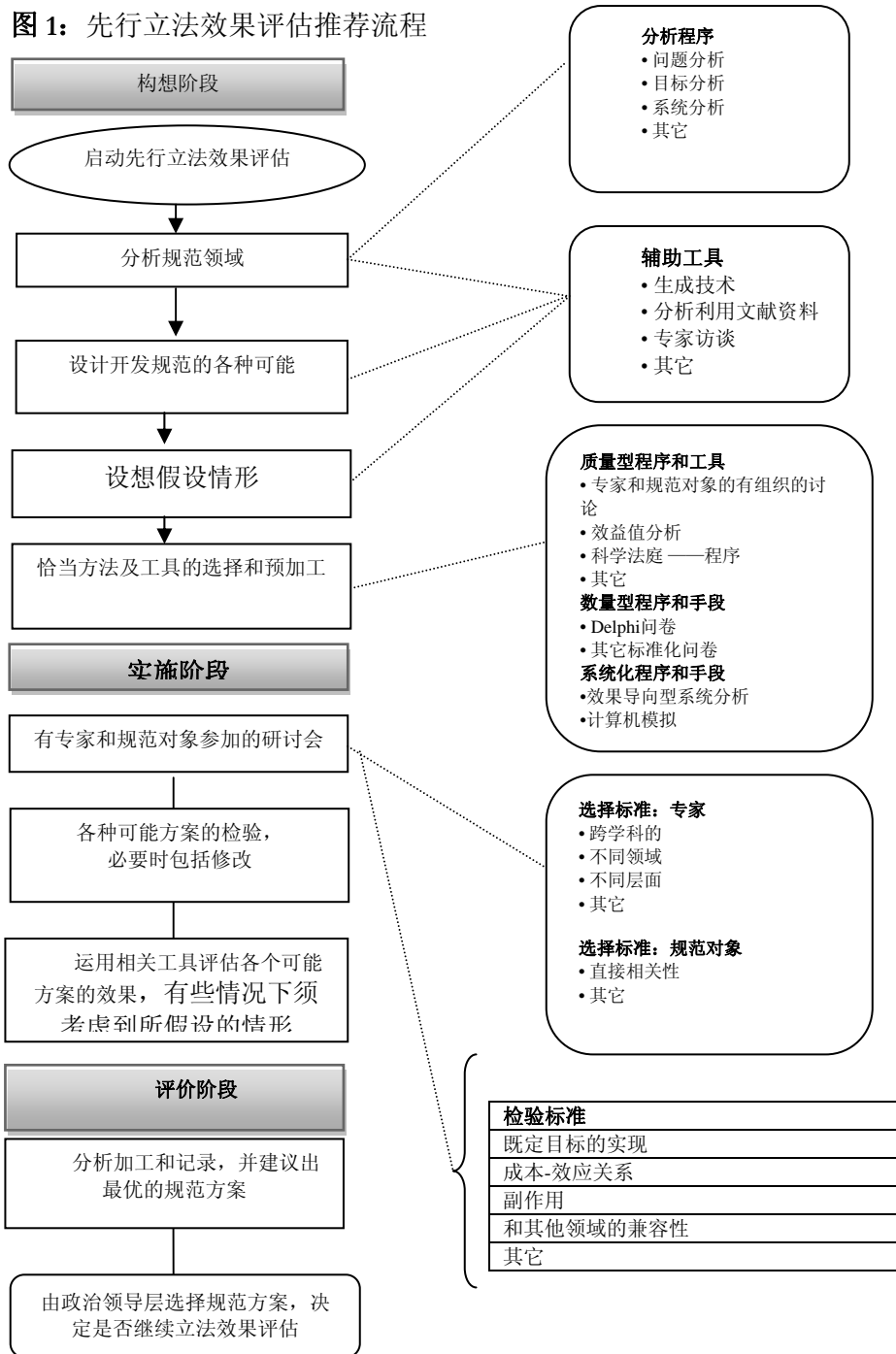
同样必要的是设计开发规范的各种可能方案。建议在各种其它方案之外，将保持现状的所谓不作为方案列入考虑之中。

建议设想一些规范环境的假设情形，由此可以事先认识到规范今后发生作用的框架条件。当然在一些特殊情况下，可以省略对未来情形的设想。

#### 提示：

在构想阶段，可以应用生成技术，分析利用文献资料，进行专家访谈或者使用其它辅助工具。这些方法对于描述考察对象和对该对象进行结构化和系统化分析大有裨益。

图 1: 先行立法效果评估推荐流程



### 2.3.2 跟踪立法效果评估

跟踪立法效果评估用于检验和测试将以法律形式出台的草案及其部分。其基础是规范草案。研究角度是前瞻性的。

#### 它可以用于

- 依据检验标准（如可行性、成本结果）分析法律草案；
- 贴近现实地对法律草案及其部分进行测试；
- 降低副作用的不确定性；
- 优化法律草案。

#### 跟踪立法效果评估的典型问题包括：

- 计划中的规范是否可以遵守且可以接受？
- 计划中的规范是否可以执行且促进效率的提高？
- 增加和减少的负担（成本 / 效益；最佳分配）是否总体处于一个合适的比例关系之中？

#### 跟踪立法效果评估

- 指出起草的法规在多大程度上是可遵守、可执行、提高效率、节约成本且优化分配的；
- 有助于清除不必要的规范，尽可能简化规范；
- 使人们认识到漏洞和不足，提出修改意见；揭示出各种矛盾、含混不清的地方以及不希望出现的后果，并对弱化和纠正这些弊端提出建议。

#### 跟踪立法效果评估的问题和工具

以下列举了各项典型任务和问题以及与之相适应的程序和工具。

## 典型任务和问题

若要全面或者部分审核某一规范草案，

检验标准和需检验的部分确定以后，

若要确定计划的规范（措施）能否实现目标或者在何种程度上能达到既定目标，

若要考察规范使用者能否毫无困难地、有效地执行新法规，

若要检验规范对象能否毫无困难地、有效地遵守新法规，

若要检验新法规是否会加重机构的和资金上的负担，

若触及到其它法规或者有可能引起不同法规的相互冲突，

若要确定规范对象能否理解该法规草案从而遵守和使用它，

若是对新问题首次以法律形式进行规范，

## 程序和工具

选择相关的检验标准（如执行性、对分配关系影响、可理解性），并在此基础上确定影响效果案部分。

审核选择合适的测试程序（如图上演习）和检验工具（如成本结果分析）。

则首先采用效益值分析（例如：要引入机动车纳税标识，怎样进行规范才能最好地实现目标？）。

则须进行实验（例如：建立和经营搭车组织是否可行？）或者需要估计人力的消耗（例如：对福利住房的不当使用征收费用是否会耗费额外的人力？）。

则采用图上演习和实验（例如：能否确保人们在救灾过程中进行顺利的合作？）。

则采用与组织相关联的检验工具，如职能示意图（例如：制定经济计划时，各组织单位如何分担负担？）或者成本结果分析（例如：将给小企业带来多大的行政负担？）以及成本-效益分析（例如：在促进高校发展计划中，哪个方案能实现最佳分配？）。

则须进行相互依存性分析和交叉结合点分析（例如：在审核护理保险法草案时，如何评价其在门诊服务方面同医疗保险法相关规定的交叉部分？）。

则采用可理解性检验和逻辑性检验（例如：在环境影响评价法草案中，评判某一行为对环境所造成影响的基本原则是否表述清晰、易于理解？该法规逻辑清楚吗？）。

则可以进行可接受性研究和图上演习，以评估规范对象的反应以及整个规范领域对此的反应。

## 流程的基本特征

### 流程的基本特征

#### 构想阶段

在决定进行跟踪立法效果评估（启动）之后，须确定合适的检验标准（如可执行性、成本结果）和法律形式的草案中需要考察的部分（例如第 x 段第 y、z 节）。

其后，要参照检验标准选择合适的测试程序（如图上演习）和检验工具（如成本-效益分析）（例如可行性可以通过实验进行检验）。最后，须从方案构想上和组织上为对应各个问题的测试和检验做好准备工作。

#### 实施阶段

在这个阶段须进行所选择的测试和检验。在进行测试时，须尽可能动员规范对象的参加；在运用各种检验工具时也同样需要如此，除非对检验对象（如成本大小）已拥有了足够的信息。

#### 提示：

测试和检验的投入各不相同。一次实验，同一次简单的成本结果分析相比，需要更多的投入（参加人员、时间、分析评价）。其投入可以由日后规范的改善来弥补。

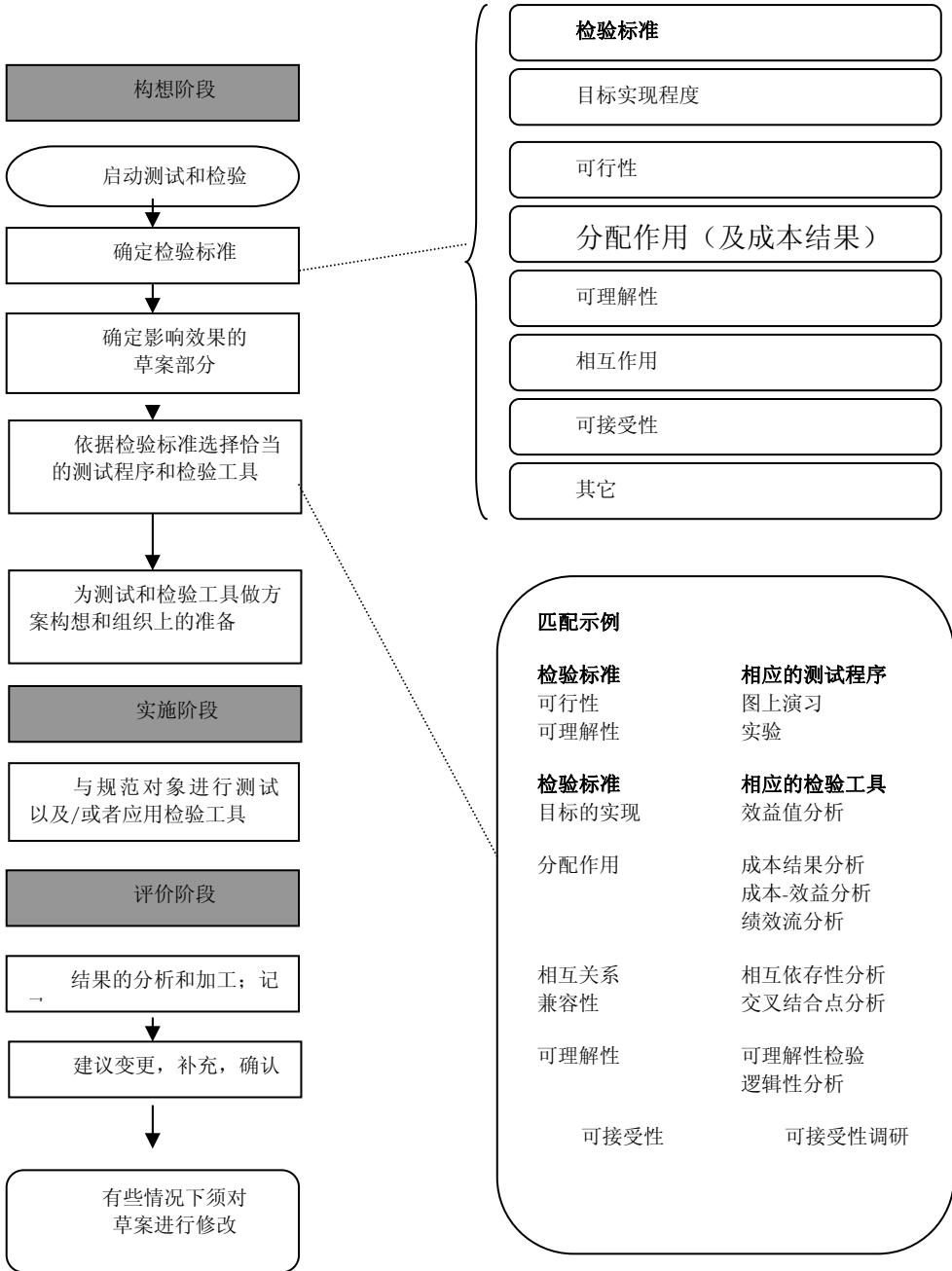
#### 评价阶段

接下来是对测试与检验结果的系统化分析、加工和记录。由此可以得出对草案进行修改或者补充的建议或者确认这样的规范提案。根据建议，某些情况下还需要对该草案进行修订。

图 2 为一般的流程。



图 2：跟踪立法效果评估推荐流程



### 2.3.3 事后立法效果评估

事后立法效果评估应当确定一项法规生效后产生的效果。其研究角度是回顾性的。

#### 它可以用于

- 事后考察某一法规实现目标的情况；
- 认识某一法规的副作用及其进一步产生的效应；
- 确定是否有必要对现行规范进行修订；若有，确定修订范围。

#### 事后立法效果评估的典型问题包括：

- 现行规范实现了既定目标吗？
- 出现了哪些副作用？这些副作用是否严重？
- 在多大范围内增加和减少了负担？
- 事实证明该规范可行且可遵守的吗？
- 有必要修订或者取消该法规吗？

#### 事后立法效果评估

- 指明现行规范的成果；
- 指明改进现行规范的途径；
- 在某些情况下，论证对某一法规的修改、重立或取消。

#### 事后立法效果评估的问题和工具

以下列举了各项典型任务和问题以及与之相适应的程序和工具。

## 典型任务和问题

## 程序和工具

若要评估某一法规的效果，

则须确定检验标准。可用的检验标准有目标实现程度、成本发展状况、成本-效益效应，可接受性。可行性和副效应（例如在消防法中：对职责的规范是否保证了消防力量可以很好地进行协调与合作？）。

若要考察某一法规的目标实现程度，

那在大多数情况下，建议确认法规中各项措施和各项目标之间的关系并通过效果模型来说明（例如护理保险法中的哪些措施是服务于“门诊护理优先于住院护理”这个目标的？这个目标同上位目标“护理需求风险的社会保障”又有怎样的联系？）。

若要考察法规的效果产生在何处，

则可以由它的各个具体规定确定它所涉及的规范对象和领域（如生态领域、经济领域）。

若要成功地进行评估，

则有必要确立调查数据的评价标准。对在法规适用范围中搜集的调查数据应尽可能用法规中的规定值（例如汽车尾气排放极限值）作为比较的参照量。若没有这样的说明，则须运用其它的比较方法（事前-事后；法规生效后的时间序列；个案调研）。

若要获取评估所需的数据，

可以运用相关资料（如护理统计），也可以进行持续性的报告；必要时还须进行田野调查和专家/规范对象研讨会。

若在法律中没有规定评估的时间点，

则须确定合适的时间点；应当是在已经有适用经验的前提下（例如在防灾法中：在法律适用期内，是否已经出现了首次受灾情况？）

若要分析调查数据，

则须应用恰当的统计程序和内容分析程序（如时间序列分析）。

若要评价法规产生的效果，

则须考察其目标的实现是否达到了预期的程度，各项规定是否被公众认可，以及所产生的副作用和成本是否可以接受。此外，还要检验基于该法规所运用的流程是否可行。

## 流程的基本特征

### 构想阶段

在决定进行事后立法效果评估（启动）之后，首先要确定检验标准。核心检验标准有目标实现程度、成本发展状况、成本-效益效应、规范的可接受性、可行性和副作用。

若要评估目标的实现程度，则首先须描述该法规所依据的作用模型。这个作用模型用以说明该法规设定的各个目标同与之相应的各项措施之间的总体联系。

其后，须确定评估的范围，即确定对规范的哪些部分进行考察。用检验标准评估某一法规，须在它的适用范围内对和这些标准相关的实际发展情况做比较性分析。比较的标准应尽可能采用法规中的规定值（规定值-实际值比较）。若没有这样的规定，则可以采用下列的比较方法：

- 比较法律适用期间和法律生效前的数据及发展情况（事前-事后比较）；
- 比较法规生效后不同时间点的数据及发展情况（以法规生效后的一个时间序列为基础进行事后分析）；
- 将该法规适用范围内的数据及发展情况同相同规范内容的另一法规的相应数据进行比较（个案调研；例如各州法规的比较）。

恰当的比较方法或者混合使用多种比较方法需要视具体情况而定。

接着，须设定与检验标准有关的可供衡量的推理（假定）（例如：护理保险法将使得门诊护理占总护理的比例有所上升）。随后，要确定采集数据的时间与地点，选择采集数据的方式并且做好方案构想和组织上的准备。数据采集工作可以通过持续的报告、领域研究和专家/规范对象的研讨会完成；也可以借用相关资料（如统计资料）。此后，还应当进一步确定分析调查数据的程序。

### 实施阶段

在这个阶段要进行数据采集工作。它应按照经验分析的规则进行。

### 评价阶段

对调查数据须进行比较性分析与评价。根据其性质的不同（质量的、数量的数据），应分别运用内容分析程序或者统计分析程序。接着要对其结果进行比较。我们将依据所选的检验标准对法规的质量进行评价。在评价过程中，应注意以下问题：

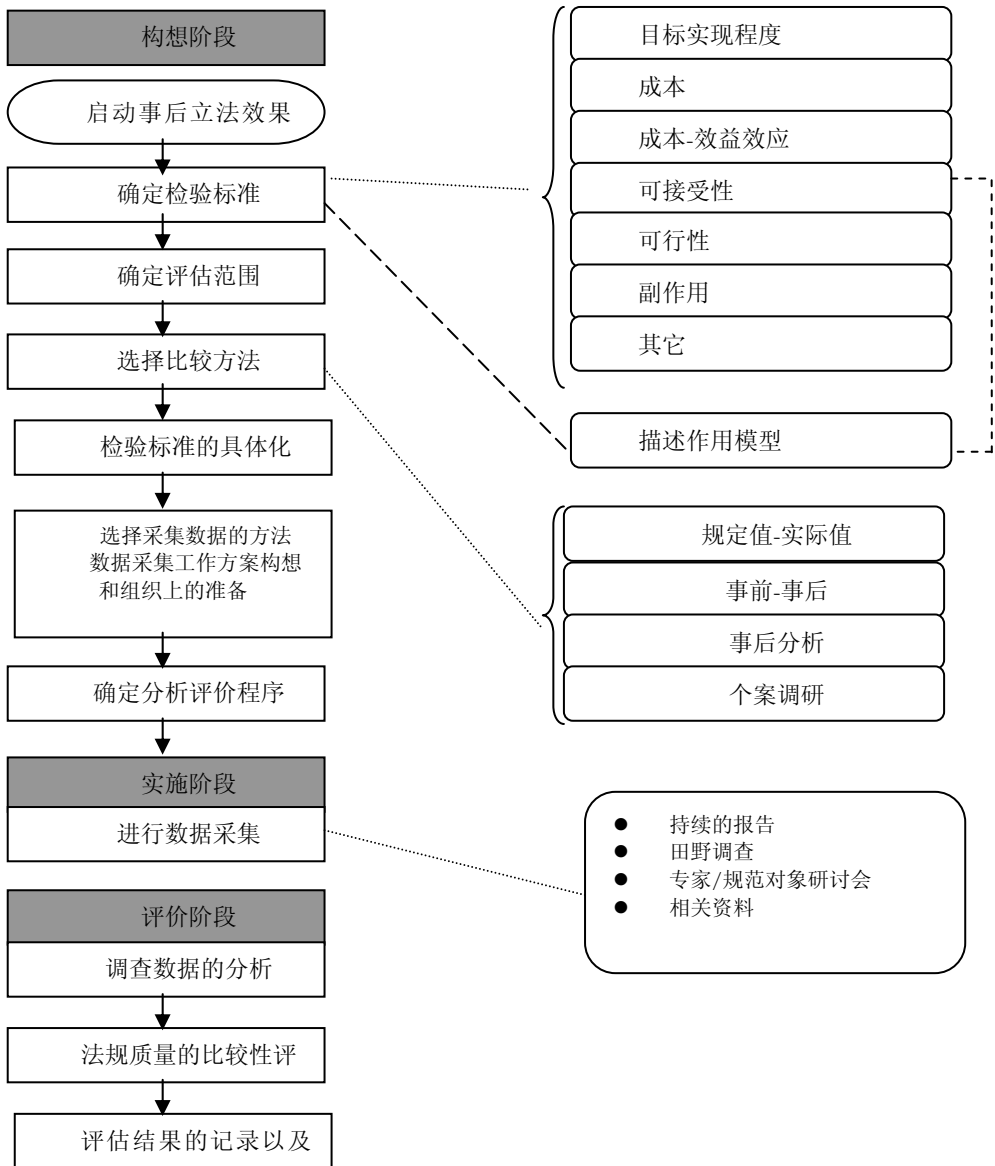
- 目标的实现达到预期的程度了吗？
- 副作用和成本的发展情况可以接受吗？

- 规范的流程可行吗？
- 规范被接受了吗？
- 该法规所包含的目标与相应的各项措施的关联切合实际吗？也就是说，该法规所依据的作用模型与实际相符吗？

对整个流程和评价结果，包括各项建议都须进行记录。结果可以是建议修订或者取消被考察的规范，并勾勒出新立规范的框架。当然，若该规范证明是经得住考验的，结果也可以是建议保留该规范且不作变更。不过，规范到底是要修订、取消、重立或者不作变更的予以保留，此决策是相关政治负责机构（议会以及主管的行政机构）的职责。

图 3 为一般的流程。

图 3：事后立法效果评估推荐流程



#### 4. 使用提示

由政治决定对该规范进行修订、取消、重立或者不加变更的保留

## 2.4 使用提示

本入门仅阐述了立法效果评估的原则、模块和流程以及它们如何经受了实践的检验。在此入门基础上，我们还可以进一步深化和拓展。为此做三点补充：

1. 在实施立法效果评估时可以借助详尽的立法效果评估手册。首部立法效果评估手册以实践为导向，对入门中提及的实施三大模块的各个程序和工具都做了详尽的说明，并补充了很多实际应用经验。手册中列有词汇表和关键词目录；对各个程序和工具的绩效和投入分别做了提示，以帮助读者应用。
2. 与应用相关的进修活动既可以帮助我们入门，也有利于我们更好地掌握各种程序和工具。读者可以针对立法计划或者试验性示例进行以项目为导向的专题研讨会；若有需要，可以由联邦公共管理研究院、德国施佩耶尔管理学院公共管理研究所和巴登-符腾堡州完成，当然也可有其它州参与。
3. 立法效果评估发展和实施的所有经验都证明，这一充满挑战的过程在很大程度上依赖于政治决策层、立法准备单位和外部方法专家之间的有效合作。这种“暂时的立法效果评估联盟”至今都是并将一直是我们的保障；只有这样，才能塑造规定数目更少、质量更高、更易于理解的法规体系。

### 参考文献

#### 手册

布雷特，卡尔 / 康策多夫，格茨：《立法效果评估手册》，柏林，2000年（附有更多的参考文献和更为深入的信息；预计2000年末出版）。

#### 文章

布雷特，卡尔：《立法效果评估（GFA）：时髦的还是有益的？》，载于：施伦肯贝格，瓦尔德马尔 / 默腾，德特勒夫（主编）：《立法学的基本问题》，柏林，2000年。

布斯曼，维尔纳：《先行立法评估方法论》，载于：《今日立法（法律）》1997年第3期，第109页及以下几页。

格林，克里斯托夫 / 布罗克尔，拉尔斯：《议会在立法效果评估过程中的作用》，载于《立法杂志》1999年第14期，第58页及以下几页。

康策多夫，格茨：《立法效果评估》，载于：《大学——跨学科杂志》1999年10月第54期，第952页及以下几页。

诺伊泽尔，克劳斯：《通过立法效果评估增加合理性？》，载于：《下萨克森州行政公报》1998年11月第五期，第249页及以下几页。

### 文集

希尔，赫尔曼 / 霍夫，哈根（主编）：《法律效果研究 II，行政管理作为被动者和行为者》，巴登-巴登，2000年。

霍夫，哈根 / 吕布尔沃夫，格特鲁德（主编）：《法律效果研究 I，法律效果和成功条件》，巴登-巴登，1999年。

### 研究立法效果评估的杂志

《立法杂志》，海德堡。

《今日立法（法律）》，伯尔尼。

## 3 Vokabeln

	prespektive GFA	先行立法效果评估
	begleitende GFA	跟踪立法效果评估
	retrospektive GFA	事后立法效果评估
die	Bewährungsprüfung	可靠性检验
	Statut quo	保持现状
das	Null-Alternative	不作为方案
die	ex-post-Analyse	事后分析
die	Fallstudie, -n	个案调研
das	Brandschutzgesetz	消防法
das	Pflegeversicherungsgesetz	护理保险法
das	Katastrophenschutzgesetz	防灾法



#### 4 Text zum Dolmetschen: Bessere Gesetze durch Gesetzesfolgenabschätzung (Einführungsvortrag auf dem Seminar „deutsch-chinesischer Rechtsstaatsdialog“, 12. und 13. Mai 2005 in Beijing)

Sehr geehrter Herr,  
meine sehr geehrten Damen und Herren,

Ich freue mich sehr, dass ich bei Ihnen zu Gast sein darf. Und ich freue mich besonders, mich mit Ihnen über Wege zu besseren Gesetzen auszutauschen, weil die Verbesserung der Gesetzgebung ein wesentlicher Schwerpunkt meiner Tätigkeit ist. Wenn ich mich kurz vorstellen darf:

Ich bin seit 1990 im Bundesministerium der Justiz tätig. Seit drei Jahren leite ich die Arbeitseinheit, die sich mit den Grundsatzfragen der Rechtsetzung, mit Fragen der Entbürokratisierung und Gesetzesfolgenabschätzung, aber auch mit allgemeinem Verwaltungsrecht befasst.

Ich bin schon ein wenig früher angereist, denn ich wollte die Gelegenheit nutzen, Ihr Land, Ihre wunderbare Hauptstadt wenigstens ein wenig kennen zu lernen. Und ich muss Ihnen sagen: ich bin sehr beeindruckt, geradezu begeistert. Wenn ein so großes Land wie Ihres, mit einer so beeindruckenden, Jahrtausende währenden Geschichte sich aufmacht, eine moderne Industriegesellschaft zu werden, muss und wird es viel bewegen. Es hat dadurch aber auch eine hohe Verantwortung.

Verantwortung ist auch das Stichwort für unser Seminar. Die Auswirkungen von Gesetzen möglichst umfassend zu bedenken, bevor sie beschlossen und wirksam werden, zeugt von hoher Verantwortung. Die Zeiten, da ein allein herrschender Kaiser seinen Untertanen willkürlich jederzeit Befehle erteilen und zurücknehmen konnte, sind zum Glück schon lange vorbei. In unseren heutigen demokratisch verfassten Staaten sichert der Gesetzgebungsprozess selbst bereits in hohem Maß die verantwortliche Gestaltung neuer Gesetze, wenn diejenigen, die die Gesetze ausführen sollen, und die maßgeblich Betroffenen mitwirken können. Aber auch das ist allein noch kein Garant, dass am Ende gute und wirkungsvolle Gesetze herauskommen. Vielmehr muss sich auch der Gesetzgebungsprozess ständig mit den Herausforderungen weiterentwickeln, die gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklungen hervorbringen. Grundvoraussetzung für jede Weiterentwicklung ist die Verankerung in den demokratischen verfassungsmäßigen Grundlagen.

Wir wollen Ihnen nun heute und morgen unsere Erfahrungen vermitteln. Das kleine Deutschland kann dem großen China allerdings leider kein Patentrezept für gute Gesetzgebung weiter geben. Wir sind vielmehr selbst auf der Suche. Es sucht sich jedenfalls besser gemeinsam. Und wenn wir in diesem Seminar Erfahrungen und Überlegungen austauschen, öffnet das den eigenen Blick für neue Möglichkeiten. Was können wir Ihnen also vermitteln?

Ich werde Ihnen in meinen einführenden Vortrag etwas über die schon erwähnte Basis - das Gesetzgebungsverfahren, wie es in Deutschland geregelt ist - erzählen, damit Sie besser verstehen können, wo wir mit unseren Überlegungen für eine wirksame Gesetzesfolgenabschätzung ansetzen.

Ich will Ihnen auch etwas dazu sagen, was wir unter guten Gesetzen verstehen, wohin wir wollen mit unseren Bemühungen um Folgenabschätzung und Wirkungskontrolle.

Dann werde ich Ihnen von den bisher entwickelten und praktizierten Ansätzen zur Absicherung guter Gesetzgebung berichten. Hier werde ich Ihnen etwas sagen zu Regelungsstandards und zu Mechanismen, die ihre Einhaltung sichern sollen.

Und weil ich Ihnen keinesfalls die Probleme bei allen Bemühungen um Qualität in der Gesetzgebung nicht verschweigen will, sage ich auch hierzu noch etwas.

Danach werden zwei Experten Sie ganz konkret mit den Zielen und den verschiedenen Verfahren der Gesetzesfolgenabschätzung, insbesondere mit Methoden zur Ermittlung von Aufwand und Nutzen, der durch Gesetze hervorgerufen wird, vertraut machen. Herr Professor Konzendorf ist nicht nur einer der maßgeblichen Theoretiker auf diesem Gebiet. Er ist auch Mitverfasser des Handbuchs zur Gesetzesfolgenabschätzung, das ein Grundlagenwerk für die praktische Ausführung von Gesetzesfolgenabschätzungen und Kosten-Nutzen-Analysen ist. Herr Dr. Böllhoff kommt aus dem Bundesministerium des Innern und hat maßgeblich damit zu tun, die Gesetzesfolgenabschätzung zu einem ständigen Instrument bei der Vorbereitung der Gesetzentwürfe der Bundesregierung zu machen. Ich möchte Sie ermutigen, in diesem Seminar gerne sofort zu fragen, wenn Ihnen etwas unklar ist. Das beugt nicht nur Missverständnissen vor, sondern unterbricht natürlich auch die gewisse Monotonie, die ein Alleinvortrag meist mit sich bringt. Außerdem wird natürlich am Ende jedes Vortrags Gelegenheit zu einem Gedankenaustausch sein und eine Schlussdiskussion ist am Ende des Seminars ja auch noch vorgesehen.

Meine Damen und Herren,

Viele sagen, dass es überhaupt zu viele Gesetze gibt. Doch wir alle kennen das Phänomen: Abstrakt wird die Regelungsflut kritisiert, aber wenn es um individuelle Interessen geht, dann wird ein Gesetz bis ins kleinste Detail gefordert. Anderen wiederum gefällt der Inhalt eines Gesetzes nicht und es wird dann vorschnell von einem „schlechten Gesetz“ geredet. Ein weiterer Kritikpunkt sind Probleme bei der Anwendung von Gesetzen. Genauso wie jeder aus unterschiedlichen Gründen heraus eine Regelung kritisiert, hat auch jeder eine unterschiedliche Vorstellung von einem „guten“ Gesetz. Wir können sicher auf ein paar wichtige Punkte eingehen. Ich denke, ein gutes Gesetz erkennt man zum Beispiel daran, dass es - obgleich häufig oder gar massenhaft angewendet - in der Praxis lange Zeit reibungslos funktioniert, ohne die Gerichte zu

beschäftigen. Diese Herangehensweise mag Ihnen sehr justizorientiert erscheinen, aber ein solches Gesetz erfüllt ganz wichtige Voraussetzungen guter Gesetzgebung.

Woran erkennt man außerdem ein gutes Gesetz? Ich habe die Erfahrung gemacht, dass ein Gesetz besonders gut funktioniert, wenn es das Wesentliche auf verständliche Weise regelt. Denn schon von verfassungswegen sind alle wesentlichen rechtlichen Eingriffe zur Steuerung der gesellschaftlichen Entwicklung dem Gesetz vorbehalten. Wir sollten aber auch die andere Seite beachten: Der Gesetzgeber muss keinesfalls alles selber regeln, er muss durch ein Gesetz nur seine wichtigsten Vorgaben bestimmen. Er sollte immer in Betracht ziehen, dass weitere Ausgestaltungen möglich sind - durch die Exekutive in Form von Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften oder durch die Rechtsprechung, die beispielsweise oft Generalklauseln auszufüllen hat. Und der Gesetzgeber kann auch ganze Bereiche der Selbstregulierung überlassen, wenn die betroffenen Kreise die Angelegenheit selbst am besten kennen und in der Gruppe für Akzeptanz sorgen. Alles in allem: Es ist eine Beschränkung auf das Wesentliche geboten.

Je nachdem, wie gut ausbalanciert das Verhältnis zwischen Exekutive, Legislative und Judikative ist, desto weniger tendieren Gesetze dazu, „übergreifend“ zu werden und desto eher sind die beteiligten Akteure bereit, die Handlungs- und Ermessensspielräume des jeweils anderen zu respektieren. Unterm Strich klappt es also am besten, wenn sich alle in der gebotenen Weise selbst beschränken. Der Gesetzgeber auf seine Aufgabe, abstrakt-generelle Regelungen zu schaffen, die Verwaltung auf die konkret-individuelle Anwendung im Rahmen der Gesetze und die Rechtsprechung hauptsächlich darauf, Rechtsverstöße zu korrigieren.

Was in ein Gesetz gehört, bestimmt sich nach dem jeweils zugrundeliegenden Konzept. Das sollte klar sein und deutlich alle Eckpunkte enthalten, mit denen das politisch vorgegebene Ziel erreicht werden soll. An diesem Konzept ist dann jede Einzelregelung zu messen. Das Konzept des Regelungsvorhabens ist demnach das Fundament des Gesetzes. Hierüber muss Klarheit zwischen allen Beteiligten erzielt werden.

Eine weitere Komponente für ein gutes Gesetz ist die Verständlichkeit. Sie ist eine Grundvoraussetzung für die Akzeptanz von Recht überhaupt. Es gibt bei uns einen sehr einleuchtenden Spruch: Der Gesetzgeber soll denken wie ein Philosoph und reden wie ein Bauer. Auf den zweiten Blick heißt das aber: Die speziellen Eigenarten von Rechtsregeln ergeben sich aus ihrer Funktion. Verständlichkeit in Gesetzen ist daher nicht nur eine Frage der Sprache, sondern vielmehr auch die Frage danach, ob die Adressaten das Gesetz als Regelung ihrer Verhältnisse erkennen können. Sie müssen erfassen können, wer was tun soll, darf oder muss.

Wie können wir das alles in die Praxis umsetzen? Ich meine: Die Verantwortlichen - und damit meine ich: alle am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten - müssen nicht nur den gemeinsamen Willen haben, ein bestimmtes gemeinsames Ziel zu erreichen oder zu unterstützen. Sie müssen sich auch auf ihre spezifischen Rollen im Gesetzgebungsverfahren besinnen und beschränken.

Über 80% der Gesetzesvorlagen werden in den Bundesministerien erarbeitet. Deshalb zunächst zu dem, was die Bundesregierung zu guter und besserer Gesetzgebung beigetragen hat und weiter beitragen kann.

Wir haben Qualitätskriterien und auch Mechanismen entwickelt, um deren Einhaltung sicherzustellen.

Seit 1949 hat z.B. das Bundesministerium der Justiz die Aufgabe, alle Entwürfe der Bundesregierung vor ihrer Beschlussfassung im Kabinett rechtssystematisch und rechtsförmlich zu prüfen. Diese Prüfung ist darauf gerichtet, ob das der Gesetzentwurf mit höherrangigem Recht, insbesondere der Verfassung im Einklang steht, ob es sich widerspruchslös in die Rechtsordnung einfügt, ob es in sich systematisch folgerichtig und verständlich aufgebaut ist. Das BMJ ist innerhalb der Bundesregierung die zentrale Stelle, die auf die rechtliche Qualität der Entwürfe und auf die formale Einheitlichkeit und Stimmigkeit der Rechtsordnung achtet. Was bereits 1949 in weiser Voraussicht angelegt wurde, ist heute notwendiger denn je. Je komplizierter die zu regelnden Materien, je größer der Zeitdruck, umso wichtiger sind Sachverstand und Erfahrung an einer zentralen Stelle, die nicht im Gerangel um die Regelungsinhalte beteiligt und befangen ist. Im BMJ werden oft genug Widersprüche, Mängel oder Fehler entdeckt und es werden Verbesserungsvorschläge an das Fachressort zurückgeleitet. Denn die Verantwortung für die Qualität der Entwürfe liegt immer bei dem Fachressort und letztlich beim Bundeskabinett als Ganzem, das den Regierungsentwurf billigt. Das BMJ leistet hierfür Service auf hohem juristischen Niveau. Heute sind etwa 22 Fachreferate im BMJ vollständig oder teilweise mit der Rechtsprüfung befasst. Sie prüfen die Entwürfe aller Bundesministerien nach strengen Maßstäben auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung und dem EU-Recht, auf ihre Einordnung in die Rechtsordnung, ihren Aufbau, ihre innere Logik, ihre Sprache und auf weitere Dinge mehr.

Notwendig ist aber inzwischen mehr als die Rechtsprüfung. Wir brauchen heute mehr denn je Standards, die sichern, dass wir uns beim Erlass von Gesetzen auf das Wesentliche und das Notwendige beschränken.

Wir müssen den Zusammenhang verschiedener Regulierungsmöglichkeiten erkennen und nutzen. Es gibt oftmals Alternativen zur gesetzlichen Regulierung. Wenn ein Gesetz nur die wesentlichen Fragen regelt, können weitere Instrumente wie Vereinbarungen zwischen den Behörden und Unternehmen, Selbstverpflichtungen von wirtschaftlichen Vereinigungen zu bestimmten Verhaltenskodexen u.a. diese gesetzlichen Regelungen oft wirksamer und flexibler untermauern, als wenn jedes Detail im Gesetz selbst festgelegt ist. Gestaltungs-

spielräume sowohl für die Exekutive, also die ausführenden Behörden, und auch für die weiteren Adressaten des Gesetzes führen zugleich zur Verlässlichkeit des Rechtsrahmens, wenn er nicht fortlaufend an jegliche Veränderung angepasst werden muss.

Und wir brauchen Standards, um Gesetze so wirkungsvoll wie möglich zu gestalten. Wir müssen also nicht nur wie bisher das Ziel und den gewünschten Nutzen im Auge haben, sondern wissen, welchen Aufwand ein Gesetz bei den Bürgern, Unternehmen und den ausführenden Behörden hervorruft.

Gerade zu diesen Punkten gibt es - nicht nur - in Deutschland immer noch Defizite aber auch Versuche, sie zu meistern. Bereits vor 20 Jahren hatte die Bundesregierung sehr ernsthafte Anstrengungen unternommen, um diesen Aspekten mehr Gewicht zu verleihen. Sie hatte beschlossen, dass alle Gesetzgebungsvorhaben, die von der Bundesregierung initiiert werden (mehr als 80%), neben der Rechtsprüfung einer Notwendigkeitsprüfung unterzogen werden müssen. Dazu hat sie einen Katalog von 10 wesentlichen Prüffragen entwickelt. Sie sind als die „blauen Prüffragen“ in die Geschäftsordnung der Bundesministerien integriert worden, weil sie übersichtlich auf blauem Papier gedruckt waren. Sie sollten in jedem Verfahrensstadium der Gesetzgebung immer wieder abgefragt werden.

Was aus diesem Verfahren geworden ist, sage ich Ihnen gleich, nachdem ich auf die Frage der Mechanismen zur Einhaltung von Prüfstandards eingegangen bin.

Jeder Standard bedarf zu seiner Einhaltung einer klaren Festlegung, wer im Detail dafür verantwortlich ist. Und diese Verantwortung muss auch kontrolliert werden. Und diese Festlegungen von Verantwortung und Kontrolle müssen transparent, öffentlich sein, damit niemand etwaige Versäumnisse anderen in die Schuhe schieben kann.

Unsere Verfassung gibt ein in diesem Zusammenhang wesentliches Prinzip bereits vor - das so genannte Ressortprinzip. Es bedeutet, dass jedes Ministerium seinen Verantwortungsbereich auf der Grundlage der Verfassung und der Gesetze eigenverantwortlich gestaltet. Es muss zugleich immer dann mit den anderen Ressorts einbeziehen, beteiligen, sie informieren und einbeziehen, wenn seine Maßnahmen deren Belange berühren. Aus diesem Ressortprinzip leitet sich das so genannte Federführungsprinzip her. Es ist ein Prinzip der Zusammenarbeit innerhalb der Bundesregierung. Es ist in der Geschäftsordnung der Bundesregierung und der Bundesministerien verankert. Federführung bedeutet, dass immer das Ministerium für die Vorbereitung und Durchführung von Maßnahmen der Bundesregierung zuständig ist, in dessen Ressortzuständigkeit der Schwerpunkt der Maßnahme fällt.

Für die bereits erwähnte Rechtsprüfung sind die Maßstäbe, nach denen Gesetze regelmäßig überprüft werden, offen gelegt. Sie stehen jedem, der Rechtsvorschriften ausarbeiten muss, im Handbuch der Rechtsförmlichkeit zur

Verfügung. Mit seinen konkreten, praxisbezogenen Hilfen hätte es eigentlich den Titel verdient: „Wie mache ich ein gutes Gesetz?“. Erfreulich ist, dass es als Standardwerk von allen am Gesetzgebungsprozess Beteiligten anerkannt wird.

Diese neutrale Rechtsprüfung durch das BMJ steht neben der Pflicht des federführenden Ministeriums zur Beteiligung der anderen Ressorts, und der anderen Hauptbetroffenen (Länder und Verbände). Hinzu kommt, dass das federführende Ministerium jedes Gesetz und jede einzelne Vorschrift genau begründen muss. Dadurch wird klar, welche Erwartungen und welche Zielvorstellungen das Ministerium mit der Regelung verbindet, warum es sich zu gerade dieser Regelung entschlossen hat. Dies ist eine wesentliche Hilfe bei der Diskussion des Entwurfs im weiteren Gesetzgebungsverfahren.

Beteiligungen, Rechtsprüfung und Begründung - das war seit Jahrzehnten und ist auch weiterhin das Qualitätsmanagement in der Bundesregierung. Aber wir fragen uns heute, ob das genug ist, oder ob etwas hinzu kommen muss, um unsere Gesetze noch besser zu machen.

Wir haben in der letzten und in der laufenden Legislaturperiode wichtige Vorstöße für bessere Rechtsetzung unternommen:

- Bessere Rechtsetzung war beim Regierungs-Programm Moderner Staat - Moderne Verwaltung unter dem Stichwort Höhere Wirksamkeit und Akzeptanz von Recht ein wesentlicher Reformbereich. Wichtigstes Ergebnis war die neue Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (kurz: GGO) im Jahr 2000. Sie enthält neben Bewährtern neue, gute Ansätze. So wurden die Bedeutung der Rechtsprüfung gestärkt und die Anforderungen an die förmliche Gestaltung verbindlicher gemacht.

- Die GGO hat auch einen ganzen Katalog qualitativer Anforderungen an einen Gesetzentwurf aufgestellt, der zum Beispiel verlangt, sich mit Alternativen zur rechtlichen Regelung auseinander zu setzen. Zu nennen ist hier insbesondere der Prüfkatalog zur Feststellung von Selbstregulierungsmöglichkeiten oder die Verpflichtung, Befristungs- und Erprobungsmöglichkeiten zu prüfen.

- Die neue GGO gibt auch die Prinzipien zur Durchführung von Gesetzesfolgenabschätzungen vor.

- In der internationalen Diskussion findet die GGO als gute didaktische Grundlage Anerkennung.

Dennoch müssen wir uns verstärkt internationalen und europäischen Beobachtungen und Vergleichen und vor allem den direkten Einflüssen durch das europäische Recht stellen. Hier gilt es, Chancen zu erkennen und zu nutzen. Wenn sich zum Beispiel die EU als Konsequenz aus dem sogenannten Mandelkern-Bericht selber ein Programm zu „Besserer Rechtsetzung“ gegeben hat, müssen wir dabei mitwirken. Und das haben wir auch getan. Denn nur so können wir die Auswirkungen auf unsere nationale Gesetzgebung besser steuern.

Wir müssen jedoch eingestehen, dass es bestimmte Schwierigkeiten bei der Umsetzung der Geschäftsordnung gibt. Schwächen ergeben sich insbesondere noch bei der Ermittlung und Darstellung der Gesetzesfolgen. Prüffragen waren zu global. Man muss Schwerpunkte setzen (Kostenfolgen für die öffentlichen Haushalte, Unternehmen - nicht jegliche), Regelungsalternativen zur Förderung politisch vorgegebener Schwerpunkte (Arbeitsmarktförderung, Konjunkturförderung).

Diese Schwerpunkte sind nicht statisch. Sie können sich ändern. Vorgaben, Standards müssen daher in Abständen überprüft und angepasst werden.

Wenn sie einmal gesetzt sind müssen sie jedoch den gesamten Rechtsetzungsprozess beachten werden.

Die Bundesregierung reagiert auf diese Erkenntnisse bereits mit verschiedenen Maßnahmen:

1. So wird derzeit eine neue, praxisorientierte Arbeitshilfe Gesetzesfolgenabschätzung entwickelt.
2. Das Handbuch des Bundesinnenministeriums zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften wird grundlegend überarbeitet.
3. Eine Initiative der Bundesregierung zum Bürokratieabbau zielt in vielen Projekten auf Bürokratieabbau durch Rechtsvereinfachung.
4. Außerdem sollen im Rahmen einer Rechtsbereinigung die funktionslos gewordenen Rechtsvorschriften ermittelt und beseitigt werden.
5. Mehr denn je werden Schulungen zu Fragen der Gesetzgebung angeboten. Die Nachfrage nach diesen Seminaren steigt, nicht zuletzt weil Gesetzgebung in der Ausbildung von Juristen und Verwaltungsfachleuten leider so gut wie keine Rolle spielt.

Meine Damen und Herren,

ich hoffe, bis hierher deutlich geworden: Wir haben bereits ein sehr gutes Handwerkszeug, um gute Gesetze zu machen. Aber es reicht noch nicht aus. Nicht alles Handwerkszeug ist ausreichend akzeptiert worden.

Die erwähnten Prüffragen haben sich zum Beispiel nicht durchgesetzt.

Meine Damen und Herren,

ein Sprichwort sagt, dass Gesetze wie alte Kleider seien - nach einer Weile seien sie abgetragen und es sei Zeit, sie auszuwechseln. Das passt zur von mir beschriebenen Situation, in der wir uns befinden. Das Sprichwort macht aber auch deutlich, dass wir nicht nur die goldenen Regeln des Handwerks brauchen und beachten müssen, sondern auch kompetente Gesetzeshandwerker haben müssen, um „neue Kleider“ herzustellen.

**5 Vokabeln**

die	Gesetzesfolgenabschätzung	立法效果评估
die	Kosten-Nutzen-Analyse	成本效益分析
die	Monotonie, -en	单调, 无聊
die	Exekutive	行政机关
die	Legislative	立法机关
das	Ressortprinzip	部务自主原则
das	Federführungsprinzip	主管原则
die	Rechtsbereinigung	法律废止



# Lektion 15 Rechtsschutz für die Menschenrechte

## 1 Einführender Text: 中国人权的法律保障（乔晓阳，全国人大常委会委员、全国人大常委会副秘书长、全国人大法律委员会副主任委员，2005年10月28日）

女士们、先生们：

人权与法都是历史发展的产物，人权与法有着深远的历史渊源，有着密不可分的内在联系。民主和法治的真谛都是人权。人权的享有或实现离不开宪法和法律的保障。法制的民主程度，体现了人权的实现程度，人权的发展要求，反映了法制的进步趋向。

人权作为人的权利，具有普遍性。随着历史的前进，人权的概念及其内涵不断发展，已经超越国内法的范围，发展成为一项国际法原则。同时，人权也具有特殊性。各主权国家有权在遵从人权普遍性原则的条件下，依据各自国家的国情、社情来决定本国的人权保护模式及人权发展模式，并最终要通过各国的法律来确认和体现。国际公约宣布的关于维护和促进人权的要求，也必须通过各国的国内立法才能贯彻实施。因此，尊重人权，首先就要尊重各国人民自由选择的政治、经济、社会和文化制度，尊重各国的法律。了解一个国家的人权状况，首先就要了解这个国家的法律。

### 1.1 中国人权法律保障的回顾

中国共产党历来以发展和实现人民民主为己任，重视民主、自由和人权事业的建设，这是由中国人民长期的苦难经历、中国共产党的宗旨和新中国的性质所决定的。

1、中国人民在中国共产党领导下，经过长期的革命斗争，于1949年取得了革命的胜利，推翻了压在中国人民头上的三座大山，建立了中华人民共和国。中国人民在掌握国家权力，成为国家的主人后，就宣布“废除国民党反动政府一切压迫人民的法律、法令和司法制度，制定保护人民的法律、法令，建立人民司法制度。”同时开始在全国范围内，运用法律形式，保卫人民革命的成果，巩固和加强人民民主的政权，维护人民的利益。建国前夕召开的中国人民政治协商会议制定的共同纲领（实际上是临时性的宪法），就宣示了人民主权的原

则，明确规定：在中华人民共和国，人民是国家的主人，享有广泛的民主、自由权利，如享有选举权和被选举权，享有言论、出版、集会、结社、通讯、人身、居住、宗教信仰及示威游行的自由权；各民族权利和义务一律平等；男女平等权利。

新中国一成立，首先制定的就一批保障人权的法律。1950年4月，制定了婚姻法，废除包办强迫、男尊女卑、漠视子女利益的封建家庭婚姻制度，实现妇女解放、男女婚姻自由、一夫一妻、男女权利平等，确立新型的婚姻家庭关系。1950年6月又通过土地改革法，明确宣布废除地主阶级封建剥削的土地所有制，没收地主土地分配给贫下中农，实行农民的土地所有制，确立新民主主义的土地制度。1950年6月还出台了新中国第一部工会法，规定了工会组织在新政权下的法律地位和职责，包括明确工会是工人阶级自愿结合的群众组织，参加工会是每个职工的自由和权利，工会行使监督国营企业行政方面与私营企业的资方切实执行政府颁布的一切保护劳动的法令的责任，同时承担保护工人阶级根本利益的职能等。此外，还制定了劳动保险条例、惩治贪污条例等保障公民权利的法律。建国初期这些法律的制定，是当时中国人民在中国共产党领导下通过立法争取人权、保障人权的真实写照。

1954年制定了我国第一部宪法，肯定了中国人民的斗争成果，是全面保障人权的根本大法。

2、建国以后，我们国家在各方面，包括在保障和促进人权方面，取得了很大的发展，这是有目共睹的。但是，在前进中也有失误，特别是上个世纪60年代后期长达10年的“文化大革命”的严重错误。正是在总结建国以来正反两方面历史经验的基础上，1978年底，我们国家一方面确定把全国工作重点转移到以经济建设为中心的社会主义现代化建设上来，另一方面又把发展社会主义民主、健全社会主义法制作为国家的一项历史性的根本任务，明确提出：为了保障人民民主，必须加强社会主义法制，使民主制度化、法律化，使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权威，不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变。做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。在法律面前人人平等。这是对我国社会主义民主发展的一个重要总结，也是我国社会主义法制建设走上健康发展的道路一个伟大的历史性转折。

从此，我国在发展社会主义民主，健全社会主义法制，使民主制度化、法律化方面，进行了坚持不懈的努力，取得了巨大的进展，获得了举世瞩目的重大成就。最重要的是1982年制定了新宪法，为发展社会主义民主，健全社会主义法制，保障人民的权利和利益奠定了基

础。1979年以来，到2005年10月27日，除新宪法外，全国人大和人大常委会制定的现行有效的法律、有关法律的决定和法律解释，近300件。同一时期，国务院制定了近700件行政法规，省、自治区、直辖市制定了7500多件地方性法规。以宪法为基础的中国特色社会主义法律体系已经基本形成。对于促进国家政治生活、经济生活、社会生活的民主化，保障和扩大人民的公民政治权利和经济、社会、文化权利，发挥了巨大的作用。

## 1.2 中国人权法律保障的重点

### 1.2.1 坚持发展社会主义经济，保障人民的生存权和发展权

中国共产党从成立的那一天起，在新民主主义革命、社会主义革命和建设的各个历史阶段，都致力于实现人民的生存权、发展权。在广大发展中国家，要让人民切实享有广泛的人权，必须把生存权和发展权作为人权的重要内容。生存权和发展权作为人权的重要组成部分，这是社会主义国家对世界人权事业的独特贡献。

对于人权建设来说，不同国家或地区在不同时期有不同的侧重点。这是因为，虽然人权作为一个体系来说，它是完整的、不可分割的，但在如何实现人权、如何建设人权的问题上，应当有不同的策略。就中国这样的发展中国家而言，首先致力于实现人民的生存权、发展权是完全必要的，实践证明也是极为成功的。为保障人民充分享有生存权和不断改善生存条件的发展权，就必须大力发展经济，实现国家的现代化。为此，宪法明确规定国家的根本任务是“集中力量进行社会主义现代化建设”，把坚持改革开放，实行社会主义市场经济明确载入宪法，并且根据宪法制定了一系列有关促进改革开放、建立和发展社会主义市场经济、保护人民财产权、经营权和经济生活中平等、自主权利的法律，极大地调动起广大人民建设中国特色社会主义的积极性。二十多年来，由于毫不动摇地坚持以经济建设为中心，坚持改革开放，不断解放和发展生产力，人民生活基本实现了从贫困到温饱、再从温饱到小康的两次历史性飞跃。人民的生存权和发展权得到了极大的改善。

现在，中国经济蓬勃发展、市场繁荣旺盛、社会安定稳定、综合国力显著增强，人民生活水平提高很快，全国呈现一片生机勃勃、欣欣向荣的气象，这是中国人民为实现生存权、发展权取得的巨大成就，也是中国人权状况不断进步的有力证明。

### 1.2.2 加强民主政治建设，保障人民掌握和行使管理国家、社会的权力

中国是人民当家作主的民主国家。宪法明确规定，国家的一切权力属于人民。这是中国国家制度的核心内容和基本准则。在一切权力中，最重要、最根本的是国家权力。宪法规定：“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”人民代表大会制度是体现我国“一切权力属于人民”这一社会主义民主实质的根本政治制度，能保障全国人民统一行使国家权力，充分调动人民群众当家作主的积极性和主动性，是 13 亿人民把国家的、民族的和自己的命运最终掌握在自己手中，维护人民根本利益的可靠保证。在我国，全体人民都是国家的主人，国家的权力应当而且必须由人民代表大会统一行使。在整个国家结构体系中，人民代表大会不受其它国家机关的制约，与其它国家机关不是互相分立，平等分权的关系，而是决定与执行，监督与被监督的关系。这就体现了一切权力属于人民，来源于人民的原则，保证一切国家机关都必须服从人民的意志，代表人民的利益行使职权，为人民服务，对人民负责，受人民监督。为了保证全体人民真正成为国家和社会的主人，能够更好地行使国家权力，宪法对加强民主政治建设，进行政治体制改革，改进和完善人民代表大会制度，作了一系列重要的规定。根据宪法，又制定和修订了一系列有关国家机关的法律。宪法和有关法律的规定都贯串一条原则，就是从政治上组织上保证全体人民能够真正行使国家权力，真正成为国家的主人。以选举制度为例。选举权和被选举权是人民行使国家权力的主要标志，是最重要的政治权利。为了扩大群众的民主选举权利，按照宪法、选举法、各种组织法的规定，全国已在人大代表和国家机关领导人员的选举中实行差额选举，把直接选举人大代表的范围由乡一级扩大到县一级，并且改进选举程序和方式，保证尊重选民按照自己的意愿行使民主权利。宪法和法律还规定：各级人大代表受选民和原选举单位的监督，选民或者选举单位都有权罢免自己选出的代表。由各级人大选举产生的各级国家机关领导人员，受原选举单位监督，对他们原选举单位有权罢免。这对各级人大真正按照人民的意志来行使国家权力是非常重要的制度保证。

在加强各级人大建设的同时，大力加强基层民主建设，实行群众自治。宪法规定，城市的居民委员会和农村的村民委员会是群众性自治组织。随后相继制定实施了《村民委员会组织法》和《城市居民委员会组织法》。现在，全国广大城乡人民都已按照民主原则组织起来，实行自治，群众的事情，由群众自己依法去办，自我管理，自我教

育，自我服务，实行直接民主。这是我国社会主义民主政治制度的重要进展，也是朝着高度民主方向迈出的最实际、最有效的一步。

### 1.2.3 全面保障公民权利，促进人的全面发展，推进社会的全面进步

中国的宪法和法律都是为建设中国特色社会主义服务的。社会主义的根本任务就是解放和发展生产力，而人是生产力诸要素中最重要、最活跃的要素。所谓解放和发展生产力，就是解放和发展人，解放人的思想、能力，发展人的体质和心智，给人们以充分发挥自己聪明才智的权利和自由。所以，确认和保障人的权利和自由，充分调动人的积极性、主动性、创造性，强调以人为本，全面保障公民权利，促进人的全面发展，提高全民素质，建立和谐社会，既是建设社会主义的本质要求，也是保障人权的基本内容。

我国宪法对人民享有的公民权利和政治权利做了明确和详尽的规定。依照宪法规定，中国公民享有人身自由、宗教信仰自由和言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由；公民的人格尊严、住宅、通信自由和通信秘密不受侵犯；年满 18 周岁的公民，除依照法律被剥夺政治权利的人以外，都有选举权和被选举权；公民对任何国家机关和国家工作人员有提出批评、建议的权利，对其违法失职行为有提出申诉、控告或者检举的权利以及由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人，有依照法律规定取得赔偿的权利等。同时，我国宪法也明确规定了公民的经济、社会和文化权利。依照宪法规定，我国公民享有劳动权、休息权、受教育权、进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由权，在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下从国家和社会获得物质帮助的权利，以及其他劳动保护和社会保障的权和国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权，并依法保护公民的合法私有财产的所有权、继承权；妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭生活等各方面享有同男子平等的权利；国家保护婚姻、家庭、母亲和儿童；国家和社会帮助安排残疾公民的劳动、生活和教育等等。

保障最大多数人的最大利益，是我国制定宪法和法律的立足点和出发点，也是我国在人权问题上的立足点和出发点。因此，就本质而言，我国的宪法和法律都是保障人权和促进人权的。正是基于这一认识，促使中国坚持和加强人权的法律保障。2004 年 3 月，中国十届全国人大二次会议审议通过的宪法修正案，将“国家尊重和保障人权”载入宪法，揭开了中国人权事业发展的新篇章。

### 1.3 中国人权法律保障的特色

#### 1.3.1 平等性

我国的宪法和法律是全体人民的意志和利益的集中表现，在这样的法律面前，在它的实施上，所有公民都是平等的。宪法明确规定“在法律面前人人平等”，还规定“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”即凡是中国的公民，不论其民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况有什么不同，在法律面前是一律平等的。宪法还规定“任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。”在我国，不允许有只享权利，不尽义务的人，也不应有只尽义务、没有权利的人。这作为宪法原则，意味着我国公民既平等地依法享受权利，又平等地依法履行义务；既平等地受法律保护，又平等地受法律制约，如果触犯法律，则平等地受到法律追究。任何人都不得有超越法律的特权。

#### 1.3.2 广泛性

在我国享有权利、自由的主体非常广泛。包括工人、农民、知识分子和爱国者在内的全体人民都享有当家作主的权利，都是权利的主体。在中国，有选举权和被选举权的人数占 18 岁以上公民人数的 99.97%。参加选民登记的人数占 18 岁以上人数的 99.5%。参选率一般都在 90% 以上。我国宪法和法律保障中国人民所享有的人权具有广泛的内涵，是个完整的、多层次的概念，既包括公民权利和政治权利，也包括经济、社会、文化权利；既有公民享有的个人权利，也有人民、民族、国家作为总体享有的集体权利；国家既注重维护全体人民普遍享有的权利，也注重保障特殊群体如妇女、未成年人、老人、残疾人、少数民族、归侨侨眷、消费者、劳动者等通常处于弱势地位的社会群体所享有的特殊权益；即使对于受到司法追究的人和服刑罪犯，也注重刑事诉讼和监狱管理中的人权保护。

#### 1.3.3 真实性

我们制定宪法和法律不是为好看，而是要执行的。对人权的法律保障的真实性，体现在：一是总结实践经验，针对现实生活中人权保障存在的问题和薄弱环节，有的放矢，对症下药地加以规定，实实在在地确认和保障人权，通过解决一个一个的实际问题，改善和扩大对人权的保护。二是宪法和法律在规定公民的自由和权利时，从我国的实际

情况出发，与我国现实的政治、经济、文化发展水平相适应，其中的一个重要原则是：规定了的要能办得到，实践中能行得通；办不到、行不通的就暂不作规定，待条件成熟时再作规定。三是为了保证宪法规定的公民基本权利的实现和逐步扩大，国家通过制定一系列法律法规，使宪法规定的公民的基本权利的实现有具体依据和保障。凡是关系公民基本权利的规定，都只能由全国人大及其常委会制定的法律作出。

#### 1.3.4 权威性和普及性

我国的宪法和法律是集中全国人民的意志，由最高国家权力机关制定的。一经制定，就具有极大的权威。全国人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守。同时，由于我国宪法和法律是保障和促进公民享有各种权力的，因此，宪法和法律的实施，能够建立在广大人民群众自觉遵守的基础上。全国人大常委会先后多次通过决定，在全国范围内普及法律知识，把法律交给广大人民群众，使广大人民群众学法知法，加强法制观念，学会掌握和运用法律武器，维护自身的合法权益，维护宪法和法律的实施，同一切违反宪法和法律的行为作斗争。

#### 1.3.5 国家权力与人权的一致性

在我国，国家权力掌握在人民手里，国家意志是人民意志的集中表现，这种国家权力与人民权力的一致性，决定了我们国家对人权的保障实行国家责任原则，即不仅用宪法、法律保障人权，而且注重通过国家主动承担义务，积极创造条件，依靠全社会的共同努力，改善整个社会的物质文化生活条件，使公民享有更多的经济社会文化权利。我国人民不仅享有宪法、法律确认和保障的广泛权利，而且享有一些宪法、法律虽无明文规定，但实际享有的权利，如在人民受灾时这种优越性体现得尤为突出，充分体现了社会主义制度下保障人权的特色和优势。

作为演讲的结束，我想表达一个观点。人权是人类文明的共同结晶，各民族各国家都对人权作出过积极贡献。中国也为人类的人权事业作出了自己应有的贡献。1840年以来的中华民族的反侵略反殖民的斗争，是世界人权史的重要组成部分，特别是60年前中国人民抗日战争的胜利，为人类最终战胜法西斯主义作出杰出的贡献。二战结束后，在《联合国宣言》的起草过程中，中国派董必武作为代表参加了这一起草工作。后来，《世界人权宣言》等国际人权文件也都有中国

人参与起草。《残疾人权利保护公约》还首次以中国为主进行起草。这表明，我国对世界人权事业所作的贡献及我国在人权领域所取得的成绩已得到了国际社会的普遍认可与充分肯定。中国不仅参与起草国际人权文件，而且还积极签署或批准有关公约。截至目前，我国已加入 21 个有关人权的国际公约。作为联合国人权委员会的成员国，我国在国际人权事业中发挥的作用将越来越大。

中国一直主张，在人权问题上，各国之间应该遵循相互尊重、互不干涉内政、不搞对抗、加强对话的原则。各国通过平等的对话和交流，可以共同促进人权事业的繁荣和发展。中国的这一原则立场，已经得到国际社会的积极响应和广泛支持。这次在北京举行第七届中德人权研讨会就是一个证明。这有利于进一步促进中国与国际社会在人权领域的合作，进而发展中国的人权事业，改善中国的人权状况。事实证明，通过对话与合作，促进各国人民充分享有和实现人权，是完全符合世界各国人民的愿望和要求的。

谢谢各位。

## 2 译文：Rechtsschutz für die Menschenrechte in China (Qiao Xiaoyang, Mitglied und stellvertretender Generalsekretär des Ständigen Ausschusses und Stellvertretender Vorsitzender des Ausschusses für Rechtsfragen des Nationalen Volkskongresses)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Menschenrechte und das Recht sind beide Produkte der historischen Entwicklung der menschlichen Gesellschaft und somit eng miteinander verbunden. Die Menschenrechte sind der Kern von Demokratie und Herrschaft des Rechts; ihre Wahrnehmung und Verwirklichung hängen von gesetzlichen, allen voran verfassungsrechtlichen Garantien ab. Auf der anderen Seite widerspiegelt der Grad der Demokratie in der Rechtsordnung den der Verwirklichung der Menschenrechte, und die Entwicklungstendenz der Menschenrechte die der Rechtsordnung.

Menschenrechte als unveräußerliche Rechte des Menschen sind universal. Im Lauf der Geschichte haben sich die Menschenrechte hinsichtlich ihrer Definition und Bedeutung ständig weiterentwickelt, so dass sie mittlerweile über die Grenzen des nationalen Rechts hinausgegangen und ein Teil des Völkerrechts geworden sind.

Andererseits sind Menschenrechte auch landesspezifisch. Alle Nationalstaaten haben die Universalität der Menschenrechte zu achten, zugleich sind sie aber auch berechtigt, souverän über Modelle der Wahrung sowie der Entwicklung der Menschenrechte im eigenen Land zu entscheiden, und zwar gemäß



ihren spezifischen nationalen und sozialen Gegebenheiten. Letzten Endes sind die Menschenrechte im Rahmen des nationalen Rechts festzulegen und zu schützen, wobei die sich aus internationalen Konventionen zur Wahrung und Förderung der Menschenrechte ergebenden Verpflichtungen in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Deswegen setzt Achtung der Menschenrechte die Achtung der Entscheidungsfreiheit aller Völker der Welt bezüglich ihres politischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und kulturellen Systems und nicht zuletzt die Achtung des Rechts eines jeden Landes voraus. Und die Kenntnis der Menschenrechtslage eines Landes verlangt auch die Kenntnis des nationalen Rechts des betreffenden Landes.

## 2.1 Entwicklung des Rechtsschutzes für die Menschenrechte in China

Die Kommunistische Partei Chinas sieht seit jeher in der Entwicklung und Durchsetzung der Demokratie eine ihrer Hauptaufgaben und legt viel Wert auf den Aufbau von Demokratie, Freiheit und Menschenrechten. Dies geht auf die leidvollen geschichtlichen Erfahrungen des chinesischen Volkes, das Leitbild der KPCh und den Wesen des neuen China zurück.

1. Unter der Leitung der KPCh hat das chinesische Volk durch jahrzehntelangen harten Kampf im Jahr 1949 den revolutionären Sieg errungen, die Volksrepublik gegründet und dadurch die einstigen „drei Bürden“ - Feudalismus, bürokratischer Kapitalismus und Imperialismus - abgeschüttelt. Gleich nach der Machtübernahme verkündete die KPCh die Aufhebung des alten Rechtssystems samt aller Gesetze und gesetzlichen Bestimmungen, mit denen die Kuomintang-Partei das Volk unterdrückt hatte, und nahm anschließend die Schaffung eines neuen Rechtssystems mit Gesetzen und gesetzlichen Bestimmungen, die das Volk schützen sollten, in Angriff. Gleichzeitig wurden landesweit rechtliche Maßnahmen eingeleitet, um den Erfolg der Revolution zu verteidigen, die Herrschaft des Volks zu garantieren und somit dessen Interessen zu wahren.

Das Grundsatzprogramm, das von der Politischen Konsultativkonferenz des Chinesischen Volkes am Vorabend der Gründung der Volksrepublik beschlossen wurde und als provisorische Verfassung galt, sah u.a. den Grundsatz der Herrschaft des Volkes vor. Konkret bedeutete das, in der Volksrepublik China herrscht das Volk über den Staat. Es genießt umfassende Demokratie und ausgedehnte Freiheiten, u. a. das aktive und passive Wahlrecht, die Freiheit der Meinungsäußerung, der Publikation, der Versammlung, der Vereinigung, der Korrespondenz, des Wohnens, des Glaubens und der Demonstration. Alle ethnischen Gruppen genießen gleiche Rechte und übernehmen gleiche Pflichten. Männer und Frauen sind gleichberechtigt, usw.

Die ersten Gesetze, die unmittelbar nach der Gründung der Volksrepublik erarbeitet wurden, dienten dem Schutz der Menschenrechte. Im April 1950 wurde zum Beispiel das Ehegesetz erlassen, durch das das alte Ehe- und Fami-

lienrecht, das durch Zwangsehe, Diskriminierung von Frauen sowie Missachtung der Rechte der Kinder gekennzeichnet war, abgeschafft und ein neuartiges Recht geschaffen wurde, das geprägt ist durch die Emanzipation der Frau, freie Wahl des Ehepartners, Monogamie und Gleichstellung von Mann und Frau.

Im Juni 1950 wurde dann das Gesetz über die Bodenreform erlassen, durch das das alte Bodenrecht abgeschafft, der Boden den Grundherren weggenommen und den armen Bauern zugeteilt wurde. Dadurch wurden die Bauern zu Eigentümern von Grund und Boden, d.h. das neudemokratische System des Grundeigentums wurde verwirklicht.

Parallel zu dem Gesetz über die Bodenreform wurde auch das erste Gewerkschaftsgesetz erlassen, in dem die Rechtslage und die Befugnisse sowie die Pflichten der Gewerkschaften verankert waren: Die Gewerkschaft, so hieß es darin, sei eine freiwillige Vereinigung der Arbeiterklasse. Jeder Arbeitnehmer habe die Freiheit und das Recht, der Gewerkschaft beizutreten. Die Gewerkschaft sei zuständig dafür, die Betriebsführung der staatseigenen Unternehmen sowie die Gesellschafter der privaten Unternehmen bei der Erfüllung aller gesetzlich vorgeschriebenen Pflichten zum Schutz der Arbeit zu überwachen und somit die grundlegenden Interessen der Arbeiterklasse zu wahren. Darüber hinaus wurden noch weitere Gesetze und gesetzliche Bestimmungen zum Schutz der bürgerlichen Rechte erarbeitet, u. a. die über die Versicherung der Arbeiter und Angestellten und über die Bestrafung von Unterschlagungen. Das ganze Spektrum von Gesetzen und Verordnungen aus den Anfangsjahren der Volksrepublik belegt eindeutig den engagierten Einsatz der KPCh zum Schutz der Menschenrechte in jener Zeit.

Im Jahre 1954 wurde die erste Verfassung der Volksrepublik China verkündet, die die hart erkämpften Errungenschaften des chinesischen Volkes dokumentierte und als das Grundgesetz zum umfassenden Schutz der Menschenrechte galt.

2. Seit ihrer Gründung hat die Volksrepublik China eine dynamische Entwicklung in vielen Bereichen erfahren, u. a. beim Schutz und bei der Förderung der Menschenrechte. Dennoch haben wir im Zuge der Entwicklung auch schwerwiegende Fehler gemacht, vor allem während der zehn Jahre der „Kulturrevolution“, die in den späten 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts begann.

Gestützt auf die in positiven wie negativen Erfahrungen, die man seit der Gründung der Volksrepublik gemacht hatte, beschloss die chinesische Regierung Ende 1978, die Modernisierung mit dem wirtschaftlichen Aufbau als Schlüsselaufgabe zum Schwerpunkt ihrer Arbeit zu machen. Parallel dazu wurden auch die Entwicklung der sozialistischen Demokratie und die Vervollkommnung des sozialistischen Rechtssystems als historische Kernaufgaben des Staates definiert. Es hieß: Um das demokratische System zu institutionalisieren

sowie juristisch abzusichern und schließlich die Herrschaft des Volkes zu garantieren, sei das sozialistische Rechtssystem zu stärken. Dadurch wurde die Stabilität, Kontinuität und Autorität des demokratischen Systems und des Rechtssystems sichergestellt und somit vor willkürlicher Veränderung nach eventuellen personellen Veränderungen in Führungspositionen des Staates abgesichert. Es gelte, so hieß es weiter, die erforderlichen Gesetze rechtzeitig zu erlassen, damit in Übereinstimmung mit dem Gesetz gehandelt wird, die Gesetze streng eingehalten und rechtswidrige Handlungen geahndet werden. Alle seien vor dem Gesetz gleich. Gleichzeitig markiert diese Bilanz der Entwicklung der sozialistischen Demokratie in China eine historische Wende hin zu einer gesunden Entwicklung beim Aufbau des sozialistischen Rechtssystems.

Seitdem bemühte sich die chinesische Regierung intensiv, die sozialistische Demokratie weiterzuentwickeln, das sozialistische Rechtssystem zu vervollkommen und die Demokratie zu institutionalisieren sowie juristisch abzusichern. Dabei wurden eindrucksvolle Fortschritte gemacht. Um nur einige Beispiele zu nennen: Mit der Revision der Verfassung im Jahr 1982 - dem wohl wichtigsten Schritt in diesem Zusammenhang - wurde eine solide Basis für die Entwicklung der sozialistischen Demokratie, die Vervollkommnung des sozialistischen Rechtssystems und den Schutz der Rechte sowie Interessen der Bevölkerung gelegt.

Von 1979 bis zum 27. Oktober 2005 haben der Nationale Volkskongress und dessen Ständiger Ausschuss abgesehen von dem Gesetz zur Änderung der Verfassung insgesamt rund 300 Einzelgesetze und Durchführungsbestimmungen und Erläuterungen dazu erstellt, die heute noch gültig sind. Vom Staatsrat wurden in dieser Zeit rund 700 administrative gesetzliche Verordnungen und von den Volkskongressen auf der Ebene der Provinzen, autonomen Gebiete sowie regierungsunmittelbaren Städte über 7500 lokale gesetzliche Bestimmungen erlassen. Dies ist in groben Zügen eine Skizze der Entstehung der sozialistischen Rechtsordnung chinesischer Prägung, die sich auf die Verfassung stützt. Dies ist für die Förderung der Demokratie im politischen, wirtschaftlichen sowie sozialen Leben des Staates und für die Erweiterung der politischen, wirtschaftlichen, sozialen sowie kulturellen Rechte der Bürger von großer Bedeutung.

## 2.2 Schwerpunkte des juristischen Schutzes für die Menschenrechte

### 2.2.1 *An der Entwicklung der sozialistischen Wirtschaft festhalten, die Rechte der Bürger auf Existenz und Entwicklung wahren*

Seit ihrer Gründung ist die KPCh bestrebt, das Recht der Bürger auf Existenz und Entwicklung zu verwirklichen, in der Periode der neudemokratischen und

der sozialistischen Revolution ebenso wie beim Aufbau des Sozialismus. In einem Entwicklungsland wie China ist diesen beiden Rechten Priorität einzuräumen, damit die Bevölkerung tatsächlich in den Genuss von umfassenden Menschenrechten kommen kann. Mit der Achtung dieser beiden Rechte als wesentliche Bestandteile der Menschenrechte hat China, ein sozialistisches Land, auch einen spezifischen Beitrag zum internationalen Menschenrechtsschutz geleistet.

Bei der Förderung der Menschenrechte setzen verschiedene Länder und Regionen zu verschiedenen Zeiten verschiedene Schwerpunkte. Der Grund hierfür ist: Obwohl die Menschenrechte ein in sich geschlossenes, unteilbares System darstellen, ist es angemessen, differenzierte Strategien bei ihrer Verwirklichung einzusetzen. Nehmen wir China, ein Entwicklungsland, als Beispiel. Wenn wir dem Recht auf Existenz und Entwicklung Vorrang einräumen, so ist dies nicht nur notwendig, sondern erwiesenermaßen auch erfolgreich.

Um das Recht auf Existenz und Entwicklung zu gewährleisten, muss die Volkswirtschaft angekurbelt und die Modernisierung vorangetrieben werden. Folglich sieht die Verfassung vor, dass die Kernaufgabe des Staates darin besteht, sich auf die Modernisierung zu konzentrieren. Zu diesem Zweck haben wir die beiden Prinzipien „Festhalten an Reform und Öffnung sowie Einführung der sozialistischen Marktwirtschaft“ in die Verfassung aufgenommen und dementsprechend eine Reihe von Gesetzen erlassen, die die Förderung von Reform und Öffnung, die Etablierung und Entwicklung der sozialistischen Marktwirtschaft, den Schutz des Rechtes der Bürger auf Eigentum und ihrer unternehmerischen Freiheit sowie der Gleichheit und der Freiheiten der Bürger im wirtschaftlichen Leben zum Inhalt haben und somit die Bevölkerung zur engagierten Teilnahme am Aufbau des Sozialismus chinesischer Prägung wirkungsvoll motivieren. In den letzten 20 Jahren haben wir aufgrund des unbeirrten Festhaltens an der zentralen Aufgabe des wirtschaftlichen Aufbaus und an der Politik von Reform und Öffnung ständig neue Produktivkräfte aktiviert und gefördert. In der Folge sind uns bei der Erhöhung des Lebensstandards der Bevölkerung zwei historische Quantensprünge gelungen, nämlich der Sprung von der Armut zur gesicherten Versorgung aller Bürger mit Nahrungsmitteln und Bekleidung und der Sprung von diesem Niveau zu einem bescheidenen Wohlstand. Die Lage des Rechtes der Bürger auf Existenz und Entwicklung ist damit wesentlich verbessert worden.

Zur Zeit erfreuen wir uns wirtschaftlicher Prosperität, eines boomenden Marktes und sozialer Stabilität. Unser Land wird immer stärker, und der Lebensstandard der Bevölkerung steigt rapide an. Das ganze Land ist voller Vitalität und befindet sich in Aufbruchstimmung. Diese enormen Erfolge, die wir im Laufe der Verwirklichung des Rechts auf Existenz und Entwicklung erreicht haben, sind ein aussagekräftiger Nachweis für die Verbesserung der Menschenrechtssituation in China.

*2.2.2 Den Aufbau der Demokratie verstärken, um das Recht des Volkes auf Leitung des Staats und der Gesellschaft und dessen Ausübung zu gewährleisten*

Die VR China ist ein demokratischer Staat unter der Herrschaft des Volkes. Die Verfassung sieht vor, dass alle Macht vom Volke ausgeht, was zugleich als Kerninhalt und Grundprinzip des politischen Systems der VR China gilt. Dabei ist die Macht im Staat die wesentlichste Form der Machtausübung. Die Verfassung sieht ferner vor, dass das Volk die Macht im Staat durch den Nationalen Volkskongress sowie die lokalen Volkskongresse auf allen Ebenen wahrnimmt. Das System der Volkskongresse ist das grundlegende politische System, das den demokratischen Charakter der VR China - „Alle Macht gehört dem Volk“ - zum Ausdruck bringt, denn es garantiert die einheitliche Wahrnehmung der Staatsgewalt durch das ganze Volk, kann das Volk zur Teilnahme an der Leitung des Staates motivieren und ist somit der beste Garant für die Wahrung der grundlegenden Interessen des Volkes.

In China ist das ganze Volk Herr des Landes. Deswegen soll und muss die Staatsgewalt von den Volkskongressen einheitlich wahrgenommen werden, die laut den Prinzipien des Staatsaufbaus von keinen anderen Staatsorganen kontrolliert oder dirigiert werden dürfen. Als legislative Organe überwachen sie die exekutiven Organe. Eben darin kommen die beiden Grundsätze „Alle Macht gehört dem Volk“, „Alle Macht geht vom Volke aus“ zum Ausdruck. Es gilt zu gewährleisten, dass alle Staatsorgane dem Willen des Volkes unterworfen sind, im Interesse des Volkes die Amtsgewalt ausüben und unter der Aufsicht des Volk stehen.

Um die Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk zu fördern und somit dessen Herrschaft über den Staat zu garantieren, wurde die Verfassung um eine Reihe von wesentlichen Artikeln ergänzt, und zwar hinsichtlich der Verstärkung des demokratischen Aufbaus, der Durchführung der Reform des politischen Systems sowie der Verbesserung und Optimierung des Systems der Volkskongresse. Außerdem wurden einige Gesetze bezüglich bestimmter Staatsorgane erlassen bzw. revidiert. Nehmen wir das Wahlsystem als Beispiel. Wie weit das aktive und passive Wahlrecht, die wichtigsten politischen Rechte schlechthin, realisierbar ist, ist ein Maßstab, an dem die Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk gemessen wird. Um das Wahlrecht der Bevölkerung zu erweitern, wurde gemäß der Verfassung, dem Wahlgesetz und den anderen einschlägigen Gesetzen für die Wahl der Repräsentanten der Volkskongresse und der hochrangigen Beamten der Staatsorgane das Mehrheitswahlverfahren mit mehreren Kandidaten für ein Abgeordnetenmandat eingeführt. Darüber hinaus wurden Direktwahlen von der Dorf- auf die Kreisebene ausgeweitet und das Wahlverfahren verbessert, damit die Wahlberechtigten bei der Ausübung ihrer demokratischen Rechte ihren eigenen freien Willen voll durchsetzen können.

Die Verfassung und die relevanten Gesetze sehen außerdem vor, dass die Abgeordneten der Volkskongresse aller Ebenen unter der Aufsicht der Wählerschaft in ihren Wahlkreisen stehen. Letztere sind berechtigt, die von ihnen gewählten Repräsentanten wieder abzurufen. Dadurch ist institutionell sichergestellt, dass die Volkskongresse auf allen Ebenen die Staatsgewalt im Sinne des Volkes ausüben.

Parallel zur Stärkung der Volkskongresse auf allen Ebenen hat die chinesische Regierung durch die Einführung der Selbstverwaltung der Einwohner der Basisdemokratie neue Impulse gegeben. Laut Verfassung bilden die Einwohnerratsausschüsse in den Städten und die Dorfbewohnerratsausschüsse in den ländlichen Gebieten die Basisorganisationen der Selbstverwaltung. Dementsprechend wurden Gesetze über die Dorfbewohnerratsausschüsse und über die städtischen Einwohnerratsausschüsse erarbeitet und in Kraft gesetzt.

Heutzutage gilt das demokratische Prinzip der Selbstverwaltung sowohl für die Bewohner der Städte wie für die der ländlichen Gebiete. Sie sind eigenverantwortlich und erledigen selbständig ihre eigenen Angelegenheiten, wodurch die direkte Demokratie verwirklicht wird. Dies ist nicht nur ein wichtiger Erfolg beim Aufbau unserer sozialistischen politischen Ordnung, sondern auch einer der effektivsten und praktischsten Fortschritte in Richtung einer hochentwickelten Demokratie.

*2.2.3 Die bürgerlichen Rechte umfassend schützen, die allseitige Entwicklung des Menschen fördern und somit den umfassenden gesellschaftlichen Fortschritt ermöglichen*

Die Verfassung wie die Gesetze Chinas dienen dem Aufbau des Sozialismus chinesischer Prägung, dessen primäre Aufgabe in der Befreiung und Weiterentwicklung der Produktivkräfte besteht. Unter allen Produktivkräften ist aber der Mensch am wichtigsten und aktivsten. Deswegen bedeutet Befreiung und Weiterentwicklung der Produktivkräfte Befreiung und Weiterentwicklung des Menschen, d.h. Befreiung der Begabungen und Fähigkeiten, Förderung der geistigen und körperlichen Gesundheit und Gewährung von Rechten und Freiheiten, damit sich der Mensch voll und ganz verwirklichen kann.

Folglich gilt es, die Menschenrechte juristisch zu verankern und zu schützen, die Initiative und Kreativität des Menschen zu fördern, den Menschen ins Zentrum aller Arbeit zu rücken, die bürgerlichen Rechte umfassend zu schützen, die allseitige Entwicklung des Menschen voranzutreiben, die allseitige Qualifikation der Bevölkerung zu erhöhen und somit letztendlich eine harmonische Gesellschaft zu schaffen. All dies ist nicht nur ein elementares Erfordernis des sozialistischen Aufbaus, sondern auch wesentlicher Bestandteil des Schutzes der Menschenrechte.

In der Verfassung sind die bürgerlichen und politischen Rechte der Bürger klar und detailliert definiert. Laut der Verfassung genießt der Bürger die Frei-

heit der Person, die Glaubens-, Meinungs-, Veröffentlichungs-, Vereinigungs-, Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit. Die persönliche Würde, die Wohnung, die Freiheit der Korrespondenz und das Briefgeheimnis sind unverletzlich. Alle Bürger, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, haben das aktive und passive Wahlrecht. Davon ausgenommen sind Personen, denen die politischen Rechte gesetzlich aberkannt sind.

Alle Bürger haben das Recht, jeglichem Staatsorgan oder Staatsfunktionär gegenüber Kritik sowie Ratschläge zu äußern. Sie haben auch das Recht, sich wegen Rechts- oder Pflichtverletzungen durch Staatsorgane oder Staatsfunktionäre mit einer Anrufung, Anklage oder Anzeige an das entsprechende Staatsorgan zu wenden. Personen, die infolge der Verletzung ihrer Bürgerrechte durch Staatsorgane oder Staatsfunktionäre geschädigt wurden, haben das Recht auf Schadensersatz gemäß den gesetzlichen Bestimmungen.

Zugleich hat die Verfassung die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte der Bürger eindeutig festgelegt. Demnach hat ein Bürger das Recht auf Arbeit, Erholung, Bildung, sowie das Recht auf kulturelle Betätigung, was u. a. die Freiheit der wissenschaftlichen Forschung und des literarischen und künstlerischen Schaffens beinhaltet. Die Bürger haben das Recht auf Arbeitsschutz und Sozialversicherung, u. a. materielle Unterstützung vonseiten des Staates und der Gesellschaft im Alter, im Krankheitsfall und bei Arbeitsunfähigkeit.

Das Eigentumsrecht an den legitimen Einkünften, Ersparnissen, Wohnungen sowie am sonstigen Vermögen eines Bürgers steht unter dem Schutz des Staates. Das Eigentum an legitimem Privatvermögen sowie das Erbrecht des Bürgers ist auch juristisch geschützt. Frauen genießen im politischen, wirtschaftlichen, kulturellen, gesellschaftlichen und Familienleben die gleichen Rechte wie die Männer. Ehe, Familie sowie Mutter und Kind stehen unter dem Schutz des Staates. Der Staat und die Gesellschaft haben für die Arbeit, das Leben sowie die Bildung der behinderten Menschen zu sorgen.

Die maximalen Interessen der großen Mehrheit der Bevölkerung zu schützen, ist nicht nur grundlegendes Prinzip der chinesischen Verfassung und Basis aller Gesetze, sondern auch der Menschenrechtspolitik in China. In diesem Sinne dienen die Verfassung und die Gesetze Chinas dazu, die Menschenrechte zu schützen und zu fördern. Es gilt nun, den juristischen Schutz der Menschenrechte konsequent durchzusetzen und zu stärken. Das Gesetz zur Änderung der Verfassung, das auf der zweiten Tagung des 10. Nationalen Volkskongresses 2004 angenommen wurde, sieht vor, die chinesische Verfassung durch den Grundsatz der „Achtung und des Schutzes der Menschenrechte durch den Staat“ zu ergänzen, und hat somit ein neues Kapitel in der Entwicklung der Menschenrechte in China aufgeschlagen.

## 2.3 Besonderheiten des juristischen Schutzes der Menschenrechte in China

### 2.3.1 *Egalität*

Die Verfassung und die Gesetze Chinas sind Ausdruck von Willen und Interessen des ganzen Volkes. In der Verfassung wurde u. a. festgelegt, dass alle Bürger vor dem Gesetz gleich sind und dass keiner Organisation und keinem Menschen Sonderrechte zustehen, die nicht im Einklang mit der Verfassung und den Gesetzen stehen. Das heißt konkret, dass alle Bürger unabhängig von Nationalität, Rasse, Geschlecht, Beruf, sozialer Herkunft, Glauben, Bildungsniveau sowie Vermögenslage vor dem Gesetz gleich sind .

Darüber hinaus sieht die Verfassung vor, dass jedem Bürger die in der Verfassung und den Gesetzen verankerten Rechte zustehen, wobei er gleichzeitig den in der Verfassung und den Gesetzen vorgeschriebenen Pflichten nachzukommen hat. Das heißt, es gibt in China keine Person, die Rechte genießt, ohne Pflichten nachzukommen, und vice versa. Gemäß diesem verfassungsrechtlichen Grundsatz sind alle Bürger mit den gleichen Rechten ausgestattet, während ihnen auch die gleichen Pflichten obliegen. Sie werden gleichermaßen vom Gesetz geschützt, sind aber auch gleichermaßen durch das Gesetz gebunden. Beim Verstoß gegen das Gesetz werden sie gleichermaßen gesetzlich zur Rechenschaft gezogen. Keiner darf Sonderrechte genießen, die in den Gesetzen nicht vorgesehen sind.

### 2.3.2 *Universalität*

In China genießt ein sehr großer Personenkreis, d.h. das ganze Volk inklusive Arbeiter, Bauern, Intellektuellen und Patrioten, Rechte und Freiheiten. Insgesamt 99,97% der Gesamtbevölkerung über 18 Jahre genießen das aktive und passive Wahlrecht, und der Prozentsatz der Wahlberechtigten, die sich in die Wählerlisten eintragen ließen, liegt bei 99,5%. Die durchschnittliche Wahlbeteiligung liegt in der Regel bei 90%.

Der Begriff der Menschenrechte, so wie er in der Verfassung und den Gesetzen verankert ist, ist umfassend, vollständig und mehrdimensional. Er umfasst bürgerliche und politische, aber auch wirtschaftliche, soziale und kulturellen Rechte.

Die Bürger haben ihre Individualrechte, während dem Volk und dem Staat als Gemeinschaft kollektive Rechte zuerkannt sind. Der Staat legt großen Wert auf den Schutz der allgemeinen Rechte der gesamten Bevölkerung und widmet zugleich den speziellen Rechten und Interessen besonders schutzbedürftiger Personengruppen - Frauen, Minderjährige, Alte, Behinderte, Angehörige von Minoritäten, zurückgekehrte Auslandschinesen sowie Familienangehörige von im Ausland ansässigen chinesischen Staatsbürgern, Verbraucher, Arbeitnehmer



- große Aufmerksamkeit. Auch den Menschenrechten der Beschuldigten in Strafverfahren und der straffälligen Gefängnisinsassen wird Schutz gewährt.

### 2.3.3 *Authentizität*

Die Verfassung und die Gesetze Chinas sind kein schmückendes Beiwerk, sondern sind dazu da, eingehalten zu werden. Die Authentizität des Schutzes der Menschenrechte lässt sich an folgenden Tatbeständen erkennen:

1. Gestützt auf unsere Erfahrungen sind wir uns der Probleme und Unzulänglichkeiten beim Schutz der Menschenrechte bewusst und haben gezielte Lösungskonzepte erstellt, durch die die jeweiligen Probleme von Fall zu Fall gelöst werden, um dadurch den Schutz der Menschenrechte stetig zu verbessern und zu erweitern.

2. Bei der Festlegung der bürgerlichen Freiheiten und Rechte in der Verfassung und in den Gesetzen haben wir uns, ausgehend von den nationalen Gegebenheiten, am Niveau der politischen, wirtschaftlichen sowie kulturellen Entwicklung des Landes orientiert. Dabei gilt ein wichtiges Prinzip, nämlich dass eine Regelung erst dann in das Gesetz aufgenommen wird, wenn sie in der Praxis durchsetzbar ist, nicht vorher.

3. Um die Verwirklichung und die ständige Erweiterung der Menschenrechte zu gewährleisten, wurde eine Reihe von Gesetzen und gesetzlichen Bestimmungen erarbeitet, wobei die gesetzliche Regelung der Grundrechte der Bürger ausschließlich in die Kompetenz des Nationalen Volkskongresses und seines Ständigen Ausschusses fällt.

### 2.3.4 *Autorität und Popularität*

Als Ausdruck des Willens des ganzen Volkes werden die Verfassung und die Gesetze von den höchsten legislativen Organen beschlossen. Sind sie einmal beschlossen, kommt ihnen höchste Autorität zu. Die gesamte Bevölkerung, alle Staatsorgane und die Streitkräfte, alle politischen Parteien und gesellschaftlichen Organisationen und alle Unternehmen sowie öffentlichen Einrichtungen sind an sie gebunden.

Da die Verfassung und die Gesetze dem Schutz und der Förderung der bürgerlichen Rechte dienen, werden sie bewusst von den Massen befolgt. Außerdem verabschiedete der Ständige Ausschuss des Nationalen Volkskongresses mehrere Beschlüsse, um die Bevölkerung dazu zu motivieren, die Gesetze besser kennenzulernen sowie das Rechtsbewusstsein zu intensivieren und sie somit in die Lage zu versetzen, ihre legitimen Rechte und Interessen laut Gesetz einzufordern und zu verteidigen, die Verfassung und die Gesetze zu respektieren sowie gegen Rechtsverletzungen anzugehen.

### 2.3.5 *Die Vereinbarkeit von Staatsgewalt und Menschenrechten*

In China liegt die Staatsgewalt in den Händen des Volkes, dessen Wille wiederum findet seinen Ausdruck im Wollen des Staates. Die Vereinbarkeit von Staatsgewalt und Menschenrechten bewirkt, dass zum Schutz der Menschenrechte das Prinzip der staatlichen Verantwortlichkeit herangezogen wird. Das heißt, wir stützen uns dabei nicht nur auf die Verfassung und die Gesetze, sondern auch auf den Staat, der aktiv seine diesbezüglichen Pflichten wahrnimmt, tatkräftig die wirtschaftlichen und kulturellen Lebensbedingungen verbessert und somit die Erweiterung der wirtschaftlichen und kulturellen Rechte ermöglicht. Dies lässt sich erkennen an den ungeschriebenen Rechten, die über die in der Verfassung und den Gesetzen verankerten Rechte des Bürgers hinausgehen. Um nur ein Beispiel zu nennen: Die Katastrophenhilfe für die Bevölkerung in den betroffenen Gebieten belegt eindeutig die Besonderheiten und die Überlegenheit des Sozialismus beim Schutz der Menschenrechte.

Erlauben Sie mir noch eine Anmerkung zum Schluss. Menschenrechte sind die gemeinsamen Früchte der menschlichen Zivilisation, zu der alle Völker und Länder beigetragen haben. Auch China hat seinen gebührenden Beitrag geleistet. Der Kampf gegen Aggression und Kolonialismus, der 1840 begann, ist ein wichtiger Bestandteil der internationalen Geschichte des Schutzes der Menschenrechte. Insbesondere der Sieg im Widerstandskrieg gegen die japanische Aggression vor etwa 60 Jahren stellte einen Meilenstein im internationalen Kampf gegen den Faschismus dar.

Am Ende des Zweiten Weltkrieges wurde die Charta der Vereinten Nationen erarbeitet, woran Dong Biwu als Delegierter Chinas beteiligt war. Später haben Chinesen auch an der Ausarbeitung weiterer Menschenrechtsakte mitgewirkt, u. a. der Internationalen Menschenrechtserklärung. Zur Zeit laufen unter der Federführung der chinesischen Regierung die Verhandlungen über die UN-Konvention zum Schutz der Menschenrechte behinderter Menschen. All dies spricht dafür, dass unsere Beiträge zum internationalen Menschenrechtsschutz sowie unsere Erfolge dabei internationale Anerkennung gefunden haben. Darüber hinaus arbeitet China engagiert an der Unterzeichnung und Ratifizierung von relevanten Konventionen. Bis jetzt sind wir 21 internationalen Abkommen über die Menschenrechte beigetreten. Und als Mitglied des UN-Menschenrechtsausschusses wird China eine noch größere Rolle im internationalen Menschenrechtsschutz spielen.

Wir sind seit jeher der Meinung, dass in der Menschenrechtsfrage alle Länder einander respektieren, sich nicht in die inneren Angelegenheiten anderer Länder einmischen und Dialog statt Konfrontation verstärken sollten. Durch Dialog und Meinungsaustausch auf gleicher Augenhöhe können wir gemeinsam zur Stärkung und Entwicklung der Menschenrechte beitragen. Dieser Standpunkt hat großen Anklang und weitgehende Unterstützung in der internationalen Staatengemeinschaft gefunden. Das 7. Symposium im Rahmen des

chinesisch-deutschen Menschenrechtsdialogs spricht auch dafür. Durch solche Dialoge können wir die Kooperation mit der internationalen Gemeinschaft in der Menschenrechtsfrage intensivieren und somit die Menschenrechtssituation in China verbessern. Tatsachen haben es bereits bewiesen: Es entspricht den Wünschen und Bedürfnissen aller Völker der Welt, durch Dialog und Kooperation die weltweite Wahrnehmung der Menschenrechte und deren Verwirklichung in vollem Umfang zu fördern.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

### 3 Vokabeln

das	Ehegesetz	《婚姻法》
	Gesetz über die Bodenreform	《土地改革法》
das	Wahlgesetz	《选举法》
	Gesetz über die Dorfbewohnerausschüsse	《村民委员会组织法》
	Gesetz über die städtischen Einwohnerausschüsse	《城市居民委员会组织法》
die	Egalität	平等性
die	Authentizität	真实性
	Charta der Vereinten Nationen	《联合国宣言》
	die Internationale Menschenrechtserklärung	《世界人权宣言》
	UN-Konvention zum Schutz der Menschenrechte behinderter menschen	《残疾人权利保护公约》

#### 4 Text 1 zum Dolmetschen: Rolle und Bedeutung der Gerichte für den Schutz der Menschenrechte in Deutschland (Dr. Reinhard Gaier, Richter des Bundesverfassungsgerichts)

Für die Durchsetzung der Menschenrechte kommt in Deutschland den Gerichten entscheidende Bedeutung zu. Dies beruht auf einem System, das materielle und verfahrensrechtliche Aspekte kombiniert: Die Menschenrechte stehen dem Einzelnen als subjektive Rechte gegenüber dem Staat zu, und zur Durchsetzung dieser Rechte kann jeder Einzelne die Unterstützung der Gerichte in Anspruch nehmen.

##### 4.1 Menschenrechte als subjektive Rechte der Bürgerinnen und Bürger

Das Grundgesetz hat nicht nur die Menschenrechte in den Katalog der Grundrechte aufgenommen und ihnen dadurch den Rang von Verfassungsrechten verliehen, es bestimmt vielmehr auch, dass die Grundrechte als „unmittelbar geltendes Recht,, alle staatliche Gewalt binden (Art. 1 Abs. 3 GG). Damit hat sich das deutsche Grundgesetz bewusst von dem Modell der zuvor geltenden demokratischen Verfassung Deutschlands - der Reichsverfassung von 1919 - abgewandt. Dort waren die Grundrechte noch als bloße Programmsätze angesehen worden, deren Einhaltung nicht durchgesetzt werden konnte. Nachdem die Menschenrechte jetzt als geltendes Recht zu beachten sind, stehen sie den Bürgerinnen und Bürgern als subjektive Rechte zu. Jeder Einzelne kann sich daher gegenüber der staatlichen Gewalt auf die Einhaltung dieser Rechte, insbesondere also der Menschenrechte, berufen. Damit stellt sich zwangsläufig die Frage, wer darüber zu wachen hat, dass die Verfassungsrechte bei Ausübung staatlicher Gewalt auch tatsächlich nicht verletzt werden. Sollen die Menschenrechte effektiv geschützt werden, stehen für diese Aufgabe im deutschen Verfassungssystem nur die unabhängigen Gerichte zur Verfügung. Deshalb hatte die Qualifizierung der Menschenrechte als geltendes Recht zwingend zur Folge, dass die Gerichte für die Durchsetzung der Menschenrechte zuständig wurden.

Das deutsche Verfassungsrecht ist aber noch einen Schritt weitergegangen. Man hätte sich damit begnügen können, dass in gerichtlichen Verfahren kontrolliert wird, ob eine behördliche Maßnahme, die überprüft werden muss, oder die gesetzlichen Regelungen, die im Rechtsstreit angewandt werden sollen, auch die Menschenrechte beachten. Die gerichtliche Kontrolle der Einhaltung der Menschenrechte sollte jedoch nach den schrecklichen Erfahrungen mit der Nazi-Diktatur intensiviert werden. Aus diesem Grunde wurde die Verfassungsbeschwerde eingeführt (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG), über die nicht die allgemein zuständigen Fachgerichte, sondern als spezielles Gericht das Bundesverfassungsgericht zu entscheiden hat.

#### 4.2 Schutz der Menschenrechte durch das Bundesverfassungsgericht

Mit der Verfassungsbeschwerde kann sich jedermann - Deutsche und Ausländer, soweit die Verfassung auch ihre Menschenrechte schützt - an das Bundesverfassungsgericht wenden und geltend machen, er sei durch staatliche Gewalt in den von der Verfassung geschützten Menschenrechten verletzt. Auf diese Weise wird erreicht, dass Menschenrechte praktische Wirksamkeit erlangen. Jeder Einzelne hat es in der Hand, durch Einlegung einer Verfassungsbeschwerde eine Verletzung ihn betreffender Menschenrechte feststellen und ausräumen zu lassen. Die Bürgerinnen und Bürger in Deutschland haben die Bedeutung der Verfassungsbeschwerde für die Verteidigung ihrer Rechte erkannt und machen von diesem Rechtsbehelf regen Gebrauch: So wurden im vergangenen Jahr etwa 5.400 Verfassungsbeschwerden beim Bundesverfassungsgericht eingelegt; in diesem Jahr wird diese Zahl aller Voraussicht nach noch übertroffen.

Mit der Verfassungsbeschwerde kann jede Handlung staatlicher Gewalt oder auch jedes Unterlassen staatlicher Gewalt überprüft werden, wie etwa Gesetze, Verwaltungsakte und Gerichtsurteile. Geprüft wird, ob die angegriffene Maßnahme die im Grundgesetz enthaltenen Grundrechte und die den Grundrechten gleichgestellten Rechte des Beschwerdeführers verletzt. Die hiernach zu prüfenden Rechte umfassen die völkerrechtlichen Mindeststandards für den Schutz der Menschenrechte, wie insbesondere das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) sowie die Glaubens- und Gewissensfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG). Die Prüfung ist hierauf jedoch nicht beschränkt, sondern betrifft den gesamten Katalog der Grundrechte wie etwa den Gleichheitssatz (Art. 3 GG), die Meinungs- und Pressefreiheit, die Freiheit von Wissenschaft und Kunst (Art. 5 GG), den Schutz von Ehe und Familie (Art. 6 GG), die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), die Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG), das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 10 GG), die Berufsfreiheit (Art. 12 GG), die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 GG) und das Recht auf Eigentum (Art. 14 GG). Außerdem wird eine Verletzung grundrechtsgleicher Rechte überprüft, insbesondere das Recht auf einen gesetzlich bestimmten Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) und das Recht, vor Gericht angehört zu werden (Art. 103 Abs. 1 GG).

Die Bürgerinnen und Bürger können sich mit ihrer Verfassungsbeschwerde unmittelbar an das Bundesverfassungsgericht wenden. Sie benötigen weder die Unterstützung einer staatlichen Stelle noch den Beistand eines Rechtsanwalts. Notwendig ist es lediglich, dem Gericht in schriftlicher Form einen Sachverhalt mitzuteilen, aus dem sich die Verletzung von Verfassungsrechten ergeben kann. Danach entscheiden drei Richter des Bundesverfassungsgerichts, nicht also eine andere staatliche Behörde, zunächst darüber, ob die Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung angenommen werden soll, weil die Sache grundsätzliche Bedeutung hat oder Rechte des betroffenen Bürgers gegenüber dem

Staat durchgesetzt werden müssen (§93a BVerfGG). Ist das der Fall, entscheiden die drei Richter oder bei wichtigen Sachen sogar acht Richter des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsbeschwerde.

Kommt das Bundesverfassungsgericht zu dem Ergebnis, dass Verfassungs- und damit auch Menschenrechte des Bürgers verletzt sind, so stehen ihm weitgehende Entscheidungsbefugnisse zu: Verletzt ein Gesetz die Menschenrechte, so kann es vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt werden (§95 Abs. 3 BVerfGG). Das bedeutet, dass das Gesetz gegenüber jedermann unwirksam ist, also nicht mehr angewandt werden kann. Eine solche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat dieselbe Wirkung wie ein Gesetz, das vom Parlament beschlossen wurde und wird wie ein solches Gesetz auch im Bundesgesetzblatt verkündet (§31 Abs. 2 BVerfGG). Missachten ein Verwaltungsakt oder eine gerichtliche Entscheidung die Verfassungs- und Menschenrechte des Bürgers, so werden diese Maßnahmen aufgehoben (§95 Abs. 2 BVerfGG), womit auch sie keinerlei Wirkung mehr haben. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass keine staatliche Maßnahme, die die Menschenrechte des beschwerdeführenden Bürgers verletzt, bestehen bleibt. Das gilt unabhängig davon, ob die staatliche Gewalt in der Form eines Gesetzes, eines Verwaltungsakts oder eines Gerichtsurteils gehandelt hat. Die staatliche Gewalt kann sich den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch nicht etwa dadurch entziehen, dass nicht entzogen, dass die aufgehobenen Gesetze, Verwaltungsakte und Gerichtsurteile erneut erlassen werden. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts sind vielmehr bindend (§31 Abs. 1 BVerfGG) und müssen von den staatlichen Stellen daher auch ihrem künftigen Verhalten beachtet werden.

#### 4.3 Schutz der Menschenrechte durch die Fachgerichte

Der gerichtliche Schutz der Menschenrechte ist allerdings nicht auf das Bundesverfassungsgericht beschränkt. Da es sich - wie bereits ausgeführt - bei den Verfassungsrechten der Bürgerinnen und Bürger um unmittelbar geltendes Recht handelt, müssen sie von jedem Gericht in Deutschland beachtet und durchgesetzt werden. So dürfen Zivilgerichte oder auch Strafgerichte keine Urteile erlassen, durch die Menschenrechte verletzt werden. Als Teil der staatlichen Gewalt müssen die Gerichte außerdem darauf achten, dass sie selbst innerhalb des bei ihnen geführten Verfahrens keine Verfassungsrechte verletzen. So muss insbesondere der Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs beachtet werden, der die Gerichte verpflichtet, die Erklärungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen. Die Verwaltungsgerichte, die auf Antrag der Bürger die Rechtmäßigkeit von Maßnahmen der Verwaltung kontrollieren, müssen ihre Überprüfung auch auf die Einhaltung der Menschenrechte durch die Behörden erstrecken. Ergibt diese Prüfung, dass von der Verwaltung Menschenrechte verletzt wurden, so

muss der betreffende Verwaltungsakt aufgehoben werden. Auch bei der Überprüfung gerichtlicher Entscheidungen durch das im Instanzenzug höhere Gericht sind Verfassungsrechte von Bedeutung. Stellt nämlich das Rechtsmittelgericht fest, dass durch das Verfahren oder das Urteil in der Vorinstanz Menschenrechte verletzt sind, so muss es die Entscheidung aufheben und so den Verfassungsverstoß ausräumen.

Die Gerichte haben auch zu prüfen, ob die gesetzlichen Vorschriften, die im jeweiligen Fall anzuwenden sind, mit der Verfassung zu vereinbaren sind. Sie müssen damit auch beachten, dass die Gesetze mit den Menschenrechten in Einklang stehen. Kommt ein Gericht zu dem Ergebnis, dass ein für die Entscheidung erhebliches förmliches Gesetz verfassungswidrig ist, weil es etwa Verfassungsrechte der Bürger verletzt, so kommt es zu einem Konflikt zwischen der Verpflichtung der Gerichte, die vom Parlament beschlossenen Gesetze anzuwenden, und ihrer Verpflichtung, die Menschenrechte zu beachten. Das Grundgesetz löst diesen Konflikt dadurch, dass es dem Gericht die Pflicht auferlegt, ein Gesetz, das es für verfassungswidrig hält, dem Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung vorzulegen (Art. 100 Abs. 1 GG - „Konkrete Normenkontrolle“). Danach sind zwar alle Gerichte verpflichtet, förmliche Gesetze auf die Einhaltung der Menschenrechte zu überprüfen, die Befugnis, Gesetze, die die Menschenrechte und damit die Verfassung verletzen, für nichtig zu erklären, steht jedoch allein dem Bundesverfassungsgericht zu.

Da die allgemeinen Gerichte („Fachgerichte“) und das Bundesverfassungsgericht für die Kontrolle der staatlichen Gewalt zuständig sind, musste eine Regelung über das Verhältnis beider Gerichtsbarkeiten geschaffen werden. Diese Regelung (§92 Abs. 2 BVerfGG) hat zum Inhalt, dass die Bürgerinnen und Bürger zunächst versuchen müssen, vor den allgemeinen Gerichten die Verletzung ihrer Verfassungsrechte geltend zu machen. Erst wenn sie dies ohne Erfolg versucht haben oder eine Anrufung der allgemeinen Gerichte im konkreten Fall nicht möglich ist, kann das Bundesverfassungsgericht mit der Verfassungsbeschwerde angerufen werden („Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde“).

Lassen Sie mich dazu einen Beispielfall (veröffentlicht in BVerfGE16, 194) schildern, der das Menschenrecht auf körperliche Unversehrtheit zum Gegenstand hat: Dem Geschäftsführer einer kleinen Gesellschaft war von der Staatsanwaltschaft vorgeworfen worden, er habe durch pflichtwidriges Verhalten das Vermögen der Gesellschaft um einen vergleichsweise geringen Betrag geschädigt und damit eine Straftat begangen. Während des Ermittlungsverfahrens ergaben sich Hinweise dafür, dass der Beschuldigte geisteskrank sein könnte und daher möglicherweise nicht bestraft werden dürfte. Um dies aufzuklären, ordnete das zuständige Strafgericht („Amtsgericht“) eine ärztliche Untersuchung des Beschuldigten an, bei der aus seinem Körper mit einer langen Hohlneedle Gehirn- und Rückenmarksflüssigkeit entnommen werden sollte.

Eine körperliche Untersuchung durch einen Arzt ist zwar im Gesetz („Strafprozessordnung“) vorgesehen, der Beschuldigte war damit aber nicht einverstanden, weil der konkrete Eingriff in 10% der Fälle sehr schmerzhaft ist und zudem zu schwerwiegenden Komplikationen führen kann. Er legte deshalb gegen die Anordnung Beschwerde zum nächsthöheren Strafgericht („Landgericht“) ein. Seine Beschwerde hatte jedoch keinen Erfolg. Da weitere Rechtsmittel bei den Strafgerichten nicht mehr eröffnet waren, konnte er Verfassungsbeschwerde einlegen. Dies hat der Beschuldigte auch getan. Das Bundesverfassungsgericht kam zu dem Ergebnis, dass die Anordnung der ärztlichen Untersuchung das Recht des Beschuldigten auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) verletze. Zwar wurde die gesetzliche Regelung als solche nicht beanstandet, das Bundesverfassungsgericht betonte aber, das Gesetz müsse auch im konkreten Fall so angewandt werden, dass die Verfassungs- und Menschenrechte des Beschuldigten unberührt blieben. Dies hätten die Strafgerichte nicht beachtet, weil die Schwere des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit des Beschuldigten gegenüber dem mit ihr verfolgten Zweck unangemessen sei. Die Folgen aus der Aufklärung einer Straftat dürften den Beschuldigten nicht stärker belasten als die zu erwartende Strafe. Im konkreten Fall müsse der Beschuldigte allenfalls eine sehr geringe Strafe befürchten, dagegen sei die Entnahme der Gehirn- und Rückenmarksflüssigkeit ein schwerwiegender körperlicher Eingriff. Das Bundesverfassungsgericht hat daher die Anordnung der ärztlichen Untersuchung des Beschuldigten aufgehoben.

#### 4.4 Schutz der Menschenrechte durch die Unabhängigkeit der Gerichte

Von großer Wichtigkeit ist, dass die Einhaltung der Menschenrechte in der allgemeinen und in der Verfassungsgerichtsbarkeit ausschließlich durch unabhängige Richter erfolgt, die allein dem Gesetz unterworfen sind. Nur auf diese Weise ist gewährleistet, dass die staatliche Gewalt keinen Einfluss auf die Richter ausüben kann, die Maßnahmen auch gerade der staatlichen Gewalt überprüfen sollen. Damit eine wirksame Durchsetzung der Menschenrechte stattfinden kann, darf derjenige, der hinsichtlich der Beachtung der Menschenrechte kontrolliert werden soll, die Überprüfung seines eigenen Verhaltens nicht beeinflussen. Deshalb ist im deutschen Verfassungssystem die Unabhängigkeit der Richter eine entscheidende Voraussetzung für eine effektive Durchsetzung der Menschenrechte.

Die richterliche Unabhängigkeit garantiert das Grundgesetz in sachlicher und persönlicher Hinsicht. Sachliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) bedeutet, dass von staatlicher Seite, insbesondere von der Regierung, keine Weisungen an Richter erteilt werden dürfen. Untersagt sind sowohl Einzelweisungen, die die Entscheidung in einem bestimmten Prozess betreffen, als auch allgemeine Weisungen für rechtsprechende Tätigkeit von Richtern. Es ist daher ausgeschlossen, dass Organe der Exekutive, insbesondere Regierungsstellen,



unmittelbar durch direkte Weisungen auf den Ausgang eines Rechtsstreits oder auch nur auf das Verfahren vor Gericht Einfluss nehmen können.

Die Verfassung schützt aber auch die persönliche Unabhängigkeit der Richter (Art. 97 Abs. 2 GG). Auf diese Weise wird verhindert, dass staatliche Stellen mittelbar die Entscheidungen der Gerichte beeinflussen können, indem sie Richtern für den Fall unerwünschter Entscheidungen mit persönlich nachteiligen Konsequenzen drohen, wie etwa der Versetzung auf eine andere Stelle oder gar der Entlassung. Sind Richter endgültig angestellt, so können sie gegen ihren Willen grundsätzlich nicht mehr entlassen, auf eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Eine Ausnahme gilt dann, wenn dies unter engen Voraussetzungen von einem Gericht - nicht aber von einer Verwaltungs- oder Regierungsbehörde - in einem eigenen Verfahren angeordnet worden ist. So kann einerseits sichergestellt werden, dass Richter ihren dienstlichen Pflichten nachkommen, also vor allem die ihnen vorliegenden Rechtsstreitigkeiten auch tatsächlich entscheiden, andererseits wird aber verhindert, dass staatliche Stellen außerhalb der Gerichte diese Möglichkeit nutzen, um Entscheidungen in ihrem Sinne zu beeinflussen. Aber selbst dann, wenn Gerichte das Verhalten eines Richters überprüfen dürfen, ist es prinzipiell ausgeschlossen, dass der Richter allein wegen des Inhalts der von ihm getroffenen Entscheidungen berufliche Konsequenzen, wie seine Versetzung oder Entlassung, befürchten muss.

#### 4.5 Zusammenfassung

Das deutsche Verfassungsrecht ermöglicht eine umfassende gerichtliche Kontrolle der Einhaltung der Menschenrechte. Die Bürgerinnen und Bürger können den Schutz der Gerichte in Anspruch nehmen, weil die Menschenrechte als subjektive Rechte garantiert sind und mithin jeder Einzelne von der staatlichen Gewalt die Beachtung seiner Menschenrechte verlangen kann. Auf diese Weise ist ein in der Praxis bewährtes, effektives System zur Durchsetzung der Menschenrechte geschaffen worden. Dies ist eine wesentliche Voraussetzung dafür, dass die Bürgerinnen und Bürger Vertrauen in die Rechtmäßigkeit und Verlässlichkeit staatlichen Handelns gewinnen. Ein solches Vertrauen ist nach den Erfahrungen, die in Deutschland seit mehr als fünfzig Jahren gemacht wurden, unverzichtbare Grundlage für eine vitale Gesellschaft, ein prosperierendes Wirtschaftssystem und allgemeinen Wohlstand.

### 5 译文：德国法院在人权保护问题上的角色和重要意义（莱茵哈德·盖尔博士，联邦宪法法院法官）

在人权保障问题上，德国的法院具有极其重要的意义。德国法院的这种重要作用建立在一个将实体法和程序法视角相统一的制度上：个人

相对于国家拥有主体权利意义上的人权，每个个人均有权得到法律的支持以维护及贯彻其人权。

### 5.1 人权作为公民的主体权利

基本法不仅将人权纳入基本权利的范畴并授予其宪法权利的地位，而且还确定基本权利作为“直接有效的权利”对所有的国家权力（基本法第 1 条第 3 款）具有约束力。在这个问题上，德国基本法有意识地避免了在此之前的德国民主宪法——1919 年的帝国宪法——的模式。在 1919 年的帝国宪法中，基本权利仅被看作是纲领性目标，因此无法得到实际保障。自从人权被视为现行法，必须得到遵守以来，人权即成为了公民所拥有的主体权利，这使得每个人得以针对国家权力主张保障其基本权利，尤其是人权。由此必然会产生一个问题：由谁来监督在国家权力的行使过程中，公民享有的宪法权利在事实上没有受到侵犯。如果要有效保障人权，在德国的宪法体系中只有独立的法院可以承担这项任务。法院承担保障人权的职责是将人权确立为现行法律的必然结果。

在此基础上，德国宪法还向前迈进了一步。我们本可以满足于通过诉讼程序审查行政行为或是在诉讼中适用的法律规定是否尊重人权。但是鉴于纳粹独裁时代的可怕经历，加强法院对尊重和保护人权的监督力度成为共识。基于上述原因基本法确立了宪法诉愿（基本法第 93 条第一款 4a）制度，规定由联邦宪法法院作为专门法院（而不是由普通的司法体系）来审理该类诉愿。

### 5.2 联邦宪法法院对人权的保护

每个人——不论是德国人还是宪法对其人权给予保护的外国人——，当其受宪法保护的人权遭到国家权力的侵犯时，均可提出宪法诉愿，寻求联邦宪法法院的支持。通过这种方式，人权可以得到实际、有效的保护。每个人都有权提出宪法诉愿，以确认其相关的人权受到侵犯并请求法庭制止该侵权行为。德国公民已经认识到了宪法诉愿对于捍卫其权力的重要意义，他们积极使用该法律救济手段：去年联邦宪法法院共收到约 5400 件宪法诉愿，今年收到的宪法诉愿预计还将超过该数字。

通过宪法诉愿可以审查国家权力的每个行为或国家权力的每个不作为，如法律、行政行为和法院判决。审查的对象是被指摘的行为是否侵犯了基本法确立的诉愿人的基本权利以及与基本权利等同的权利。为此要审查的权利包括国际法规定的人权保护的最低标准，尤其是生

命权和人身不受侵犯的权利（基本法第 2 条第 2 款第 1 句）以及信仰和良知自由（基本法第 4 条第 1、2 款）。审查不限于上述权利，而是涉及人权的全部范畴如关于平等权的规定（基本法第 3 条）、言论和出版自由、学术和艺术自由（基本法第 5 条）、对婚姻和家庭的保护（基本法第 6 条）、集会自由（基本法第 8 条）、结社自由（基本法第 9 条）、书信、邮件及电讯保密权（基本法第 10 条）、职业自由（基本法第 12 条）、住宅不受侵犯的权利（基本法第 13 条）和财产权（基本法第 14 条）。此外还要审查与基本权利等同的权利是否受到侵犯，尤其是获得法定法官的权利（基本法第 101 条第 1 款第 2 句）和在法庭上陈述的权利（基本法第 103 条第 1 款）。

公民可以直接向联邦宪法法院递交宪法诉愿，而无需国家机关的支持或律师的协助。公民仅需要以书面形式告知法院可能导致对其宪法权利侵犯的事实。随后，由联邦宪法法院的三名法官，而不是一个其它的国家机构来决定是否受理该宪法诉愿。受理的依据是案件是否具有根本性意义或是否必须针对于国家公权力维护相关公民的权利（联邦宪法法院法第 93a 条）。如果该诉愿被受理，将由联邦宪法法院的三名法官对该宪法诉愿做出判决，涉及重要问题时则由八名法官作出判决。

联邦宪法法院一旦确认公民的宪法权利以及人权受到侵犯，即拥有广泛的判决权限：如果一项法律侵犯了人权，联邦宪法法院可以宣布其无效（联邦宪法法院法第 95 条第 3 款）。这意味着该法律不再对任何人产生效力，即不允许被继续使用。联邦宪法法院案作出的此类判决与议会通过的法律拥有同等效力，并与议会通过的法律一样发表在联邦法律公告上（联邦宪法法院法第 31 条第 2 款）。一项行政行为或一项法院的判决如果侵犯了公民的宪法权利以及人权，该行为将被撤销（联邦宪法法院法第 95 条第 2 款），即从此再没有任何效力。不论国家权力是以法律、行政行为或是法庭判决的形式作出上述行为，上述做法均可保证国家侵犯诉愿人之人权的行为不复存在，而国家权力也不得重新颁布被撤销的法律、行政行为或法院判决，以此来逃避联邦宪法法院的判决。相反联邦宪法法院的判决具有约束力（联邦宪法法院法第 31 条第 1 款），国家机构在其今后的行为中也必须遵守联邦宪法法院的判决。

### 5.3 专门法院对人权的保护

在德国，对人权的司法保护并不限于联邦宪法法院。鉴于公民的宪法权利是直接生效的法律，德国的每个法院都必须尊重和维持人权。因

此无论是民事法院还是刑事法院都不得颁布致使人权受到侵犯的判决。作为国家权力的一部分，法院必须注意在审判程序中不得侵犯当事人的宪法权利。尤其应当遵守诉讼当事人陈述的原则。该原则要求法院听取诉讼当事人的陈述并在判决过程中对之加以考虑。行政法院在受理公民要求审查行政机关行政行为的合法性的案件时，必须将审查延伸到该机关在进行行政行为时是否尊重人权。一旦通过审查确认行政机关侵犯了人权，该行政行为就必须被撤销。在上诉法院对法院判决进行审查的过程中，宪法权利也具有重要意义。上诉法院一旦确认下级法院的审判程序或判决侵犯了人权，就必须撤销该判决，排除违宪的行为。

法院还必须审查在每个诉讼中适用的法律规定是否合宪，注意法律是否符合有关人权的規定。如经法院确认，一部对判决有重大影响的法律（议会制定的规范性文件）因侵犯了公民的宪法权利而违宪，就会导致在法院适用经议会通过的法律的义务和法院尊重人权的义务之间出现冲突。基本法规定，法院有义务将其认定为违宪的法律交联邦宪法法院审查，从而解决了上述矛盾（基本法第 100 条第 1 款——“具体法规审查”）。根据该规定，所有法院有义务就法律（议会制定的规范性文件）是否尊重人权进行审查，但是仅有联邦宪法法院有权宣布某法规侵犯人权并因之违宪。

由于普通法院（“专业法院”）和联邦宪法法院均对监督国家权力负责，必须对两者的管辖权的关系做出规定。根据相关规定（联邦宪法法院法第 92 条第 2 款），公民必须首先尝试在普通法院主张其宪法权利。只有当该努力失败或在具体案件中向普通法院起诉不可能的情况下，才得向联邦宪法法院提出宪法诉愿（“宪法诉愿的辅助性”）。

请允许我在此援引一个有关人身不受侵犯的案例（发表在联邦宪法法院判决汇总 16, 194）详加说明：

国家检察院指控一个小公司的总经理的行为违反义务，造成了该公司财产相对较小数额的损失，从而构成刑事犯罪行为。在前期侦察中有迹象表明，被告人可能是精神失常，因此有可能无法对其进行处罚。为了查清事实，主管的刑事法院（普通初审法院）决定对被告人进行医学检查。检查需要用一根长的空心针从其体内提取脑髓和脊髓。法律虽然规定可以由医生检查身体（“刑事诉讼法”），但被告人不同意接受检查，因为该手术在 10% 的情况下可以造成剧烈痛感并有可能引发严重的并发症。于是被告人针对该指示向上一级刑事法院（州立法院）提出申诉，但被驳回。由于刑事法院没有其他进一步的法律救济手段，被告人在穷尽了上述法律途径后便有权提出宪法诉

愿。被告人也确实提出了宪法诉愿。联邦宪法法院的判决，确认关于进行医学检查的决定侵犯了被告人的人身不受侵犯权（基本法第 2 条第 2 款）。尽管判决并没有对法律规定本身提出异议，但是联邦宪法法院强调，法律在具体案件中的适用必须保证宪法权利和人权不受侵犯。刑事（初审）法院没有遵循上述原则，因为髓体的提取对被告人人身不受侵犯权所造成的侵害程度与借助该行为所追寻的目标相比是不恰当的。对犯罪行为开展调查的后果对被告人造成的损害不应当超过预期的刑罚。在该具体案件中，被告人仅有可能受到轻微的处罚，而提取脑髓和脊髓构成了对身体的严重损害。因此联邦宪法法院撤销了对被告人作出的进行医学检查的决定。

#### 5.4 法院独立性对人权保障的意义

在普通法院和宪法法院的司法实践中，由仅服从于法律的独立法官全权保障人权是非常重要的。只有通过这种方式才能保证国家权力对审查其行为的法官不产生影响。为了有效地维护人权，在尊重人权问题上接受审查的主体不得对针对其自身行为开展的审查施加影响。为此在德国的宪法制度中，法官的独立性构成了有效维护人权的关键性先决条件。

基本法在事务和人身两方面保证了法官的独立性。事务独立性（基本法第 97 条第 1 款）的含义是，国家尤其是政府，不得向法官发出指令。无论是涉及某个诉讼的单个指令，还是对法官裁决行为作出的一般性指令，均被禁止。因此行政机关，尤其是政府机构通过直接指令对诉讼的结果或对法院的审判程序施加影响是不可能的。

宪法也保护法官的人身独立性（基本法第 97 条第 2 款）。通过这种方式可以防止国家机构通过要挟法官间接地影响法院的判决结果（如在担心判决结果可能不合其意时，以法官将面临不利的后果相威胁，如调离该职位乃至被解职）。在德国，法官一旦被正式任用，原则上就不能违背其意愿将其解职、调离或强制退休。仅当在严格的条件下由一个法院——而不是行政或政府机构——在一个单立的程序中做出相应的决定时，才能构成例外的情形。这样一方面可以保证法官履行其职责，切切实实地审理交与其处理的诉讼，另一方面阻止国家机构在法庭外利用各种可能，以自己的意愿影响判决结果。即使法院有权审查一个法官的行为，原则上也不允许法官仅基于其所作出的判决的内容上的原因而面临不利的职业后果，如调离或解雇。

### 5.5 结语

德国宪法提供了由法院对人权保护进行全面监督的可能。由于人权作为主体权力得到法律保障，每个人得以要求国家权力尊重其人权，公民可以得到法院的保护。基于这种方式德国在实践中建立起了一套历经考验、行之有效的维护人权的制度。该制度构成了赢得公民对国家行为的合法性和可靠性之信任的重要前提。根据德国过去 50 余年的经验，这种信任构成了保障社会活力、繁荣经济以及提高大众福祉的不可或缺的基础。

(王建斌、冷慧译)

## 6 Vokabeln

	geltendes Recht	现行法
der	Beschwerdeführer,	诉愿人
das	Bundesgesetzblatt	联邦法律公告
das	Fachgericht, -e	专门法院
die	Subsidiarität	辅助性
das	Amtsgericht, -e	普通初审法院

## 7 Text 2 zum Dolmetschen: 司法审判与人权保障（最高人民法院张军）

众所周知，随着依法治国基本方略的确立和推行，中国的法治建设，包括人权保障方面的法治建设，取得了引人注目的长足发展。近年来，中国立法机关先后制定完善了多部法律，强化了其中的人权保障内容；中国政府签署和批准了一系列国际人权公约，积极参与人权保障领域的国际交流与合作。尤其值得关注的是，2004年3月，中国新通过的宪法修正案明确将“国家尊重和保障人权”载入宪法，这标志着中国的人权保障事业揭开了新的篇章。人民法院是国家的审判机关，负有维护宪法尊严，保证宪法和法律实施的神圣职责。人民法院通过刑事、民事、行政等审判工作，维护公平与正义，尊重和保障人权，在社会主义和谐社会建设过程中，发挥着越来越重要的作用。

### 7.1 尊重和维护被告人合法权益，是刑事审判公正、合法的前提与保证

在刑事审判工作中，人民法院始终强调实体公正与程序公正并重，切实保障被告人依法享有的公开审判权、申请回避权、辩护权、上诉权，以及罪犯对生效裁判的申诉权等广泛的诉讼权益，切实做到依法惩罚犯罪与依法保障人权的有机统一。

为保障被告人各项诉讼权益落到实处，最高人民法院采取了多种行之有效的举措。包括制定《关于严格执行公开审判制度的若干规定》，明确哪些案件必须公开审判，接受社会监督以及违反公开审理规定的处理办法，保障被告人公开审判权利的实现；制定《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》，将刑事诉讼法关于审判人员回避制度的规定具体化，增加了关于审判人员及法院其他工作人员离任后不得担任原任职法院的诉讼代理人或者辩护人，以及审判人员及法院其他工作人员的配偶、子女或者父母不得担任其任职法院审理案件的诉讼代理人或者辩护人等内容，确保被告人申请回避权利的充分实现，根本目的就是保证审判公正。

2004年，人民法院对不构成犯罪的2467名自诉案件被告人、2368名公诉案件被告人，共4835名被告人依法宣告无罪，确保无罪公民不受刑事追究。超审限羁押是严重侵犯被告人权利的违法情形。中国刑事诉讼法对审限作了严格规定，一、二审基本审限均为一个半月。

2003 年和 2004 年，最高人民法院本着“有罪依法判决，无罪坚决放人”的原则，全面加强审判工作监督，绝不允许拖延审判，更不允许不能证明有罪又不及时宣判的情形，督促全国法院清理超审限案件 4900 余件，涉及刑事被告人 1 万余人，并已建立防止超审限的长效机制。

保障未成年刑事被告人的合法权益，是人民法院人权保障工作的重点。未成年人身心发育还未成熟，对于他们的审判，从程序到实体都须有别于普通法庭。在中国还没有少年刑事法的情况下，自 1984 年上海市长宁区人民法院建立第一个少年法庭以来，到目前为止，全国法院共建立少年法庭 2400 多个，配备法官 7200 多名。基本上实现了所有未成年人刑事案件均由少年法庭审理。最高人民法院认真总结全国法院办理未成年人刑事案件的实践经验，依据修改后的刑事诉讼法、未成年人保护法和预防未成年人犯罪法等有关法律规定，于 2001 年制定了《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》，坚持教育为主、惩罚为辅，采取了区别于审理成年人刑事案件的做法。主要是：（1）注重依法保障未成年被告人享有的特殊诉讼权利；（2）坚持对未成年被告人的个体背景情况进行审前调查；（3）坚持“寓教于审”制度，在审判过程中对未成年罪犯开展有针对性的教育、矫治；（4）在确定未成年人刑事责任时，坚持联合国制定的北京规则中的保护原则，既注重依法保护未成年被告人，同时也要保护被害人和社会的利益。对依法不需定罪的一律不予定罪；对依法不需收监执行的尽量采用非监禁刑罚方法。通过放在社会上监督改造，使他们更容易获得重新就学、就业的机会，鼓起重新做人的勇气。2004 年，全国法院对未成年罪犯适用缓刑的比率达 24.8%，比前一年有所上升。目前，人民法院正在酝酿在条件成熟的部分大中城市试点设立少年法院，以便进一步提高对未成年人权利的保护水平，完善中国的少年司法制度。

7.2 重视民事调解，加强行政审判，把人权保障落实在结案过程中司法审判保障人权，唯有公正结案。而审判工作的特点表明，通过法官判决结案，公正永远具有相对性；而调解结案，双方满意，充分体现了中国传统哲学的要求——和为贵，是当事人双方和社会都能认同的“绝对”公正。因此，人民法院在民事审判工作中，十分注重调解原则，力求能调则调，当判则判，调判结合，案结事了。最高人民法院通过制定一系列加强调解工作的司法解释，保证人民法院正确调解民事案件，及时解决纠纷，保障和方便当事人依法行使诉讼权利。2004 年，全国法院调解结案率达 31%，比前一年又有上升。调解结案



的“东方经验”出自中国。今天，在中国法治进一步健全、完善的情况下，调解结案又被赋予充分保障当事人合法权益的新的内涵，受到各级法院的推崇和重视，“东方经验”将结出更加丰硕的果实。

上个世纪 90 年代初，中国颁布实施了行政诉讼法，标志着中国民主政治和人权保障的法治建设进入了一个崭新阶段。该法明确规定，公民、法人和其他组织认为行政机关及其工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益的，均有权依法申请复议或者向法院提起诉讼，成为检验司法审判保障人权工作的一个重要方面。为了全面贯彻和实行行政诉讼法。15 年来，随着中国社会主义民主和法制不断健全，人民群众的法律意识不断提高，人民法院受理的行政案件数量不断增加，种类不断扩大。截止目前，共受理一审行政案件 100 多万件，类型已达 50 余种，几乎涉及所有行政管理领域。其中比较多的是土地、公安、城建、工商、交通、环保等案件。新类型的行政案件也不断出现，诸如证券管理、行政登记、行政许可、金融管理、教育行政、行政契约、社会保障以及涉及 WTO 规则的案件等等。人民法院通过依法审理这些行政案件，对合法正确的行政行为依法予以确认，对违法错误的行政行为依法予以纠正。从已审结的一审行政案件看，原告的胜诉率平均为 30% 左右，充分发挥了司法监督促进行政机关依法行政和保护公民合法权益的双重作用。此外，2004 年全国法院还审结国家赔偿案件 3134 件，较前一年有所上升，充分、全面地维护了赔偿申请人的合法权益。

### 7.3 完善法律援助和司法救助制度，保障弱势群体合法权益

法律援助制度在一定程度上反映了一个国家通过司法保障人权的水平。作为发展中国家，中国的法律援助制度起步晚，但发展很快。截至 2004 年底，全国各地已建立政府法律援助机构 3023 个，有法律援助专职人员 10458 名。各级政府财政对法律援助经费的投入逐年加大，从 1999 年的 1869 万元增加到 2004 年的 21712 万元，年增长率达 212 %。近十年来，全国各地法律援助机构共办理各类法律援助案件 110 万件，160 万人次获得了法律援助服务。在司法领域，2004 年，全国法院共为刑事案件被告人依法指定辩护人 91296 人次，比前一年上升 1.79 倍。2005 年 9 月，最高人民法院还与司法部等部门联合发布了《关于刑事诉讼法律份力工作的规定》、《关于民事诉讼法律援助工作的规定》，对于开展刑事、民事法律援助工作的程序性问题作出了进一步规范。

实施司法救助、保障弱势群体依法行使诉讼权利，是人民法院审判工作保障人权的重要内容。最高人民法院通过制定《关于对经济确有困难的当事人予以司法救助的规定》，完善了司法救助制度，对民事、行政案件中经济确有困难的当事人，尤其是涉及老年人、妇女、未成年人、残疾人、下岗职工等追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、养老金和交通、医疗、工伤等事故的受害人追索医疗费用和物质赔偿等诉讼案件，依法实行缓交、减交或者免交诉讼费用，使有理无钱的当事人打得起官司，使法律面前人人平等的宪法原则真正得到落实。2004年，全国法院实行司法救助的案件达26.4万件，司法救助总金额10.89亿元。特别是对进城务工人员的劳务纠纷案件提供司法救助，实行快立案、快审理、快执行，使他们尽快拿到应得报酬，共办结劳务合同纠纷、追索劳动报酬等案件163151件，涉案标的金额29.6亿元。

加强审判领域的人权保障，建设社会主义法治国家，对中国司法审判工作提出了新的更高的要求。人民法院将紧紧围绕“公正与效率”的工作主题，坚持以人为本的理念，充分发挥职能作用，为人权在审判领域的真正享有和充分实现提供更加有力的司法保障。

## 8 译文：Rechtsprechung und Schutz der Menschenrechte (Zhang Jun, Oberstes Volksgericht)

Wie allgemein bekannt, wurden beim Ausbau des Rechtssystems seit Erlass und Durchführung der Leitlinie über die rechtsstaatliche Verwaltung große Fortschritte erzielt. In den letzten Jahren haben die legislativen Organe in China eine Reihe von Gesetzen ausgearbeitet bzw. ergänzt, durch die der Schutz der Menschenrechte verbessert wurde. Eine Reihe von internationalen Menschenrechtsabkommen wurde unterzeichnet und ratifiziert. China beteiligt sich aktiv an dem internationalen Austausch und der Kooperation im Bereich Schutz der Menschenrechte. Im März 2004 wurde das Prinzip „Der Staat achtet und schützt die Menschenrechte“ in die Neufassung der Verfassung aufgenommen, ein bemerkenswerter Vorgang. Denn dies ist ein Zeichen dafür, dass ein neues Kapitel in der Entwicklung der Menschenrechte in China aufgeschlagen wurde.

Die Volksgerichte sind die staatlichen Rechtsprechungsorgane, sie haben die heilige Pflicht, die Würde der Verfassung zu schützen und die Durchsetzung von Verfassung und Gesetzen zu garantieren. Durch ihre Urteile in Straf-, Zivil- und Verwaltungsprozessen verhelfen sie dem Recht zum Sieg und sichern die Einhaltung der Menschenrechte. Sie üben eine immer wichtiger werdende Funktion beim Aufbau unserer harmonischen sozialistischen Gesellschaft aus.

### 8.1 Respektierung und Wahrung der legitimen Rechte des Angeklagten sind Voraussetzung und Garantie für Gerechtigkeit im Strafverfahren.

Im Strafverfahren betonen die Volksgerichte stets die Gerechtigkeit des Rechtsgebildes und die Verfahrensgerechtigkeit. Das legitime Recht des Angeklagten auf öffentliche Verhandlung und Ausschließung von Mitarbeitern des Gerichts, das Recht auf Verteidigung sowie das Recht, gegen Urteile Rechtsmittel einzulegen usw. sind gewährleistet, damit sowohl die Straftäter nach dem Gesetz bestraft als auch ihre gesetzlich garantierten Menschenrechte eingehalten werden.

Damit die oben genannten Rechte des Angeklagten im Gerichtsverfahren gewährleistet werden, hat das Oberste Volksgerecht verschiedene wirksame Maßnahmen getroffen. Dazu gehörte etwa die Ausarbeitung von „Bestimmungen über die strenge Einhaltung des Prinzips der öffentlichen Verhandlung“, in denen klar festgelegt ist, welche Gerichtsverhandlungen öffentlich durchgeführt werden müssen, wie die öffentliche Kontrolle darüber auszusehen hat und welche Regelungen im Falle einer Verletzung dieser Bestimmungen in Kraft treten. Dadurch wurde das Recht des Angeklagten auf öffentliche Verhandlung garantiert. Des Weiteren wurden „Bestimmungen über die strikte Durchsetzung des Prinzips der Ausschließung von ehemaligen Mitarbeitern der Gerichte“ erlassen, durch die die geltenden Regelungen konkretisiert wurden und gesichert ist, dass ehemalige Mitarbeiter eines Gerichts nicht als Prozessvertreter oder Verteidiger in demselben Gerichtshof tätig werden dürfen, nachdem sie aus dem Amt geschieden sind, und dass die Ehepartner, Kinder oder Eltern von Mitarbeitern eines Gerichts nicht als Prozessvertreter oder Verteidiger in demselben Gerichtshof tätig sein dürfen. Dadurch wird das Recht des Angeklagten auf Ausschließung von Mitarbeitern des Gerichts gewährleistet und Gerechtigkeit garantiert.

Im Jahre 2004 wurden insgesamt 4835 Angeklagte mangels Vorliegen einer Straftat freigesprochen, darunter 2467 in Fällen mit Privatklägern und 2368 in Fällen mit öffentlichen Anklägern. Unschuldige Bürger sollen nicht zu Unrecht strafrechtlich belangt werden. Eine Ausdehnung der Untersuchungshaft über die Verfahrensdauer hinaus ist eine grobe Verletzung der Menschenrechte des Angeklagten und daher gesetzwidrig. Im Strafprozessgesetz ist die Verfahrensdauer klar definiert: die Länge eines Verfahrens in erster und zweiter Instanz darf anderthalb Monate nicht überschreiten. In den Jahren 2003 und 2004 hat das Oberste Volksgerecht entsprechend dem Prinzip, dass „Schuldige gemäß dem Gesetz verurteilt, Unschuldige dagegen freigesprochen werden müssen“, die Kontrolle über die Gerichtsverhandlungen intensiviert. Die Verhandlungen dürfen nicht verschoben werden, weiterhin ist es nicht erlaubt, die Urteilsverkündung aufzuschieben, wenn dem Angeklagten keine Schuld im Sinne des Strafrechts nachgewiesen werden kann. Es wurde dafür gesorgt, dass abschließende Urteile in mehr als 4900 Rechtsfällen mit insgesamt mehr als 10 000

Angeklagten, bei denen die gesetzlichen Fristen überschritten worden waren, gesprochen wurden. Ein Mechanismus zur dauerhaften Verhinderung von Fristüberschreitungen bei Verhandlungen vor Gerichten wurde eingeführt.

Ein weiterer Schwerpunkt bei der Gewährleistung der Menschenrechte ist der Schutz der legitimen Rechte von Minderjährigen. Da Minderjährige körperlich und geistig noch nicht reif sind, müssen bei den entsprechenden Verfahren bestimmte Unterschiede im Vergleich zu Gerichtsverfahren gegen Erwachsene beachtet werden, die alle Aspekte von der Verfahrensordnung bis hin zum Rechtsgebilde betreffen. In China gibt es zur Zeit noch kein Jugendstrafgesetz. Deshalb hat das Volksgericht des Changning-Bezirktes der Stadt Shanghai die erste Jugendstrafkammer eingerichtet. Seither sind im ganzen Land über 2400 Jugendstrafkammern mit mehr als 7200 Richtern entstanden, so dass fast alle Strafsachen, bei denen es um Minderjährige geht, vor einer Jugendstrafkammer verhandelt werden können. Das Oberste Volksgericht hat die Erfahrungen der Rechtspraxis in Strafsachen mit Beteiligung von Minderjährigen zusammengefasst und im Jahr 2001 gemäß dem revidierten Gesetz über die Strafprozessordnung, dem Gesetz über den Schutz von Minderjährigen sowie dem Gesetz zur Vorbeugung von Straftaten Minderjähriger „Bestimmungen über Gerichtsverhandlungen in Strafsachen mit Beteiligung Minderjähriger“ erlassen. Im Gegensatz zu Verhandlungen über Straftaten, die von Erwachsenen begangen werden, gilt für Gerichtsverhandlungen über Straftaten, die von Minderjährigen begangen werden, dass Aufklärung der Straftat von primärer, Bestrafung dagegen von sekundärer Bedeutung ist. Im einzelnen gilt, dass 1. entsprechend dem Gesetz in Gerichtsverfahren gegen Minderjährige besondere Bestimmungen gelten; 2. der persönliche Hintergrund des minderjährigen Angeklagten im Vorfeld der Gerichtsverhandlung untersucht wird; 3. an dem Prinzip, dass das Gerichtsverfahren zugleich der Erziehung des minderjährigen Straftäters zu dienen hat und diesem zur Einsicht in seine Verfehlungen verhelfen soll, festgehalten wird; 4. bei der Beurteilung der strafrechtlichen Schuld eines Minderjährigen die in den von der UNO ausgearbeiteten "Pekinger Regeln" enthaltenen Prinzipien über den Schutz Minderjähriger berücksichtigt werden. Es müssen sowohl der Schutz der minderjährigen Angeklagten als auch die Interessen der Opfer der Straftat und der Gesellschaft insgesamt gewahrt werden. Angeklagte, die entsprechend den geltenden Gesetzen nicht zu einer Strafe verurteilt werden, müssen freigesprochen werden. Bei Minderjährigen, die laut Gesetz zu keiner Gefängnisstrafe verurteilt werden, sind andere Strafmaßnahmen in Erwägung zu ziehen. Durch gesellschaftlich kontrollierte Umerziehung haben diese Personen die Chance, in die Schule zurückzukehren bzw. eine Arbeitstelle zu finden und werden ermutigt, sich wieder in die Gesellschaft zu integrieren. Landesweit wurden 24,8 % der minderjährigen Straftäter im Jahr 2004 auf Bewährung verurteilt. Im Vergleich zu 2003 ist dieser Prozentsatz um einiges gestiegen. Um den Schutz von Minderjährigen und ihrer Rechte zu erhöhen

und das chinesische Jugendgerichtssystem zu vervollkommen, beraten die Volksgerichte zur Zeit über die versuchsweise Einrichtung von Jugendgerichten in einigen großen und mittelgroßen Städten, in denen die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind.

- 8.2 In Zivilprozessen muss größerer Wert auf die Schlichtung von Streitigkeiten gelegt werden. Die Verfahren vor Verwaltungsgerichten müssen intensiviert werden, damit die Einhaltung der Menschenrechte in der Rechtsprechung gewährleistet wird.

Wie werden in Gerichtsverfahren die Menschenrechte gewährleistet? Einzig und allein durch gerechte Entscheidungen. Es ist ein Charakteristikum von Gerichtsverfahren, dass Urteilsprüche eines Richters stets nur *relativ* gerecht sind; wenn die Verhandlung jedoch durch Schlichtung beendet wird, sind alle Betroffenen zufrieden. Das entspricht dem traditionellen chinesischen philosophischen Lehrsatz „Harmonie ist wertvoll“. Nur so kann *absolute* Gerechtigkeit für alle Betroffenen sowie für die Gesellschaft erreicht werden. Deswegen legen die Volksgerichte in den Verfahren großen Wert auf das Schlichtungsprinzip. In allen Fällen, in denen eine Schlichtung möglich erscheint, sollte man sie anwenden und nur dann, wenn ein Urteilspruch unumgänglich ist, ein Urteil fällen. Man sollte also durch eine Kombination von Schlichtung und Urteil auf eine Beschleunigung des Verfahrens hinwirken. Das Oberste Volksgericht hat eine Reihe von Erläuterungen hinsichtlich der verstärkten Anwendung der Schlichtung veröffentlicht, durch die gesichert wird, dass die Volksgerichte die Schlichtung in Zivilsachen richtig handhaben, die Streitigkeiten schnell beigelegt werden und die Rechte der Betroffenen in einem Prozess gewährleistet werden. Im Jahre 2004 sind landesweit 31% der Zivilsachen durch Schlichtung beigelegt worden, das bedeutet einen Anstieg im Vergleich zu 2003. Der Abschluss von Zivilverfahren durch Schlichtung ist eine „orientalische Erfahrung“, die aus China stammt. Heute, da das chinesische Rechtswesen ständig weiter vervollkommnet wird, hat das Verfahren der Schlichtung in Zivilverfahren einen neuen Inhalt erhalten, nämlich den Schutz der legitimen Rechte der Betroffenen. Es gewinnt immer mehr Bedeutung in den Gerichten aller Instanzen. Diese „orientalische Erfahrung“ wird in Zukunft sicherlich noch mehr an Bedeutung gewinnen.

In den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts hat China ein Gesetz zur Regelung der Verwaltungsprozesse erlassen. Auch das ist ein Beispiel dafür, dass der weitere Ausbau des chinesischen Rechtssystems zur Durchsetzung einer demokratischen Politik und zum Schutz der Menschenrechte in ein neues Stadium getreten ist. In dem Gesetz ist klar festgelegt, dass Bürger, juristische Personen sowie andere Organisationen das Recht haben, laut Gesetz die Überprüfung von Verwaltungsentscheidungen zu beantragen oder eine Klage vor einem Verwaltungsgericht einzureichen, wenn sie der Meinung sind, dass der

betreffende konkrete Verwaltungsakt seitens des Verwaltungsorgans bzw. seiner Mitarbeiter ihre legitimen Rechte verletzt. Dies ist ein wichtiges Kriterium bei der Prüfung der Frage geworden, ob in der Rechtsprechung die Menschenrechtsschutzes durch die Gerichtsverfahren geworden. Im Zuge der ständigen Weiterentwicklung der sozialistischen Demokratie und des Rechtssystems in China und der Weiterentwicklung des Rechtsbewusstseins des Volkes wurden Anzahl und Anwendungsbereich von Verwaltungsprozessen ständig vergrößert. Seit 15 Jahren haben die Volksgerichte über eine Million Verwaltungsverfahren in mehr als 50 Kategorien für zulässig erklärt. Diese Verfahren umfassen fast alle Bereiche der öffentlichen Verwaltung, besonders häufig geht es um Grundstücksangelegenheiten, die Tätigkeit der Polizei, Städtebau, Industrie und Handel, Verkehr und Umweltschutz. Verfahren vor Verwaltungsgerichten betreffen immer öfter auch solche neuen Kategorien wie Wertpapierverwaltung, behördliche Genehmigungen, Finanzmanagement, das Bildungswesen, administrative Verträge, Vor den Volksgerichten wurden den geltenden gesetzlichen Bestimmungen entsprechend derartige Verfahren verhandelt. Dabei wurden die dem Gesetz entsprechenden Verwaltungsakte bestätigt, die gesetzwidrigen Handlungen dagegen korrigiert. In den abgeschlossenen Verfahren vor Verwaltungsgerichten der ersten Instanz haben durchschnittlich 30% der Kläger Recht bekommen. Auf diese Weise wurde die Justizorgane ihrer Doppelfunktionen gerecht: Kontrolle des Verwaltungsapparats und Schutz der legitimen Rechte der Bürger. Im übrigen wurden im Jahr 2004 landesweit 3134 Verfahren (das waren mehr als 2003) abgeschlossen, bei denen es um den Anspruch auf staatliche Entschädigung ging. Die Rechte und Interessen der Kläger wurden dabei voll gewährleistet.

### 8.3 Vervollkommnung des Systems des Rechtsbehelfs und der Rechtshilfe, Schutz der Rechte des Schwachen

An dem System der Rechtshilfe lässt sich in gewissem Maße der Stand des Schutzes der Menschenrechte durch die Justiz eines Landes ablesen. In China als einem Entwicklungsland hat sich dieses System zwar relativ spät, dafür aber rasch entwickelt. Bis Ende 2004 wurden von den Regierungen auf allen Ebenen landesweit 3023 Rechtshilfeinstitutionen mit insgesamt 10 458 Vollzeitbeschäftigten errichtet. Die finanzielle Unterstützungen durch die Regierungen aller Ebenen wachsen jedes Jahr. Während es 1999 18,69 Millionen Yuan waren, stieg die Summe 2004 auf 217,12 Millionen Yuan. Die jährliche Zuwachsrate lag damit bei 212 %. Seit 10 Jahren sind die Rechtshilfeinstitutionen in 1,1 Millionen Rechtsfällen unterschiedlicher Art tätig geworden, 1,6 Millionen Personen bekamen Rechtshilfe. Landesweit wurden im Jahre 2004 von den Volksgerichten 91 296 Rechtsanwälte für die Angeklagten benannt, im Vergleich zu 2003 ist das ein Anstieg um das 1,79fache. Im September 2005 erließ das Oberste Volksgericht gemeinsam mit dem Justizministerium „Bestimmun-

gen über die Rechtshilfe in Strafverfahren“ und „Bestimmungen über die Rechtshilfe in Zivilverfahren“, durch die die Arbeit der Rechtshilfeorgane in Straf- und Zivilverfahren geregelt wird.

Die Rechtshilfe und die Gewährleistung der Rechte des Schwachen in Rechtsfällen sind ein wichtiger Inhalt des Schutzes der Menschenrechte in Gerichtsverfahren. Das Oberste Volksgericht erließ „Bestimmungen über die Rechtshilfe für finanziell Schwache“, wodurch das Rechtshilfesystem verbessert wurde. In Zivil- und Verwaltungsprozessen, bei denen finanziell schwache Personen, besonders alte Menschen, Frauen, Minderjährige, Behinderte, Arbeitslose usw., beteiligt sind und in denen es z. B. um Forderungen nach Unterhaltszahlungen für alte Menschen und Minderjährige, Unterstützungsgelder (für Opfer von Arbeitsunfällen bzw. deren Familien), Pensionen und Renten sowie Kosten für ärztliche Behandlung oder Schadenersatz bei Verkehrs- und Arbeitsunfällen oder ärztlichen Kunstfehlern usw. geht, dürfen die Prozesskosten gestundet, ermäßigt oder erlassen werden. Personen, die im Recht, aber finanziell schwach sind, muss es möglich sein, einen Prozess zu führen, um den Verfassungsgrundsatz „vor dem Gesetz sind alle gleich“ zu verwirklichen. Im Jahr 2004 wurden 264 000 Rechtsfälle, bei denen Rechtshilfe geleistet wurde, abgeschlossen und insgesamt 1,089 Milliarden Yuan für die Rechtshilfe aufgewendet. Besonders häufig erhielten ländliche Wanderarbeiter in den Städten in Streitfällen mit ihren Arbeitgebern Rechtshilfe. Dabei ging es darum, durch eine größtmögliche Beschleunigung der betreffenden Verfahren den Arbeitern so schnell wie möglich zu ihrem verdienten Lohn zu verhelfen. Insgesamt 163 151 Rechtsfälle, in denen es um Arbeitsverträge und Lohnforderungen ging, wurden abgeschlossen. Dabei ging es um insgesamt 2,96 Milliarden Yuan.

Das Ziel, den Schutz der Menschenrechte in Gerichtsverfahren zu verbessern und den sozialistischen Rechtsstaat auszubauen, stellt die Gerichte vor neue und höhere Anforderungen. Die Volksgerichte werden in ihrer Arbeit stets des Mottos „Gerechtigkeit und Effizienz“ eingedenk sein und an dem Prinzip „der Mensch steht im Mittelpunkt“ festhalten, damit der wirksame Schutz der Menschenrechte auch in den Gerichtsverfahren gewährleistet ist.

## 9 Vokabeln

	Recht auf öffentliche Verhandlung	公开审判权
	Recht auf Ausschließung von Mitarbeitern des Gerichts	申请回避权
	Recht auf Verteidigung	庇护权
der	Privatkläger, -	自诉案件被告人
	der öffentliche Ankläger	公诉案件被告人
das	Jugendstrafgesetz	少年刑事法
die	Jugendstrafkammer, -n	少年法庭
die	Schlichtung	调解



# Lektion 16 Recht und Globalisierung

## 1 Einführender Text: Konstitutionalismus und Globalisierung (Prof. Dr. Ernst Benda, vormaliger Präsident des Bundesverfassungsgerichts und früherer Bundesinnenminister)

In knapper Zusammenfassung soll gesagt werden, dass das Recht eines jeden Staates, sich seine eigene Grundordnung in der Form einer Verfassung zu geben, natürlich der klarste Ausdruck des Prinzips der Souveränität ist. Mit der Verfassungsgebung, auch mit der Anpassung der Verfassung an veränderte Umstände oder gewandelte Auffassungen, bestimmt das Land, wie es leben will und welche Ordnungsvorstellungen das staatliche wie das gesellschaftliche Leben bestimmen sollen.

Verfassung wird - so hat es unser Bundesverfassungsgericht wiederholt für die deutsche Verfassung, das Grundgesetz, gesagt - auch als eine „Wertordnung“ verstanden. Sie ist nicht nur eine äußere Ordnung, die durch Organisationsvorschriften die Mechanismen der Staatswillensbildung regelt, sondern sie will auch durch einige prinzipielle Entscheidungen bestimmen, von welchen Wertvorstellungen sich das Gemeinwesen leiten läßt. Auch die chinesische Verfassung enthält, wenn ich sie richtig deute, insbesondere in ihrer Präambel Wertvorstellungen, die sich allerdings inhaltlich von den im Grundgesetz enthaltenen deutlich unterscheiden.

Auch sonst gibt es einen wichtigen Unterschied: Nach unserem Verständnis werden solche Wertvorstellungen nicht durch die Verfassung oder überhaupt durch staatliche Entscheidung geschaffen. Der Staat enthält sich eines Urteils über philosophische Auffassungen oder weltanschauliche Überzeugungen und ist ihnen gegenüber zur Neutralität verpflichtet. Solche Auffassungen und Überzeugungen ergeben sich aus den in der Gesellschaft gebildeten und vertretenen Meinungen, soweit über sie ein Grundkonsens besteht. So bedeutet die in der Präambel des Grundgesetzes enthaltene Formulierung, das deutsche Volk habe sich „im Bewusstsein seiner Verantwortung vor Gott und den Menschen“ diese Verfassung gegeben, nicht die Festlegung auf das Christentum oder gar die Verpflichtung zur Verfolgung einer staatlichen Politik, die den sich hieraus ergebenden Prinzipien entspricht. Vielmehr herrscht nicht nur Glaubensfreiheit, sondern auch staatliche Neutralität in Glaubensfragen, die allerdings eine Kooperation zwischen dem Staat und den Kirchen eher erlaubt als nach der strengen Trennung von Staat und Kirche, wie sie in den USA oder in Frankreich besteht.

Die Wertvorstellungen, von denen das Grundgesetz als in der Gesellschaft bestehender Konsens ausgeht, kommen vor allem im Grundrechtskatalog zum Ausdruck. Er stellt schon in seinem ersten Artikel mit dem obersten Prinzip der Achtung und des Schutzes der Würde des Menschen eine Forderung auf, aus der sich weitreichende Konsequenzen für das staatliche Handeln ergeben. Wiederum ist die Quelle der Hervorhebung der Menschenwürde, die ja auch - allerdings beschränkt auf die Bürger der Volksrepublik China - in Artikel 38 der chinesischen Verfassung als unverletzlich bezeichnet wird, nicht nur die christliche Lehre, sondern auch die humanistische Philosophie, historisch maßgeblich war vor allem die bewusste Abkehr von dem Unrechtsregime des totalitären Nationalsozialismus. Andere Grundrechte nennen die wesentlichen Grundlagen des Zusammenlebens in der Gemeinschaft, die der Staat nicht nur respektieren, sondern durch aktive Politik schützen soll, wie die Freiheit der Entfaltung der Persönlichkeit, die Gleichheit aller, den besonderen Schutz von Ehe und Familie, das Privateigentum - das alles sind nicht nur Freiheitsrechte, die dem Einzelnen garantiert werden, sondern aus ihnen ergeben sich Gestaltungsaufgaben für den Staat und Grenzen seiner Tätigkeit.

Auch die chinesische Verfassung versteht sich nach ihrem Text als eine solche Wertordnung, allerdings mit einem sehr unterschiedlichen Inhalt. Allein schon die sehr ausführlich formulierte Präambel erläutert die geschichtliche Entwicklung des Landes und die grundsätzlichen Wertvorstellungen, die die heutige Gesellschaft prägen sollen, und in der Konkretisierung in den Einzelschriften kommt zum Ausdruck, auf welche Weise diese Prinzipien in den einzelnen Staatsorganen und im Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern durchgesetzt werden sollen. Die Festlegung auf eine philosophische Lehre wie die des Marxismus-Leninismus, die ja auch erhebliche praktische und politische Konsequenzen für den Staat und seine Bürger hat, wäre mit dem deutschen und überhaupt dem westlichen Verfassungsverständnis schwerlich vereinbar. Nach der in der westlichen Welt bestehenden Auffassung sind wir skeptisch gegenüber der Existenz unveränderlicher Wahrheiten oder eines zwingenden Ablaufs der Geschichte. Die unterschiedlichen Auffassungen, die innerhalb der Bevölkerung bestehen, werden nicht nur hingenommen, sondern als Ausgangspunkt eines Austauschs von Meinungen und alternativen Regelungsmöglichkeiten begrüßt, die die Chance bieten, am Ende einer freien Diskussion die relativ beste Lösung eines gegebenen Problems zu finden. Dies setzt vor allem den Schutz der Meinungsfreiheit sowohl für die einzelnen Bürger als auch für die Presse und andere Medien voraus.

Auch wenn es bei den Regelungen durch eine Verfassung in erster Linie um die Ordnung der inneren Verhältnisse eines Landes geht, können diese nicht vollständig von den Umständen getrennt werden, die jenseits der Grenzen bestehen. Stets bestimmt die historische Entwicklung des Landes, seine geographische Lage und die innere Ordnung mindestens der unmittelbaren

Nachbarn mit, wie die Verfassungsordnung aussehen soll. Besteht Anlass zu der Befürchtung, dass von benachbarten Ländern eine Bedrohung ausgehen könnte, muss die Abwehr äußerer Gefahren organisiert werden; dies hat unter Umständen sehr erhebliche Auswirkungen auf die innere Ordnung, weil nicht nur hierfür Ressourcen an Menschen und an Material bereitgestellt werden müssen, sondern auch die Existenz starker bewaffneter Streitkräfte ein Machtpotential im Innern darstellt, dessen Beherrschung Vorsorge durch die Gestaltung der inneren Machtverhältnisse erfordert. Nachbarn sind potentielle Gegner, von denen eine Bedrohung ausgehen kann. Die Geschichte Europas ist eine Geschichte ständiger und blutiger Kriege, bei denen es um territoriale Streitigkeiten, aber auch um heute kaum noch verständliche Auseinandersetzung ging, wer die richtige Religion hatte - zumeist waren dies unter dem Deckmantel von Wertvorstellungen in Wirklichkeit Kämpfe um den Erhalt oder die Erweiterung der eigenen Macht.

Aber die Zeit der europäischen Bruderkriege ist vorbei, und niemand kann sich vorstellen, dass eine Meinungsverschiedenheit in Europa heute noch durch Krieg ausgetragen werden könnte. Die Nachbarn sind heute Partner, mit denen Handel betrieben wird. Sie kooperieren miteinander, oft in den grenznahen Gebieten in Regionen, die sich, etwa in der alltäglichen Zusammenarbeit der Gemeinden, über nationale Grenzen hinwegsetzen. Die Staaten arbeiten zusammen, um gemeinsam Gefahren abzuwehren, die sich etwa aus Kriminalität oder aus Problemen für die Umwelt ergeben. Gefährdungen, die grenzüberschreitend wirken, können nicht isoliert bekämpft werden, sondern müssen in grenzüberschreitender Partnerschaft erkannt und abgewehrt werden. Dies alles hat zwangsläufige Auswirkungen auf die innere Ordnung. Sind die durch den Austausch von Waren und Dienstleistungen sich ergebenden Chancen nicht auf eine Region beschränkt, sondern wirken sie weltweit, wie es durch das Schlagwort der Globalisierung angedeutet wird, oder bestehen Gefährdungen über die Kontinente hinweg, wie in dem international tätigen Terrorismus oder durch Beeinträchtigungen des Klimas, die in anderen Teilen der Welt entstehen, so ist nicht nur Zusammenarbeit erforderlich, sondern jedes Land muss seine eigene Ordnung so gestalten, dass es zu dieser Kooperation in der Lage ist. Je enger die Welt zusammenwächst, desto stärker muss auch die innere Ordnung auf die von außerhalb kommenden Chancen und Risiken reagieren.

Damit wird die Frage, welche Verfassung das andere Land hat, zu einem legitimen Gegenstand des eigenen Interesses. Das erlaubt nicht die Einmischung in eine Angelegenheit, die jedes Land für sich zu entscheiden hat. Zulässig und notwendig ist jedoch die Bemühung um bilaterale Vereinbarungen, wie sie zumal zwischen unmittelbar benachbarten Ländern auf vielen Sachgebieten üblich sind. Sie können verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen. In zahlreichen Verträgen hat Deutschland nach dem Kriege mit seinen ehemaligen Gegnern und auch neutralen Staaten die vermögensrechtlichen Fragen

geklärt, die sich aus den im Kriege erfolgten Konfiskationen des Feindvermögens ergaben. Da diese Bereinigung der Kriegsfolgen oft mit der Entscheidung verbunden war, dass beschlagnahmte Vermögenswerte nicht an ihre ursprünglichen Eigentümer zurückgegeben wurden, sondern bei dem Staat verblieben, der sie konfisziert hatte, ergab sich die Frage, wie dies mit der Garantie des Privateigentums durch das Grundgesetz vereinbar war. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat die Linie verfolgt, dass zur Bereinigung einer ungewöhnlichen Situation das Recht auf Eigentum entweder ersatzlos oder gegen eine - hinter dem Wert der beschlagnahmten Güter zurückbleibende, unter sozialen Gesichtspunkten gestaffelte - Entschädigung zurücktreten musste.

Ähnlich hat das Verfassungsgericht nach der staatlichen Einigung 1990 die durch die frühere sowjetische Besatzungsmacht in Ostdeutschland vorgenommenen Enteignungen nicht rückgängig gemacht. Solche - in der rechtlichen und politischen Diskussion umstrittenen - Entscheidungen zeigen beispielhaft, dass außenpolitische Gesichtspunkte und der Ausgleich von Interessen, die über die innerhalb eines Landes hinausgehen, die in der Verfassung zum Ausdruck gekommene Gestaltung der zunächst eigenen internen Angelegenheiten beeinflussen oder verändern können. Allerdings ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Regierung, die ein völkerrechtlich verbindliches Abkommen trifft, hierbei an die durch die Verfassung gezogenen Grenzen gebunden, und im Verfahrensrecht sind Vorkehrungen getroffen, die es ermöglichen sollen, schon vor dem Zeitpunkt, in dem ein solches Abkommen völkerrechtlich verbindlich wird, nachzuprüfen, ob ein Widerspruch zum nationalen Verfassungsrecht besteht.

Wenn einmal Völkerrecht entstanden ist, gilt es nach ausdrücklicher Bestimmung des Grundgesetzes als Bestandteil des deutschen Bundesrechts; es geht den innerstaatlichen Gesetzen vor und erzeugt Rechte und Pflichten unmittelbar für die deutschen Bürger. Das Grundgesetz erlaubt auch, dass Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen werden und dass - wie es wörtlich heißt - der Bund „sich zur Wahrung des Friedens einem System gegenseitiger kollektiver Sicherheit einordnen [kann] ; er wird dabei in die Beschränkung seiner Hoheitsrechte einwilligen, die eine friedliche und dauerhafte Ordnung in Europa und zwischen den Völkern der Welt herbeiführen“. Dies ist, wie es in einer Kommentierung dieser Bestimmungen heißt, die Konsequenz der zunehmenden internationalen Interdependenz: „Die elementare Aufgabe des Staates, Frieden, Sicherheit und materielles Wohlergehen der Bürger zu gewährleisten, kann auf vielen Gebieten nur noch im zwischenstaatlichen Verbund erfüllt werden. In nationalstaatlicher Isolation läßt sich unter den historischen Bedingungen der Gegenwart weder die Existenz des Gemeinwesens nach außen sichern noch effektive Daseinsvorsorge im Innern betreiben“ (Tomuschat, BK, Rnr. 1 zu Art. 24 GG).

Interessant ist, dass diese zutreffende Beschreibung der globalisierten Welt von heute genau dem Bild des Menschen in seiner staatlichen Gemeinschaft entspricht, wie ihn das Bundesverfassungsgericht schon zu Beginn seiner Tätigkeit 1951, also vor mehr als 50 Jahren beschrieben hat: „Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums. Das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum - Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. ... Dies heißt aber: der Einzelne muss sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein Zumutbaren zieht, vorausgesetzt, dass dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt.“ Diese aus der Verfassung, aber auch aus einer realistischen Sicht der tatsächlichen Verhältnisse hergeleitete Beschreibung der Position, in der sich der Einzelne in der heutigen globalisierten Welt nach unserem Verfassungsverständnis befindet, scheint mir gut geeignet, auch die Lage der Mitglieder der Völkerfamilie zu umschreiben.

Dabei ist freilich die vom Gericht beschriebene Grundvoraussetzung von entscheidender Bedeutung: dass dabei „die Eigenständigkeit... gewahrt bleibt“. Dies gilt für die Einzelnen in gleicher Weise wie für die Völker. Die Wahrung der Eigenständigkeit bedeutet nicht Isolation, aber Freiheit zu eigener Entscheidung. Insoweit ist es nur zu verständlich, wenn Völker und Länder, die in der Geschichte unterdrückt, durch stärkere Nachbarn in koloniale oder andere Abhängigkeit versetzt oder geteilt worden sind, auch nach dem Erlangen der vollen Unabhängigkeit dem Gedanken der eigenen Souveränität desto größere Bedeutung beimessen. Hierin schwingt nicht nur der berechtigte Stolz auf die eigenen Leistungen und den eigenen Beitrag zur kulturellen Vielfalt der Welt mit, sondern auch die Erinnerung an frühere Zeiten der Unterdrückung und eine mögliche Wiederholung der Geschichte, auch wenn seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges die Zeit der Kolonialisierung wohl endgültig und unwiderruflich zu Ende gegangen ist.

Unter Konstitutionalismus verstehen wir die Bedeutung einer Verfassung für die Ordnung der eigenen Angelegenheiten des einzelnen Staates. Dies gilt bei allen Unterschieden des Ansatzes für die chinesische Verfassung in gleicher Weise wie für die deutsche. Die Verfassung als rechtliche Grundordnung eines konkreten Gemeinwesens ist die Grundlage, auf der sich die politische und die rechtliche Einheit „Staat“ aufbaut. Auf ihrer Grundlage wird die Bildung eines Gesamtwillens ermöglicht. Natürlich stellt sich die Aufgabe der Gesamtwillensbildung immer, heute jedoch dringender denn je; in einer pluralistisch gestimmten Zeit und in einer Zeit, in der der Staat in immer weitere Lebensbereiche eindringt. Viele Gegensätze, Konflikte und Probleme, die früher im gesellschaftlichen Raum ausgetragen wurden, geraten nunmehr in den öffentlich-

staatlichen Bereich; sie werden politische Konflikte, die auf der Basis der Verfassung gelöst werden müssen. Wir haben es zu tun mit einer Verstaatlichung des gesamten gesellschaftlichen Lebens, mit der Überwindung des historisch auf die konstitutionelle Monarchie zurückgehenden Dualismus von Staat einerseits und Gesellschaft andererseits. Staat und Gesellschaft sind keine völlig autonomen Bereiche mehr. Der Staat ist heute eine Erscheinungsform der Gesellschaft, nämlich insoweit diese sich als politische Einheit konstituiert und durch die damit legitimierten Organe den Gesamtwillen zum Ausdruck bringt und durchsetzt.

Verfassung muss daher den Prozess regeln, durch den die politische Einheit, die Bildung des Gesamtwillens und dessen Durchsetzung gewährleistet werden kann. Verfassung ist also zunächst Organisationsnorm. Sie ordnet den Prozess der politischen Willensbildung, garantiert dessen Freiheitlichkeit und bestimmt die verfassungsmäßigen Machtträger. Verfassung setzt aber auch die Bedingungen, die eine Machtausübung „im Namen des Volkes“ legitimieren; sie setzt zugleich der Macht Grenzen. Der wesentlichste Ausdruck der machtbegrenzenden Funktion gegenüber dem einzelnen sind für uns die Grundrechte, die in ihrem klassischen Verständnis dem Einzelbürger einen Freiheitsraum vor der öffentlichen Gewalt schaffen. In einer Zeit des zunehmenden Vordringens des Staates in den gesellschaftlichen und individuellen Bereich ist die Erhaltung dieses Freiheitsraums wichtiger denn je.

Verfassung ist aber nicht nur Grundordnung der staatlichen Willensbildung und -durchsetzung, nicht nur machtbe gründende, machtle gitimierende oder machtbegrenzende Grundnorm, nicht nur Garantie individueller Freiheit, sondern sie enthält darüber hinaus auch inhaltliche Leitgrundsätze und Zielsetzungen für das staatliche Handeln, so wie es im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland etwa im Sozialstaatsprinzip verkörpert ist. Endlich enthält die Verfassung auch Leitgedanken für den Bereich des nichtstaatlichen Lebens des Gemeinwesens. Wenn es im Grundgesetz heißt, dass die Menschenwürde zu schützen sei, dass der Zusammenschluß zu Vereinigungen garantiert und dass die Freiheit von Kunst und Wissenschaft gewährleistet werde, dann ergibt sich bereits aus dem Inhalt der entsprechenden Verfassungssätze, dass diese Prinzipien über den engeren staatlichen Bereich notwendigerweise und berechtigterweise hinausreichen.

Zugleich ist Verfassung immer nur Grundordnung und zudem Ergebnis einer bestimmten geschichtlichen Situation. Der historische Verfassungsgeber regelt natürlich nur die Fragen, die ihm im Zeitpunkt der Verfassungsschöpfung wesentlich erscheinen. Verfassung stellt bestimmte Grundentscheidungen außer Streit, entzieht sie jedenfalls der einfachen Parlamentsmehrheit und garantiert so die Kontinuität des Gemeinwesens. Als Antwort auf die für den historischen Verfassungsgeber wichtigen Fragen ist jede Verfassung zeitgebunden und lückenhaft.

Verfassung ist aber schließlich auch nicht nur Grundform, sondern Grundnorm, sie ist also Rechtsnorm. Der Sinn jeder Rechtsnorm liegt in ihrer Verwirklichung. Sie beansprucht Geltung, verwirklicht sich aber nicht von selbst. Soziologisch gesehen "gilt" eine Norm nur dann, wenn sich die Adressaten nach der Verhaltensordnung der Norm auch in der Wirklichkeit richten. Als Norm ist auch die Verfassung auf Realisierung angelegt. Verwirklichung der Verfassung bedeutet also, dass sich die jeweiligen Adressaten verfassungsgemäß verhalten. Dies setzt wohl die Möglichkeit voraus, abweichendes, das heißt also verfassungswidriges Tun oder Unterlassen zu ahnden und damit zu verhindern. Verfassung ist also immer erst Entwurf einer Ordnung des Gemeinwesens, nicht schon Spiegel der Wirklichkeit, sondern Gestaltungsauftrag. Es kommt alles darauf an, aus dem Verfassungstext Verfassungswirklichkeit werden zu lassen.

Verfassungswirklichkeit wird in verschiedenem Sinn gebraucht. Geht man von der Bedeutung der Verfassung als Norm, als rechtlicher Grundordnung des Gemeinwesens aus, so stellt Verfassungswirklichkeit zunächst die Frage nach der konkreten Verwirklichung der Verfassungsnorm in der Realität. Es wird also untersucht, ob der politische Prozess nach den Regeln der Verfassung verläuft, oder ob sich die Machträger, die Mandatsträger bei der Erfüllung ihrer staatlichen Aufgaben in den verfassungsrechtlichen Grenzen halten; ob die staatlichen Organe den grundrechtlich geschützten individuellen Freiheitsraum achten; ob sich die politischen Machträger in ihrem Handeln an den von der Verfassung gesetzten Leitprinzipien und Staatszielbestimmungen ausrichten; ja schließlich, ob der Gesamtzustand des Gemeinwesens auch über den engeren staatlichen Bereich hinaus dem Entwurf der Verfassung entspricht. Es geht also nicht um den Gegensatz zwischen Norm und Wirklichkeit, sondern es geht um die Durchsetzung der Norm als tatsächlicher Verhaltensordnung des Gemeinwesens. „Verfassung und Verfassungswirklichkeit“ ist hier als Frage und Aufforderung zu verstehen, die Realität dem Grundgesetz anzupassen, das Grundgesetz aus der Norm zur Wirklichkeit werden zu lassen.

Nun enthält die Verfassung vielfach allgemein formulierte Sätze, die sie befähigt, auch soziale Veränderungen aufzufangen. Die Interpretation des Textes kann den gewandelten Sozialbedingungen Rechnung tragen. Unsere Rechtsprechung hat zum Beispiel die Eigentumsgarantie, die früher klassisch im wesentlichen das Grundeigentum meinte, mittlerweile weithin auf alle Vermögenswerten privaten und darüber hinaus sogar auch auf öffentlich-rechtliche Rechtspositionen ausgedehnt. Der Interpretationswandel geschah, weil die Garantie des Eigentums nach der Grundkonzeption der Verfassung als Sicherung der individuellen Existenz zu verstehen ist. Heute wird deutlich, dass unter unseren sozialen Verhältnissen Existenzsicherung für die allerwenigsten unserer Bürger in Grund und Boden liegt, vielmehr geht es im Wesentlichen,

jedenfalls der Zahl und auch der Bedeutung im Übrigen nach, um ein Anrecht auf Vergütung der für die Gemeinschaft erbrachten Leistung.

Nach unserem Grundgesetz ist Hüter der Verfassung das hierfür bestellte Bundesverfassungsgericht. Nur durch seine verfassungsgerichtliche Interpretation erhält die verfassungsrelevante Realität letztlich normative Kraft. Es ist ganz offensichtlich, dass der Verfassungsgerichtsbarkeit bei der Durchsetzung der Verfassung im allgemeinen und bei diesem Prozess des Verfassungswandels im besonderen eine wichtige Rolle zukommt. „Normale“ Rechtsnormen, die sozusagen „gewöhnliche“ Rechtsordnung, wird ja in ihrer Geltung durch den Staat gewährleistet. Der Staat setzt die Norm mit Hilfe des Rechtsstabes, das heißt der Rechtsfunktionäre, notfalls zwangsweise, das heißt mit Zwangsvollstreckung oder mit Strafandrohung oder Strafverhängung durch.

Bei der Verfassung ist dies anders; es gibt keine übergeordnete Staatsgewalt, die sie gewährleisten könnte. Nicht die Staatsgewalt steht über der Verfassung, sondern es ist gerade umgekehrt. Lediglich ein Verfassungsgericht ist in der Lage, als einziges Verfassungsorgan des Staates, der Verfassung autoritativ Nachdruck zu verleihen, sie in gewisser, allerdings beschränkter Weise zu sanktionieren.

Das Gericht entscheidet über die Verfassungsmäßigkeit staatlicher Akte. Eine funktionierende Verfassungsgerichtsbarkeit schafft also der geschriebenen Verfassung Geltung, sie verhindert, dass sich eine Realverfassung gegen das Grundgesetz etabliert, dass eine vom geschriebenen Verfassungstext abweichende Wirklichkeit an die Stelle der Verfassung tritt. Sie sorgt dafür, dass die Spannung zwischen politischer Wirklichkeit und geschriebener Verfassung nicht zur Entkräftung und Aushöhlung der normativen Kraft der Verfassung führt. Der Vorrang der Verfassung vor dem Gesetz wird durch die unmittelbare Anwendung der Verfassung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit gesichert.

Natürlich kann die Verfassungsgerichtsbarkeit ihre Funktion, nämlich die Durchsetzung der Verfassung, nur unter einer Grundvoraussetzung erfüllen: Eine Verfassung hat in einem freien Gemeinwesen nur dann die Chance, Realität zu werden, wenn sie sich nicht allzuweit von den tatsächlichen Verhältnissen entfernt. Zu ihrer Verwirklichung bedarf die Verfassung der - zumindest grundsätzlichen - Annahme durch die Adressaten. Dies gilt auch in Ländern, die eine Verfassungsgerichtsbarkeit nicht für ein geeignetes Mittel halten. Auch sie sind darauf angewiesen, dass die Bürger bereit sind, die in der Verfassung getroffenen Entscheidungen zu akzeptieren.

Die in China in Gang gekommenen, allerdings noch nicht zu Entscheidungen gereiften Diskussionen über eine mögliche Reform der Verfassung sind geeignet, sich des noch bestehenden oder auch hier und da nicht mehr sicheren Konsenses über die Nützlichkeit bestehender Regelungen zu vergewissern, und es ist sicher nicht zufällig, dass hierbei die zunehmende Einbindung in eine weltweit entgrenzte Wirtschaftsordnung und die sich hieraus ergebende Not-



wendigkeit eine Rolle spielen, den Handel über die Staatsgrenzen hinweg zu erleichtern und die wirtschaftliche Tätigkeit ausländischer Unternehmen im eigenen Interesse zu erleichtern, ohne damit die Eigenständigkeit der Ordnung des Gemeinwesens zu gefährden.

Je enger die Welt zusammenrückt und je stärker sich die wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Probleme eines Landes nicht nur auf die unmittelbaren Nachbarn, sondern auch auf geografisch weit entfernte Länder auswirken, desto mehr wird es notwendig, dass sich ein allgemeines Bewußtsein für nur noch scheinbar entfernte Probleme entwickelt. Die gerade laufenden Verhandlungen in der WTO werden hierfür Beispiele zeigen, etwa in dem Umstand, dass die staatliche Subventionierung einer bestimmten etwa landwirtschaftlichen Produktion in dem einen Lande zur massiven Gefährdung der Lebensgrundlagen eines anderen Landes führt, wofür es ganz aktuelle Beispiele gibt. Damit wird nicht nur ein Problem grenzüberschreitender Gerechtigkeit angesprochen, bei dem es meist die Entwicklungsländer sind, die die eigennützigen Maßnahmen zumeist der reicheren Länder bezahlen müssen. Auch der Blick auf das zumindest längerfristige eigene Interesse an der Überlebensfähigkeit sollte zu der Überlegung zwingen, ob die ungehemmte Förderung nationaler Egoismen auf Dauer nicht den eigenen Interessen eher schadet als nützt. Verfassungsrechtliche Fragen mögen damit nicht unmittelbar angesprochen sein; aber auch für diese gilt, dass eine Sichtweise nicht mehr ausreicht, die über den Rand des eigenen Landes nicht hinausblickt.

Hoffnungen auf weltweite Regelungen, die die bisherige Aufgabe des Ausgleichs von Interessen so übernehmen könnten, wie dies bisher in jedem Land - mit ganz unterschiedlichen Antworten - durch seine Verfassung geschieht, sind gewiss verfrüht. Das den Vereinten Nationen zur Verfügung stehende Instrumentarium funktioniert nur teilweise. Auf europäischer Ebene wird der ernsthafte und hoffentlich erfolgreiche Versuch unternommen, durch eine gemeinsame Europäische Verfassung den alten und historisch lange zerstrittenen Kontinent zum gemeinsamen Handeln jedenfalls nach innen, der Hoffnung nach auch in gemeinsamer Außen- und Sicherheitspolitik zu bringen.

Ähnliche, wenn auch bisher weniger weitreichende Bemühungen gibt es in anderen Kontinenten, etwa in Afrika oder in Asien. Regionale oder kontinentale Zusammenarbeit, nicht Zusammenschlüsse, mögen die nächste Stufe sein, bei der die nationale Verfassungsgebung nicht überflüssig wird, aber doch mehr als die nur jeweils eigenen Belange sieht. In der westlichen Welt äußern manche die Hoffnung, das Ergebnis der Globalisierung werde die weltweite Demokratisierung unter dem Vorzeichen einer freien Marktwirtschaft sein. Viele in anderen Teilen der Welt werden dies für eine wenig attraktive Perspektive halten, und jedenfalls sind solche Zukunftsutopien nicht sehr realistisch. Sie politisch voranzutreiben, könnte eher den Effekt haben, dass die ohnehin bestehenden Meinungsverschiedenheiten vertieft werden und die wirtschaftli-

che Kooperation, von deren Notwendigkeit die meisten heute überzeugt sind, unter den entstehenden politischen Dissonanzen leidet.

Ein besserer Weg ist es, miteinander über die Frage zu sprechen und notfalls auch - friedlich - miteinander zu streiten, wie die Welt von morgen aussehen sollte. Dieser philosophische Diskurs steht am Beginn auch jeder nationalen Verfassungsgebung. Es geht dabei nicht in erster Linie um Mechanismen und Instrumentarien der Willensbildung, sondern um die Frage, wo gemeinsame Wertvorstellungen liegen, wo sie auseinandergehen und ob es einen Weg gibt, Meinungsverschiedenheiten in einem geduldigen, die andere Meinung respektierenden Austausch der Gedanken zu überwinden.

## 1 译文：宪政与全球化（德意志联邦共和国前联邦宪法法院院长恩斯特·本达教授）

简要地讲，一个国家将自己的基本制度以宪法的形式表述出来的权力，是主权原则最清楚的体现。一个国家借助宪法及针对变化了的境况或观点对宪法的修订，决定一个国家要如何存在，什么样的秩序设想应该决定国家和社会生活。

宪法也被理解成为一个“价值秩序”，我们的联邦宪法法院针对德国的宪法-基本法-多次做出了这样的表述。它不单是一个通过组织规定规则国家意志形成机制的外部秩序，它借助一些原则的决定确定社会整体的价值取向。如果我没有理解错的话，中国的宪法、特别是在总则的部分也包含有价值取向，不过从内容上讲它与德国基本法中包含的价值取向相差甚远。除此之外还有一个很大的差别：按照我们的理解，这样的价值取向不是由宪法或者国家的决策确定的。国家避免就哲学观或世界观做出评判并对它们有保持中立的义务。这样的观点和信仰应该产生于社会中所形成和所代表的观点，只要对它们存在基本共识。德国基本法总则中所述的德国人民“本着对上帝和人类的责任”确立本宪法，并没有将基督教确立为国教，也没有要求国家采取与之相适应的国策。相反德国不但信守宗教自由的原则，而且国家在宗教问题上保持中立，这更使得国家与教会之间可以进行合作，而不是像在美国或法国那样奉行严格的政教分离的原则。

德国基本法作为社会共识所出发的价值取向，在基本权利目录中得以体现。它在第一条中便以尊重和保护人的尊严作为最高原则提出了一个对国家行为有着重要影响的要求。中国宪法的第 38 条也强调人权不可侵犯。之所以强调人权，不单是源于基督学理，而且也是源于人道主义哲学，特别是对纳粹专制非法统治的叛离。其他的基本权利作为社会共存的基础，国家不但要尊重、而且要通过积极的政策保护它，如人格发挥的自由、人人平等、对婚姻、家庭、私有财产的特别

保护，这不单是每个个人应该受到保障的个人自由权利，从中也衍生出了国家的塑造任务及其行为的界限。中国的宪法也将自己理解为一个价值体系，不过其内容与德国基本法截然不同。在其极为详尽的总则中描述了国家的历史发展及对今天社会应起作用的基本价值观念。在各条款中又阐述了这些原则在各个国家机构及国家与公民的关系中如何予以贯彻的问题。将马列主义这样的哲学学说确定为国家的主导思想，会对国家和公民产生很大的政治和实际影响，这种做法与德国或西方的宪法理解很难融合。根据西方的观点，我们对不变的真理及历史恒定的潮流的存在怀有疑虑。我们接受公民中存在的不同的观点，将它作为交流观点和解决问题不同方法的出发点，它使我们可能在自由讨论后找到解决问题的相对的最好的办法。要做到这一点就要求对公民及媒体的言论自由进行保护。

即使宪法首要规则的是一国的国内秩序，它也不可能对界外的情况全然不顾。一国的历史发展、地理位置及邻国的内部制度决定了一国宪法的走向。如果存在来自邻国的威胁，就要组织针对外来威胁的防御，这在很大情况下会对一国的内部制度产生很大的影响，因为不但要为此提供人力、物力资源，而且强大武装军队的存在对内也构成权力潜能，需要通过内部权力关系的塑造对其进行制约。邻国是潜在的对手，它可能构成威胁。欧洲的历史即是一部不断进行血腥征战的历史，为领土也为今天难以令人理解的谁信奉的是正确的宗教的问题。这些战争大多数情况下都是打着价值观的幌子，为维护 and 扩大自己的权力而进行的征战。但今天欧洲手足相争的时代已经过去了，很难想象观念之争要通过战争来解决。邻国成为了贸易的伙伴，它们相互合作，在边界地区的地方合作超出了国界。国家间进行合作以共同抵御来自犯罪和环境问题的威胁。跨国界的威胁不可能靠一国单枪匹马地来解决，需要通过跨国的伙伴关系来确认和抵御。这自然会对内部秩序产生影响。商品和服务的交流所产生的机遇并不仅是针对某一地区而是整个世界，正像全球化这个词所表述的那样，而国际恐怖主义和气候危害也不仅仅局限在一个大陆，所以不但需要国际合作，而且一个国家在进行内部制度设计时要使它具有合作性。世界联系得越紧，就越需要内部制度更好地对外部的机遇和风险做出反应。

因此其他国家拥有什么样的宪法成为了为了自身利益应该关注的问题。这不应该允许干涉他国自己应该决定的内部事物，但允许而且必要的是加强双边合作，就像相邻之国在很多领域所做的那样。但它会带来宪法问题。战后德国通过与前敌对国或中立国签署的一系列协议解决了战争中没收敌对方财产所产生的财产权的问题。因为在解决战争遗留问题时没收的财产不再归还原主，而是留在查收国手中，

所以就产生了这一决定与基本法保护私有财产如何相吻合的问题。联邦宪法法院在判决时遵从的是如下宗旨：在解决这一特殊时期的问题时，财产权要么无可替代地被放弃，要么以低于被查收物价值、根据福利需要给以差别补偿。1990年两德统一后联邦宪法法院在处理前苏联占领政权在东德所没收的财产时也持类似的观点，没有解除没收。这些在政治和法律讨论中颇具争议的决定表明，外交考量及超越一国地界的利益均衡，有可能影响或改变在宪法中所规定的国内的事物。当然根据联邦宪法法院的判决，政府在缔结国际条约的时候要受宪法给定的界限的约束。在程序法中就要设定机制，以有可能在条约生效之前对其是否与宪法冲突进行审核。根据德国基本法的明确规定，国际法一旦产生，它就成为了联邦法的组成部分，其位阶高于国内法，对德国公民产生权利和义务。德国基本法允许将主权转交给跨国机构，联邦为了维护和平可以加入一个保障相互集体安全的体系。如果可以在欧洲及在世界各国人民间建立持久的和平，联邦愿意限制自己的主权。正像在一个评论中所讲述的那样，这是国际相互依存的结果：“国家为公民维护和平、安全和康裕生活的最基本任务在很多领域只有在国家联合体中才能实现。在现有历史条件下，国家孤立既不能对外保证团体的存在，又不能对内进行有效的公民关照”。

有意思的是上述对全球化的描述与50年前联邦宪法法院成立之初对公民在国家团体之中的地位的描述有异曲同工之妙：“基本法所构想的人并不是一个孤立的个体”，“在个人与团体的张力中基本法确定了人的团体性，但并没有触及人的自身价值。这就意味着，个体要接受立法者为了维护和促进社会共同生活而设立的限制个人行为自由的界限，前提是个人独立性得到保障。”这种源于宪法，同时也从现实生活中导引出来的、根据我们对宪法的理解每个人在全球化的世界中所占有的位置，正好也可以用到描述国际大家庭各个成员的位置上来。

当然，联邦宪法法院所指出的“个人的独立性得到保障”这一基本前提至关重要。这对每一个人是这样，对国际大家庭也是这样。保障独立性不等同于孤立，而是自我决策的自由。从这一点上很可以理解为什么历史上遭受奴役、被强邻置于殖民地或其他附庸地位或被分裂的国家在赢得主权后仍对自己的主权赋予重要的意义。这里不但回响着对自我成就及为世界文化多样性所做贡献的自豪，而且也包含着对过去受奴役历史的回忆及对这种历史可能重演的担忧，虽然随着二战的结束，殖民的时代已经一去不复返了。

我们理解的宪政是一部宪法对规则一国自身内部事物所具有的意义。虽然两国立宪的出发点不同，但这点对中国的宪法是这样，对德

国的宪法也是这样。宪法作为一个团体的法律基本制度是在其上建立政治和法律的统一体——“国家”——的基础。在这一基础之上整体意愿的形成才成为可能。诚然，在一个多元化的时代、在一个国家渗入到越来越多的生活领域的时代，整体意愿的形成越来越重要。许多原来在社会领域暴发的对立、冲突、问题越来越多地进入到了公共-国家的领域，由此它们成为了只有在宪法基础上才能解决的政治冲突。我们面临着一个社会生活国家化的问题，面临着君主立宪时期形成的国家、社会二元的合一问题。国家与社会不再是完全自主的领域。从形成政治统一体、通过合法的机构将整体意愿予以表述和贯彻这个角度而言，今天的国家构成了社会的表现形式。宪法首先是组织规则。它规则政治意愿形成的过程，保障其自由并确定合宪的权利载体。宪法也确立“以人民的名义”合法行使权力的条件，同时它又给权力设置了界限。对我们而言最具限制权力功能的表现是给公民在公权力面前以自由空间的基本权利。在国家越来越多地渗入到社会和个人生活领域的时代，这种自由空间的保留比以往更为重要。宪法不单是形成和贯彻国家意志的基本秩序，不单是赋予权力、限制权力的基本准则，不单是对个人自由的保障，它同时也包含着指导国家行为的主导原则及目标，正像德国的基本法在社会福利国家原则中所体现的那样。此外宪法也包含对国家外社会生活的主导思想。如果基本法中写到要保护人的尊严、保障结社及科学、艺术的自由，这些原则自然而然也合理地适用于国家范围外的领域。

同时宪法仅仅是一个基本秩序，而且是某一特定历史时期的产物。历史上的立宪者只规则当时在他看来重要的问题。宪法将某些原则决定置于争论之外，使它不受制于议会简单多数的影响，以此保证公共事物的延续性。作为对当时历史问题的回答，每部宪法都打上了当时的时代烙印并且有缺失。宪法不单是基本形式，它也是基本规则，它是法律规则。任何法律规则的意义都在于它的实现。它要发挥作用，但不能靠自身发挥作用。从社会学的角度讲，规范之所以为规范，就在于规范的对象在实际生活中以规范作为自己行为的准绳。作为规范，宪法也要付诸实现，宪法的实现意味着受众的行为合宪。这里的前提条件是对违宪的作为或不作为具备警戒和制止的可能性。宪法仅仅是公共秩序的草案，不是反映现实的镜子，它构成塑造任务。所以重要的是要将宪法文字转化为宪法现实。

宪法现实这个词具有多重含义。如果将宪法作为规范、作为公共生活的基本秩序，那么宪法现实面临的问题就是如何将宪法规范变为现实的问题。那就要看一看政治过程是否符合宪法规则；权力拥有人在完成国家任务的时候是否遵守宪法法界限；国家机构是否尊重受基

本权利保护的自由空间；政治家在他们的行为中是否遵循宪法规定的指导原则及国家目标；公共生活的整体状况是否在国家这一狭小的界限外也符合宪法设计。这样观察的目的并不是看规范与现实之间的差距有多大，而是在于规范作为公共生活的行为准则的贯彻。“宪法及宪法现实”在这里要被理解成问题和要求，既使得现实趋同于基本法，同时又使基本法从规范转变为现实。

宪法中包含很多抽象的描述，使它可以应对社会的变化。对宪法文字的解释可以考虑到变化了的社会条件。我们的司法审判将财产保护从传统的土地财产已经扩展到了所有有价值的私人财产和公共财产。这种解释变化是因为依照宪法初衷，对财产的保护实际上是对个人生存的保障。今天我们可以看出，在现今的社会条件下土地只对极少数的公民构成生存保障，绝大多数人的生存保障体现在为社会做出服务后获得报酬的权利上。

根据德国的基本法，宪法的捍卫者是为设立联邦宪法法院。只有通过它的宪法解释，宪法现实才成为规范力量。很显然，在贯彻宪法及宪法变革的过程中，宪法司法审判体系起着至关重要的作用。“普通”法规、“普通”的法律制度通过国家予以保障，国家通过司法人员、必要的话通过强制执行或刑事判决来贯彻法规。但宪法的贯彻则不同。不存在一个位于宪法之上的保障宪法的国家权力。不是国家权力位于宪法之上，而是相反。唯有宪法法院作为国家唯一的宪法机构有权对宪法做出权威性解释，对它在一定程度上进行有限的制裁。宪法法院决定国家行为的合法性，一个有效的宪法司法审判体系可以使宪法从文字转变为现实，避免与基本法相左的现实宪法的形成，从而避免与宪法文字规定相左的现实的产生。宪法优先于普通法律只有通过宪法司法体系对宪法的应用才能得以体现。

宪法司法体系贯彻宪法的功能只有在具备如下基本的前提条件下才能得以实现：即一部宪法只有在不脱离现实的基础上才能有望变为现实。宪法的实现需要受众的接受。即使在宪法司法审判体系被认为不妥的国家也是如此。在这些国家也需要公民对宪法中做出的决定认同。在中国正在进行的关于宪法改革的讨论正好可以用来对现有规则的有益与否进行反思，随着对世界经济秩序的融入有必要使国际贸易及外国企业的经济行为更简便易行，同时又不损害公共秩序的独立性。

世界联系得越紧密，一国的经济、社会、文化问题就不单影响到直接的邻国，而且也影响到远离自己的国家。在这种情况下，加深对好似远离自己的问题的理解就越发重要。正在进行的世贸谈判向我们表明，一个国家对农业生产的补贴会毁掉另一个国家生存的基础。这

方面有着活生生的例子。这里涉及的不单是跨国公正的问题，因为一般总是发展中国家为富裕国家的自私行为付出代价。即使为了自己的生存利益，也要考虑对国家自私行为的无限放纵对自己是不是弊大于利。这不一定与宪法问题有直接的关系，但在这一问题上只顾自己的做法也是不够的。

寄希望于制定国际规则，以平衡各方利益，就像迄今各国通过宪法所做的那样，那还为时尚早。正像昨天所举的制止人权侵害的例子那样，联合国所拥有的手段只部分奏效。欧洲正在进行认真、希望也成功的尝试，通过一个共同的欧洲宪法使古老、但历史上又长期纷争的欧洲大陆对内、同时也希望对外在外交安全政策上统一行动。类似的努力在其他大陆如非洲和亚洲也有。在地区或大陆间进行合作而不是联合，没准是下一个阶段，在这样一个阶段中一国宪法的存在仍然必要，但人们关注的不单是自身的利益。在西方，有人希望全球化的结果是自由市场经济下的世界民主。对世界上很多其他地区的人而言，这并不一定是一个具有魅力的前景，这样的未来判断也不太现实。如果一意孤行要在政治上推进这一进程，这可能会使现有的观点上的距离加大，必要的经济合作可能会因政治的不和谐而受损。一个更好的途径是就问题进行交流、必要时进行和平的争论，明天的世界究竟是怎样？这样的政治讨论是任何一国立宪时要进行的。讨论的要旨首先不是意愿形成的机制和手段，而是什么是共同的价值观、分歧在哪里、是否有一条途径可以使人们在耐心地尊重别人观点的交流中克服分歧。

(王建斌译)

## 2 Vokabeln

der	Konstitutionalismus	立宪制
der	Grundrechtskatalog	基本权利目录
das	Hoheitsrecht, -e	主权
die	Verfassungswirklichkeit	宪政实际
die	Verfassungsnorm	宪法规范
die	Verfassungsgerichtsbarkeit, -en	宪法法院管辖权

### 3 Text 1 zum Dolmetschen: Staatssoveränität in der Ära der Globalisierung (Ernst Benda)

#### I.

Mit dem Begriff der Globalisierung wird eine Entwicklung beschrieben, die primär nicht die Folge politischer Entscheidungen ist, sondern auf den Fortschritten von Wissenschaft und Technik beruht. Allerdings ist die Politik nicht ganz unbeteiligt, sondern hat die Rahmenbedingungen geschaffen, auf die Globalisierung angewiesen ist, wie die gerade in diesen Tagen wieder neu verhandelten Regelungen der WTO. Statt von „Globalisierung“ wird auch von „Entgrenzung“ gesprochen. Damit ist gemeint, dass die technisch-industrielle Revolution Fakten geschaffen hat, die bei politischen Entscheidungen, wie sie das Setzen einer Grenze darstellt, nicht ignoriert werden dürfen, wenn anders schädliche Auswirkungen auf die Politik vermieden werden sollen. Insofern kollidiert Globalisierung mit dem Anspruch der Politik auf Souveränität, also auf den Anspruch jedes Landes auf eine eigenständige, an den eigenen Interessen ausgerichtete Entscheidungsfähigkeit.

Das ist kein neuer Vorgang, aber das Konfliktpotential hat sich verschärft. Der Import politisch unerwünschter Zeitungen oder Bücher über nationale Grenzen ließ sich noch verhindern, indem ein umfangreiches Kontrollsystem errichtet wurde. Hörfunk- oder Fernsehsendungen überwinden jede nationale Grenze. Im nationalsozialistischen Deutschland war während des Krieges das Abhören von „Feindsendern“ unter strenger Strafandrohung verboten, aber dies hat nicht verhindern können, dass viele Menschen, die sich durch die eigene Propaganda unterinformiert oder getäuscht sahen, sich auf diese Weise unterrichteten. Heute kann durch das Internet ein weltweiter Austausch von Informationen aller Art erfolgen. Der freie Austausch von Nachrichten und Meinungen ist in den Ländern willkommen und erwünscht, die die Meinungsfreiheit verfassungsrechtlich schützen und garantieren, aber auch ein Land wie Deutschland plagt sich mit dem bisher ungelösten Problem, dass auf dem gleichen Wege etwa Pornographie importiert wird, deren Verbreitung bei uns - anders als in anderen Ländern - unter Strafandrohung untersagt ist. So kann die politische Entscheidung durch die Technik unterlaufen werden; sie wird wirkungslos oder ist mit einem unzumutbaren Aufwand verbunden.

Dass der Staat sich gegenüber von der Norm abweichenden Verhaltensweisen seiner Bürger nur in begrenztem Umfang durchsetzen kann, ist freilich kein neuer Sachverhalt. Der Staat definiert Grenzen, aber soweit sie nicht durch die eigenen Bürger oder Gäste des Landes respektiert werden, setzt ihre wirksame Überwachung einen unter Umständen nicht tragbaren Aufwand voraus. Wir haben jahrzehntelang mitten durch Deutschland und seine Hauptstadt Berlin eine befestigte Grenze gehabt, deren unkontrollierte Überschrei-



tung mit Lebensgefahr verbunden war. Dies war nicht nur eine menschenverachtende, barbarische Einschränkung der bürgerlichen Freiheit, sondern auch eine volkswirtschaftlich unsinnige Investition von Personal und Material in ein Überwachungssystem. Das riesige Überwachungssystem, das die damalige DDR meinte errichten zu müssen, hat mit zu ihrem Zusammenbruch beigetragen.

Aber auch im normalen Leben einer Gesellschaft ist immer neu zu entscheiden, mit wieviel Aufwand die Entscheidungen der Politik durchgesetzt werden sollen. Auch die souveräne Entscheidung jedes Staates ist nicht frei, sondern steht in Abhängigkeit zu real existierenden Voraussetzungen. Dabei ist ein Gesichtspunkt das Maß an Freiheit zu eigenen Entscheidungen, das den Bürgern zugebilligt werden soll, und das Vertrauen darauf, dass sie von dieser Freiheit einen verantwortungsvollen Gebrauch machen werden; ein anderer Aspekt sind die mit einer vollständigen Kontrolle verbundenen Aufwendungen an Personal- und anderen Kosten. Der totale Polizeistaat mag effektiv erscheinen, aber ganz abgesehen von dem Verlust bürgerlicher Freiheiten, die mit ihm verbunden sind, ist er in volkswirtschaftlicher Sicht eine wenig überzeugende Investition von Mitteln, die an anderer Stelle fehlen. In den USA, aber auch in Deutschland und anderen europäischen Ländern wird im Zusammenhang mit der notwendigen Abwehr des weltweit drohenden Terrorismus diskutiert, wie man dieser Erscheinungsform der Globalisierung begegnen kann, ohne die Freiheit, die geschützt werden soll, unzumutbar einzuschränken. Die mit der Globalisierung verbundene „Entgrenzung“ hat das jedem modernen Staat bekannte Problem nicht neu geschaffen, aber verschärft und noch deutlicher gemacht.

Im Bereich der Wirtschaft bewirkt Globalisierung, dass die Entscheidungen der in ihr Tätigen zwar von nationalen politischen Entscheidungen - wie dem Lohnniveau und der Qualifikation der Arbeitskräfte, der steuerlichen Belastung unternehmerischer Tätigkeit, Rechtssicherheit gegenüber regulierenden Eingriffen - abhängen, aber diese und andere Faktoren nicht mehr unausweichliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftens darstellen, sondern miteinander in Wettbewerb treten. Der Unternehmer kann sich heute bei seiner Entscheidung, wo produziert werden soll, den für ihn günstigsten Standort aussuchen. Das Ende des Sowjetblocks und der Fall der Berliner Mauer 1989 bedeutete auch, dass viele andere Grenzen ihre Bedeutung verloren. Aus westlicher Sicht endete damit auch der Wettbewerb der Systeme, und der Kapitalismus hatte gesiegt. Die Marktwirtschaft, die bisher nur im Westen bestand, schien weltweit zum beherrschenden System zu werden. Länder, die an die sozialistische Planwirtschaft glauben, mussten und müssen sich jetzt mit der Frage auseinandersetzen, ob Sozialismus in einem Land bestehen kann, wie die sowjetische Führung unter Stalin geglaubt hatte.

Während der damit verbundene schwierige Anpassungsprozess gerade die Politik dieser Länder zu neuen Entscheidungen zwingt, die mit ihrer bisherigen Ideologie in Konflikt geraten können, bedeutet Globalisierung in den westlichen Ländern eher den Verlust oder doch das Schwenden des früheren Glaubens an die Gestaltungsfähigkeit der Gesellschaft durch die Politik. Nicht der Staat, sondern der Markt entscheidet, wo große Investitionen getätigt werden, wo Standorte entstehen oder wohin das Kapital fließt. Da der Staat auf solche Investitionen angewiesen ist, um über Steuern und Abgaben seine eigene Tätigkeit finanzieren zu können, wird er abhängig, sogar erpressbar. In meinem Lande, und sicher nicht nur dort, glauben viele Politiker, gegen die fortschreitende Globalisierung könnten sie ohnehin nichts ausrichten; nicht der Souverän, also nach demokratischem Verständnis das Volk, scheint die Entwicklung zu bestimmen, sondern die Kräfte der Wirtschaft. Wenn diese, wie gegenwärtig, stagniert und die Zukunftsaussichten ungünstig sind, gehen zaghafte Reformbemühungen meist dahin, die Rahmenbedingungen etwa durch Abbau von steuerlichen und Abgabenbelastungen so den anderer Länder anzupassen, dass Abwanderungstendenzen der Unternehmen begegnet und Investitionen durch ausländische Unternehmen ermutigt werden.

Zwar entspricht es auch dem westlichen Freiheitsverständnis, wie es auch in den Verfassungen etwa der Bundesrepublik Deutschland zum Ausdruck kommt, dass die individuelle Lebensgestaltung, auch die eigenverantwortliche Übernahme der Lebensrisiken dem Einzelnen überlassen werden sollte und dass Wirtschaft am ehesten gedeihen kann, wenn sie vom Staat nicht mehr als notwendig beeinflusst und reguliert wird. Da viele der europäischen Länder, insbesondere auch Deutschland, sich als Staaten nicht einer völlig freien, sondern der sozialen Marktwirtschaft verstehen, und sie daher seit langem umfassende Systeme der sozialen Sicherung errichtet haben, die heute ohne drastische Reformen nicht mehr funktionieren, wird der Ruf nach freier, das heißt auch eigenverantwortlicher Lebensgestaltung als Rückzug des Staates aus seinen bisher selbstverständlichen Verpflichtungen verstanden.

Viele Menschen, die sich an die stetige Fürsorge des Staates für sein Wohlergehen gewöhnt haben, befürchten nun, dass sie der Staat im Stich läßt. Da der Staat nichts mehr verteilen kann, ist die Krise des Sozialstaates entstanden, und die Globalisierung bewirkt, dass die Kräfte der Wirtschaft sich an günstigere Standorte begeben und damit die Voraussetzungen verändert werden, unter denen Wachstum entstehen kann. Handelnder ist nicht in erster Linie der Staat. Er kann nur durch Veränderungen der Rahmenbedingungen reagieren. Wollte er Abwanderung verhindern, müsste er Kontrollen des Außenhandels und des Kapitalverkehrs einführen, also die offenen Grenzen wieder schließen; aber damit würde er sich gegenüber dem internationalen Wettbewerb in die Isolation begeben und damit alle Chancen auf Teilhabe verspielen. Dies wäre wirtschaftlich unsinnig und kontraproduktiv.

Im Bereich der Europäischen Union ist dieser Weg im Verhältnis der Mitgliedstaaten zueinander vertraglich ausgeschlossen. Die Freiheit des Verkehrs von Waren und Dienstleistungen ist geradezu die Grundlage der ursprünglich als Wirtschaftsgemeinschaft konzipierten Europäischen Union, die mit der Schaffung einer einheitlichen europäischen Währung die Idee einzelstaatlicher Souveränität auf einem zentralen Gebiet endgültig und nicht mehr rückholbar aufgegeben hat. Das Grundgesetz - die Verfassung Deutschlands - erlaubt solche Aufgabe von Hoheitsrechten zugunsten einer größeren Gemeinschaft oder zwischenstaatlicher Einrichtungen, wie auch das Bundesverfassungsgericht entschieden hat.

## II.

Während in der Präambel der chinesischen Verfassung die Forderung nach gegenseitigem Respekt der Staaten für die Souveränität der anderen als das erste Prinzip der Außenpolitik genannt wird, spielt dieser Begriff im deutschen Verfassungsrecht nur eine geringe Rolle. Das Grundgesetz setzt ihn voraus, spricht aber ausdrücklich nicht hiervon, sondern von der Möglichkeit der Übertragung von Hoheitsrechten und der bindenden Wirkung des Völkerrechts. Dies ist schon durch den Umstand erklärbar, dass das Grundgesetz 1949, also zu einer Zeit entstanden ist, in der Deutschland noch ein besetztes Land war, das seine Souveränität erst 1955 und in vollem Umfang erst mit der staatlichen Einigung 1990 wieder erlangt hat.

Von Anfang an richteten sich die Hoffnungen auf Europa, und es gehört zur heutigen Wirklichkeit, dass zwar die Europäische Union zwar nicht oder noch nicht den Weg zu einem Bundesstaat gefunden hat und diese Zielsetzung auch umstritten ist, jedoch in Deutschland wie in den anderen Mitgliedstaaten schon jetzt ein großer Teil der besonders für die Gebiete der Wirtschafts- und der Sozialpolitik maßgeblichen Rechtsnormen nicht mehr vom nationalen Gesetzgeber, sondern als Gemeinschaftsrecht durch die europäischen Gremien bestimmt wird. Dies führt zumal in einem Lande mit föderalistischer Struktur wie der Bundesrepublik Deutschland zu Diskussionen über die Zweckmäßigkeit und Angemessenheit von Regelungen, die vielleicht den besonderen Gegebenheiten in einem Mitgliedstaat oder gar in einem kleineren Gliedstaat dieses Mitglied nicht genügend Rechnung tragen, und bei der aktuellen Diskussion über eine Verfassung der Europäischen Union spielt die Abgrenzung der Kompetenzen und die Wahrung des schon im geltenden Recht der EU enthaltenen Prinzips der Subsidiarität eine besondere Rolle.

Aber dabei geht es kaum um den geforderten Respekt vor nationaler Souveränität, die im Verhältnis zu Europa schon heute erheblich eingeschränkt ist, als vielmehr um die Frage, wie die Einheit Europas erreicht werden kann, ohne die gesellschaftliche, historisch gewachsene und kulturelle Vielfalt seiner Teile zu gefährden und wie durch Rücksichtnahme auf gewachsene Traditionen und Gebräuche Bürgernähe erreicht oder bewahrt werden kann. Da Europa schon

seit Jahrzehnten zu einer wirtschaftlichen Einheit geworden ist, in der die Binnengrenzen nahezu bedeutungslos geworden sind, erschreckt insoweit, als es um Europa geht, der Gedanke an einen Verlust nationaler Souveränität niemanden mehr. Allerdings zeigen sich die Grenzen dann, wenn es um die Gestaltung einer einheitlichen Außenpolitik geht. Der Irak-Konflikt hat gezeigt, dass hier die Interessen und Auffassungen der Mitgliedstaaten weit auseinander gehen, und obwohl im Rahmen der Verfassung der Europäischen Union auch von einem europäischen Außenminister gesprochen wird, ist der Weg zu einer gemeinsam verantworteten Außenpolitik noch sehr weit.

Dass die Volksrepublik China dem Gedanken der Souveränität einen ganz anderen Wert beimisst, hat gewiss historische und aktuelle Gründe. Sie darzustellen, sind meine Gesprächspartner viel besser berufen als ich selbst. Aus den mir zugänglichen Darstellungen entnehme ich - dies mehr als Rückfrage denn als Feststellung gemeint - für die Frage der Souveränität folgende Gesichtspunkte:

- Zur geschichtlichen Entwicklung wird geltend gemacht, dass China die Erfahrung gemacht habe, dass während der Periode halbkolonialer Unterdrückung durch westliche Staaten nicht nur seine Souveränität verloren ging, sondern auch das Volk seiner Menschenrechte beraubt worden sei. Erst mit der Wiedergewinnung der staatlichen Souveränität habe sich auch die Menschenrechtssituation wieder verbessert.
- Globalisierung bedeute eine wirtschaftliche Schwächung vor allem der Entwicklungsländer, ihre Souveränität werde zur letzten Verteidigungslinie. Führe die Globalisierung zwangsläufig zu einer Schwächung der Souveränität, so gelte dies vor allem für die Entwicklungsländer. Die ungerechte Weltordnung gefährde den Weltfrieden und führe zu der Verletzung von Menschenrechten in den Entwicklungsländern; diese Gefahr sei viel schwerwiegender als innerstaatliche Menschenrechtsverletzungen, die in einigen Staaten existierten.
- Ideologisch und wohl auch heute noch aktuell gebe es nach der Theorie des Marxismus-Leninismus keine unveräußerlichen, dem Staat vorgegebenen Menschenrechte, sondern nur solche Rechte, die der Staat gewähre. Daher sei die Existenz eines souveränen Staates Voraussetzung der Menschenrechte. Souveränität sei die Grundlage aller Menschenrechte. Daher stelle - wie es in der Überschrift eines prominenten Zeitschriftenaufsatzes heißt - die vor allem von den USA vertretene Theorie, Menschenrechte

gingen vor Souveränität, eine „Absurdität“ dar. Wer diese These vertrete, begründe einen „neuen Interventionismus“ und missachte die völkerrechtlichen Grundsätze der souveränen Gleichberechtigung der Staaten und der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten eines Staates.

Dies ist wahrscheinlich eine vereinfachende, vielleicht auch vergrößernde Darstellung einer Position, die in der Tat von dem Meinungsstand der sich als Rechtsstaaten verstehenden westlichen Demokratien weit entfernt ist. Auch die chinesische Verfassung unterscheidet sich mit ihrem schon in der ausführlichen Präambel ausgesprochenen Bekenntnis zu einer „volksdemokratischen Diktatur“ unter der Führung der Kommunistischen Partei und mit ihrem in ihrem Grundrechtsteil in Artikel 51 ausgesprochenen Vorbehalt, dass die Wahrnehmung der gewährten Rechte und Freiheiten nicht den Interessen des Staates oder der Gesellschaft zuwiderlaufen dürfe, sehr von unserem Verfassungsverständnis.

Aber es wird auch über Diskussionen berichtet, die innerhalb eines politisch wohl vorgegebenen Rahmens Alternativen erörtern und jedenfalls künftige Entwicklungen in gewissem Umfang offen halten könnten. Es ist eine aus meiner Sicht erwünschte Folge der Globalisierung, die nicht nur weltweiten Handel und zunehmende wirtschaftliche Kooperation bedeutet, sondern auch eine mit der technischen Entwicklung etwa durch das Internet zunehmende und immer freiere Kommunikation, dass Ideen über die nationalen Grenzen hinweg miteinander ausgetauscht werden und in Wettbewerb treten können. Wer von der Richtigkeit seiner eigenen politischen und ideologischen Auffassungen überzeugt ist, muss den Test nicht scheuen, sich an anderen Meinungen zu messen.

### III.

Die anlässlich des Irak-Krieges entstandene Auseinandersetzung hat gezeigt, dass auch in der westlichen Welt durchaus unterschiedliche Auffassungen über das geltende Völkerrecht und die staatliche Souveränität bestehen. Diese Auseinandersetzung ist nicht abgeschlossen, sondern kann zu einer neuen Definition des Begriffs der Souveränität führen. Auch in Deutschland und in anderen Staaten ist das Vorgehen der USA gegen den Irak auf Kritik gestoßen und demgegenüber für eine Stärkung der Rolle der Vereinten Nationen plädiert worden, deren wichtigste Aufgabe nach ihrer Satzung die Wahrung des Friedens in der Welt ist. Auch das Prinzip der Achtung staatlicher Souveränität gehört dazu; zugleich bedeutet die Teilnahme der Staaten der Welt an der Arbeit der Vereinten Nationen und die Achtung der von diesen gefällten Entscheidungen eine teilweise Aufgabe der Souveränität, die, wie sonst der Ab-

schluss völkerrechtlicher Verträge, als freiwillige Beschränkung des eigenen Hoheitsrechts annehmbar erscheinen sollte.

Auch die chinesische Verfassung spricht in ihrer Präambel davon, dass die Zukunft Chinas eng mit der der ganzen Welt verknüpft sei, und es heißt dort weiter, dass China beständig „Imperialismus, Hegemonismus und Kolonialismus“ bekämpfe, die unterdrückten Länder und die Entwicklungsländer in ihrem Kampf unterstütze, die nationale Unabhängigkeit zu gewinnen und ihre Wirtschaft zu entwickeln. Damit wird, unter den gegebenen Voraussetzungen, das Prinzip der Nichteinmischung aufgegeben und Intervention angekündigt. Dies mag aus humanitärer Zielsetzungen geschehen, aber auch dies bedeutet Intervention. Niemand wird die - ebenfalls in der Präambel zur Verfassung statuierte - Zielsetzung, dem Frieden in der Welt zu dienen und den Fortschritt der Menschheit zu fördern, kritisieren, aber dies sind auch Ziele, welche die USA zur Begründung ihres Vorgehens im Irak vorgetragen haben.

Bei jeder Intervention, die nicht militärischer Natur sein muss, sondern sich auch anderer Mittel bedienen kann, etwa wirtschaftlicher Sanktionen, entsteht natürlich die Frage, ob die Umstände des Einzelfalls das Eingreifen rechtfertigen. Hierüber zu streiten und zu entscheiden, ist nach den in der Satzung der UN festgelegten völkerrechtlich verbindlichen Regelungen die wesentliche Aufgabe der Vereinten Nationen und insbesondere seines Sicherheitsrates. Damit ist die Aufgabe, den Frieden in der Welt zu wahren oder, wo er gefährdet wird, wieder herzustellen, nicht mehr allein der souveränen Entscheidung jedes Staates überantwortet, sondern eine globalisierte Verantwortung. Hierbei sind Erfolge, aber auch Rückschläge zu verzeichnen, und über Möglichkeiten der Reform des Sicherungssystems wird diskutiert.

Der bloße Hinweis auf das Gebot, die Souveränität der Staaten zu achten, löst die Probleme nicht. Die jüngste Geschichte liefert Beispiele für Völkermord und andere schwerste Menschenrechtsverletzungen. Angesichts solcher Vorgänge fällt es schwer, sich mit der Antwort zu begnügen, man müsse sie geschehen lassen, weil nur so das Prinzip der Souveränität und der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten eines Landes gewahrt werde. Umstritten ist, unter welchen Voraussetzungen der Sicherheitsrat eine Gefährdung des Weltfriedens nach Artikel 39 der UN-Satzung mit den in solchen Fällen zulässigen Sanktionen annehmen kann. Beispiele für eine sehr weitgehende Auslegung sind die Beschlüsse über Südafrikas Politik der Apartheid oder über Somalia, wo allerdings die staatliche Autorität, die sich auf ihre Souveränität hätte berufen können, zerfallen war. Erschreckend war das Ausbleiben einer Reaktion der UN auf den Völkermord in Ruanda 1994, dem hunderttausende Menschen zum Opfer fielen, ohne dass der Sicherheitsrat sich zu einem Eingreifen entschließen konnte - das Verhalten der Weltgemeinschaft wird in einer Darstellung der Vorgänge zutreffend als „Weigerung, das Wort Völkermord auszusprechen“, beschrieben.

Das Beispiel zeigt, dass Intervention oder Nichteingreifen nicht stets an der Schwere des Vorgangs orientiert sind, sondern von eigenen Interessen bestimmt werden. Auch die späteren Vorgänge im Kosovo-Konflikt, zu dem eine Sicherheitsrat-Resolution nicht zustande kam, weil ein Veto befürchtet wurde, zeigen, dass es nicht oder noch nicht ausreicht, sich auf die Einigung in der Weltgemeinschaft zu verlassen. Das Kosovo-Beispiel und andere Vorgänge haben zu einer lebhaften völkerrechtlichen Diskussion geführt. In der westlichen Welt führt sie tendenziell zu dem Ergebnis, dass in Fällen schwerster Menschenrechtsverletzung die Berufung auf das Prinzip der Nichteinmischung nicht mehr ausreicht. Es ist einleuchtend, dass hierdurch dem Missbrauch Vorschub geleistet werden kann, indem unter dem Vorwand humanitärer Zwecke eine Intervention stattfindet, die in Wirklichkeit eigennützige Ziele befördern soll. In der völkerrechtlichen Diskussion - werden daher weitere Voraussetzungen erörtert, unter denen - eher ausnahmsweise - ein Eingreifen auch ohne UN-Mandat gerechtfertigt sein könnte, etwa die Notwendigkeit hinreichender Versuche der friedlichen Konfliktbeilegung und im äußersten Falle die Beachtung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit.

Völkerrecht entsteht durch den Abschluss von Verträgen oder durch die übereinstimmende und allgemein gebilligte Staatenpraxis. Solange Interessen und Auffassungen weit auseinander gehen, kann sich eine übereinstimmende Meinung nicht entwickeln, und abstrakte Prinzipien nützen wenig, wenn sich eine konkrete Konfliktsituation ergibt. Es kommt letztlich auf die Umstände des Einzelfalls an. Dies mag an einem einfachen Fall aus dem Alltagsleben erläutert werden: In unserem Grundgesetz wie in Artikel 39 der chinesischen Verfassung wird die Wohnung als „unverletzlich“ bezeichnet - das heißt, für sie gilt, wie im Leben der Völker, das Prinzip der Nichteinmischung durch andere. Wie aber soll sich der Nachbar verhalten, wenn er zufällig sieht oder hört, daß in der angrenzenden Wohnung sich eine Gewalttat ereignet, etwa im Verhalten des Mannes, der dem Anschein nach seine Frau verprügelt? Es liegt nahe, in diesem Fall nach der Polizei zu rufen, die nachprüfen kann, was vor sich geht, und eingreift, wenn das geboten ist. Aber die Umstände können die Befürchtung nahelegen, dass es bis zu ihrem Eintreffen zu spät sein kann, um von dem Opfer Schäden an der Gesundheit oder gar am Leben abzuwenden. Soll dann zugesehen werden, oder ist ein Eingreifen erlaubt oder gar sittlich oder rechtlich geboten? Wenn es notwendig und zumutbar ist, dem Opfer zu Hilfe zu kommen, ist nach unserer Rechtsordnung das Nichteingreifen unter Umständen als unterlassene Hilfeleistung strafbar.

Aber auch in einem solchen Fall aus dem privaten Lebensbereich ist ein Irrtum über die reale Gefahrensituation oder sogar ein Eingreifen, das Anteilnahme vortäuscht, aber in Wirklichkeit der eigenen Neugier oder Sensationslust dient, denkbar, und nur wenn man alle Umstände berücksichtigt, kann man entscheiden, wie die richtige Verhaltensweise aussieht. Im Leben der Völ-

ker hilft der Umstand, dass fast alles, was geschieht, sich im Zeitalter der modernen Medien und der weltweiten Kommunikation nicht lange geheimhalten lässt, sondern bekannt wird. Auch dies ist eine Folge der Globalisierung, die möglicherweise noch wichtiger ist als die Entwicklung der Weltwirtschaft. Freilich zeigt das erschreckende Beispiel des Völkermordes in Ruanda, dass die - auch damals weltweit bekannten - Tatsachen nichts helfen, wenn die, die vielleicht hätten eingreifen können, beschließen, wegzusehen.

#### IV

Es gibt keine befriedigende Antwort auf die Frage, ob zwischen staatlicher Souveränität und weltweiter Verknüpfung durch die Globalisierung ein Ausgleich gefunden werden kann, und wie dieser im einzelnen aussehen soll. Die Wirtschaft, die Medien, die Wissenschaft und die Mittel der Kommunikation sind immer enger miteinander verknüpft. Das eröffnet für eine zusammenwachsende Welt Chancen und Gefahren. Auch Terrorismus und die weltweite Gefährdung der Umwelt sind Globalisierungsfolgen, und sie können nicht isoliert wirksam bekämpft werden.

Auf die vielen Fragen, die sich aus dieser Entwicklung ergeben, versuchen die Staaten der Welt unterschiedliche Antworten zu ergeben, die sich aus ihren jeweiligen historischen Erfahrungen, dem Stande ihrer Entwicklung und ihren weltanschaulichen Überzeugungen und ihrer Kultur ergeben. Der Begriff der Souveränität ist nicht überholt, wenn er bedeutet, daß die jeweiligen Überzeugungen und Interessen zu respektieren sind, auch wenn man für sich und die in seinem Land bestehende oder angestrebte Ordnung zu einem anderen Ergebnis kommt. Miteinander profitieren können wir von dem heute mehr als jemals zuvor möglichen Austausch von Argumenten; alternative Lösungen können uns, wenn wir sie zu prüfen bereit sind, helfen, die richtigen Antworten zu finden.

#### 4 译文：全球化时代的国家主权（德意志联邦共和国前联邦宪法法院院长恩斯特·本达教授）

##### —

全球化这一概念所描述的发展首先并不是政治决策的后果，而是基于科学和技术的进步。但政治在这一过程中也并非是不参与，而是创造了全球化所赖以依存的框架条件，正像这几天世贸组织所进行的新规则的谈判。除了使用“全球化”这一概念，人们也经常使用“边界的祛除”这一概念。它意指要想避免对政治的不利影响，技术—工业革命所创造的事实不能置之不顾，而政治决策实际上就意味着设定界限。从这个角度而言，全球化与主权政治的要求，即一国以自身利益为导向的自我决策的权力，发生冲突、碰撞。这虽然



不是一个全新的现象，但冲突的潜能加剧了。通过建立一个广泛的监管体系，人们还可以制止政治上不愿看到的报刊图书的跨界的进口，但广播电视的传播却可以轻松跨越任何国界。在纳粹统治时期的德国，收听“敌台”被严令禁止，违反者会被处以严厉的刑事处罚，但对于那些通过纳粹宣传获取不到信息或被误导的人们而言，这并没有阻止他们通过这种方式获取信息。今天借助因特网人们可以在世界范围内进行各种信息的交流。在言论自由受到宪法保护和保障的国家里，信息和观点的自由交流受到欢迎，但即使像德国这样的一个国家也受到通过这一渠道输入的色情问题的困扰，这一问题直到今天也未能解决。和一些其他国家不同的是，德国的刑法禁止色情的传播。通过上述例子我们可以发现，借助技术可以绕过政治决定，政治决定因之或是丧失了效力，或是要花费难以承受的费用才能维持其有效性。针对与规则相左的公民的行为方式，国家只能在有限的范围内做出反应，这是人所共知的。国家确定界限，但如果这些界限不为自己的公民或者客人所接受，有效监视这些界限是否得到遵守需要巨大的甚至无法承受的费用支出。德国及其首都柏林几十年为一条固定的界限分割，违规越界要冒付出生命的危险。这条界限不但是蔑视人的对公民自由的野蛮限制，而且从国民经济的角度而言是对一个监视系统的无谓的人力、物力的投入。那时的民主德国认为必须要建立的这一庞大的监视系统最终也促使了民德的崩溃。撇开这样的特例不谈，在一个社会的日常生活中也要不断地决定为贯彻政治决定要进行多大的投入。即使是每个国家的主权决定也并非可以完全自由做出的，而是受制于现实存在的先决条件。这里一方面要考虑的是给公民自我决定的自由度及对他们负责地行使这一自由的信任，另一方面要顾及的是进行全面监督所需要的人力及其他费用。专制的警察国家看似有效，撇开公民由此丧失的自由不说，单从国民经济的角度而言为监控而进行的投入令人难以信服，由此会造成资金在其他地方的短缺。在美国、德国及其他欧洲国家针对世界范围的恐怖主义，大家在讨论如何应对全球化带来的这一问题，同时又不对自由进行不必要的限制。全球化所带来的“国界的祛除”给现代国家带来的这个问题并不是全新的，而是进一步激化和凸显了。

在经济领域中全球化使得经济决策人在工资水平、劳动力素质、企业税负、针对国家干预的法律保障等方面虽然仍然受制于一国的政治决定，但它们不再构成经营过程中不可规避的框架条件，而是处于相互竞争当中。今天的企业家在设立生产区位时可以选择对他最有利的地方。苏联的解体及 1989 年柏林墙的倒塌意味着许多其他的界限也由此失去了意义。从西方人的视角看，制度的竞争已经以资本主义的胜

利而结束。原来仅在西方推行的市场经济似乎成为了世界性的主导制度。信奉社会主义计划经济的国家面临社会主义能否像在斯大林那时的苏联领导所相信的那样在一个国家存活的问题。对这些国家而言与之相关的艰难的调整的过程会迫使政治做出与其迄今奉行的意识形态相冲突的新的决策，而对西方国家而言全球化意味着以往借助政治塑造社会这一信条的丧失。决定在哪里投资、在哪里设厂、资本流向何方的不是国家，而是市场。鉴于国家依赖这些投资，以通过收取税费获取资金支持自己的行为，所以国家便具有了依赖性，甚至是可胁迫性。在我们国家，当然不单是在那里，许多政治家认为针对日益发展的全球化他们无可作为，也不是根据民主的理解人民在决定形势的发展，而是经济的力量。如果经济就像眼下那样停滞，或是未来的前景不光明，那么通过降低税负，创造与其他国家相似的框架条件，以抑制企业外流、促进国外投资的改革的努力都会付诸东流。虽然正像联邦德国宪法里所表述的那样，塑造个人生活是每个人个人的事、也包括对生活的风险自负其责，经济只有在国家不进行不必要的干预时才会充分发展，这虽然也符合西方对自由的理解，但因为很多欧洲国家特别是德国不把自己理解为一个推行纯自由经济、而是社会主义市场经济的国家，所以它们长期以来构建了完整的社会福利保障体系，而今天这一体系如果不进行彻底地改革已经无法运行，所以自由地也就是自主地塑造生活的呼声实际上是要求国家从它认为理应履行的义务中撤出。许多习惯于国家对其个人生活大包大揽的人现在害怕国家置他们于不顾。鉴于国家囊中羞涩，没有什么可以再分配，所以社会福利国家的危机由此产生。而全球化又促使经济朝最有利的方向流动，所以增长的前提条件发生了变化。行为主体并不首先是国家。它只能通过框架条件的变化做出反应。如果它要制止企业外流，就要对对外贸易和资本流动进行控制，这也就意味着将开放的边界重新关闭，在国际竞争中将自己隔绝并放弃参与的机会。这在经济上是无谓和非建设性的。在欧盟内国家间不可能再走这条道路，货物和服务的自由往来正是原本作为经济共同体的欧盟的基础。随着欧洲统一货币的建立，一个国家在一个核心领域的主权彻底且不可逆转地被放弃。德国的宪法——基本法——允许为了有利于一个更大的联合体或国家间的机构放弃主权，联邦宪法法院也是这样判定的。

## 二

在中国宪法的总则里相互尊重国家主权被作为外交政策的首要原则，在德国宪法法当中，这一概念的作用则较小。基本法以这一概念为前提，但并没有明确提到它，而是提到了主权转移的可能性及国际法的约束效力。之所以这样是因为 1949 年制定基本法的时候德国还是一个

被占领国，1955 年它才获得部分、1990 年随着国家的统一获得全部主权。从一开始德国就寄希望于欧洲。今天欧盟虽然还没有成为或者是还没有找到通向联邦制国家的道路，这一目标也倍受争议，但在德国及其他成员国中很大一部分特别是在经济和社会福利政策方面的法规不再由一国的立法机构而是由欧洲的机构作为欧盟立法，这已经成为了现实。在一个类似联邦德国这样一个联邦制结构的国家这会引发大家对各种规则的目的性和适宜性的讨论，因为它们可能不能充分顾及一个成员国或成员国的一分子的具体情况，在欧盟宪法的现实讨论中限制欧盟的权力、保持在欧盟法中业已存在的可替代性原则起着十分重要的作用。但它并不关涉到对国家主权的尊重——这种主权相对欧洲已经受到了很大的限制——，而是如何在不损害欧洲社会、历史和文化多样性的基础上达到欧洲的统一，并且在顾及历史形成的传统和习俗的基础上做到亲民。鉴于欧洲几十年来已经成为了一个内部边界名存实亡的经济统一体，国家主权的丧失不会令人震惊。但在塑造共同的外交政策上就显示出了界限的存在。伊拉克冲突表明各成员国的利益和观点相距甚远，虽然在欧盟宪法框架内大家在谈论设立一个欧洲的外交部长，但通向一个共同的外交政策的路途还甚为遥远。

中华人民共和国对于主权思想给予高度重视，这肯定有着其历史和现实的原因。探究这些原因，我的谈话伙伴肯定比我胜任，从我得到的文献中，针对主权问题我找到了如下几点中方的主要观点：

- 从历史发展的角度而言，人们指出，在西方国家对中国进行半殖民地的压迫和奴役中，中国不但丧失了它的主权，中国人民的人权也被剥夺。直到重新获得国家主权，中国的人权状况才得以改善。
- 全球化对发展中国家而言是经济上的弱化，主权成为了它们的最后一道防线。全球化如果导致主权的削弱，受冲击的首先是发展中国家。不公正的世界秩序危害世界和平，导致对发展中国家人民人权的损害，这种危险要大大高于一些国家内存在的国内的人权侵害。
- 从意识形态上及马克思列宁主义理论上讲，没有一个先于国家的天赋人权，只有国家保障的权利。鉴此，主权国家的存在是实现人权的先决条件。主权是一切人权的基础。所以正像一篇著名文章的标题里指出的那样，美国所主张的人权高于主权的理论是“荒谬”的。谁赞成这种观点，就是在主张“新干涉主义”，蔑视国家主权平等和不干涉他国内政的国际法准则。

这也许是对与西方法制国家的民主观念相距甚远的一种立场的简单、甚至偏颇的描述。中国在宪法的总则中明确表明中国实行的是共产党领导下的“人民民主专政”，在 51 条关于基本权利的规定中指出，被保障的权利和自由的行使不应与国家或社会的利益相冲突。这些规定都有别于我们对宪法的理解。当然我们也看到在政治给定的范围内关于其他可能性的讨论的报道，它们能使未来的发展更具开放性。我认为全球化一个可喜的结果是，它不但意味着世界贸易的开放和经济合作的加强，而且也意味着一个随着诸如因特网技术的发展越来越多且越来越自由的沟通，它意味着思想可以跨越国界相互交流、相互竞争。一个确信他的政治思想及意识形态正确性的人，不应该惧怕与其他的思想竞争。

### 三

伊拉克战争所引发的争论表明，即使在西方对现行国际法及国家主权也存在着不同的观点。这种争论还未结束，它有可能导致对主权概念的新的定义。在德国及其他国家人们也对美国针对伊拉克的做法提出了批评并且主张加强根据其宪章首要任务是维护世界和平的联合国的作用。对国家主权的尊重也是其内容之一。但世界各国对联合国工作的参与及对其所做的决议的尊重实际上就意味着其主权的部分放弃，就像国际条约的签署实际上可以被看作是对自己主权的自我限制。中国的宪法在总则中明确指出，中国的未来与世界休戚相关，中国坚决与“帝国主义、霸权主义及殖民主义”斗争，支持受压迫的民族及发展中国家争取民族独立及发展经济的斗争。这实际上意味着中国在特定条件下放弃不干涉的原则进行干涉。这种干涉可能是出于人道的目的，但它仍然意味着干涉。没有人会对宪法总则中设定的维护世界和平、促进人类进步的目标加以批评，但这也是美国对伊动武时拿出的理由。

进行任何一种干涉——它不一定是军事性质的，也可以采用其他手段比如经济制裁——都面临一个问题，即个案的情况是否给干涉以充分的理由。根据联合国宪章中规定的国际法准则，就此进行争论并判断是联合国、特别是安理会的一个重要任务。鉴此，维护和恢复世界和平不再仅是每个国家自己的主权决定，而是全球责任。在这方面有成功，也有失败，人们对安全保障体系改革的可能性也在进行着讨论。仅仅指出尊重国家主权还不能解决问题。在最近的历史中出现了种族谋杀和严重侵犯人权的案例，在这种情况下我们恐怕很难说，我们只能坐视，因为只有这样才能维护尊重他国主权、不干涉他国内政的原则。有争议的是安理会在什么样的条件下才能根据联合国宪章第 39 条认定世界和平遭受威胁，并鉴此可以进行制裁。对于一种非常宽

泛的解释的例子是关于南非种族隔离政策及索马里的决议，只不过索马里的国家主权已经分崩。令人感到震惊的是当 1994 年在卢旺达发生种族谋杀、成千上万人生灵涂炭的时候，联合国安理会没有能够做出干涉的决议。国际社会的行为被恰当地描绘为“拒绝将种族谋杀说出口”。这个例子说明，干涉与否并不总是与事件的严重性有关，而是为自身的利益所左右。在科索沃冲突中因为担心有成员国投否决票，所以也没有形成安理会决议。这些情况都表明依靠国际社会达成一致是不够的。科索沃及其他事件导致了对国际法的激烈的争论。在西方这种争论导致了如下倾向性结论：即在对人权构成严重侵犯的时候，仅仅强调不干涉的原则是不够的。我们也知道这会导致借人道目的做幌子进行干涉，实则追逐利己的目的。因此在国际法的讨论中也在探讨干涉所必须的其他先决条件，如充分尝试和平解决冲突的手段，及在特例条件下遵守适度性原则。在这些先决条件中，没有联合国授权即进行干涉仅是特例。

国际法是通过条约的缔结或共同的、普遍认同的国家行为实践形成的。如果利益和观点相距甚远，则不可能达成一个一致性意见。在具体冲突情况发生的时候，只讲抽象的原则是不够的。采取何种解决问题的手段要看个案的具体情况。这点我想借用我们日常生活中的一个简单的例子予以说明：在德国的基本法及中国宪法的第 39 条均规定居所具有不可侵犯性。这就像在各国间适用不可干涉原则一样。但如果居者偶然听到或看到邻居家发生丈夫殴打妻子的暴力事件他该如何反应呢？人们首先想到的是叫警察来查看发生了什么事，如必要进行干预。但如果警察到来之前受害人可能会出现健康及生命危险呢？应该坐视还是应该干预？如果存在干预的必要性而且可以干预，根据德国的法律不干预可以在某些情况下受到刑事处罚。但即使在这样一个日常生活领域的例子中，对现实危险的判断也可能失误，干涉也可能仅仅是为了满足一己的好奇心。所以只有对所有情况进行考虑，才能决定哪种行为方式是正确的。在各国人民的生活中有一点对大家是有帮助的，即在现代媒体及现代通讯的时代没有什么事情可以隐瞒，都会为人知晓。这也是全球化的一个后果，它可能比世界经济的发展更为重要。当然卢旺达的例子也表明，如果应该干涉的人早已决定坐视不管，那么即使是事实遍晓天下，也无济于事。

#### 四

能否在国家主权与全球化带来的世界联结中找到一个平衡、这个平衡应该是什么样的，对于这个问题没有一个令人满意的回答。经济、媒体、科学和通讯手段越来越紧密地联系在了一起，这为一个共同成长的世界带来了机遇和威胁。恐怖主义及全球环境的破坏也是全球化

的后果，任何一个国家靠单枪匹马都不能解决这些问题。面对发展中的这些问题，世界上的各个国家因其历史经验不同、发展状况不同、世界观及文化的不同，试图给出答案。如果主权意味着尊重各自的信念和利益，即使人们因自身或对在本国存在或争取的制度有不同的结论，那么主权这个概念并不过时。只有相互交流观点我们才能获益。不同的解决问题的可能性会帮助我们找到正确的答案。

(王建斌译)

## 5 Text 2 zum Dolmetschen: Neue Entwicklungen des Zivilrechts und seiner Rechtspraxis in Deutschland (Dr. Manfred Weiß, Bayerischer Staatsminister der Justiz)

### Deutsch-chinesische Zusammenarbeit

Chinesische und deutsche Ziviljuristen haben im 20. Jahrhundert immer wieder mit Erfolg zusammengearbeitet. Deshalb freue ich mich, diesen Dialog heute fortsetzen zu können in der Hoffnung, damit die chinesische wie auch die deutsche Rechtskultur zu befruchten. Lassen Sie mich deshalb auf neue Entwicklungen des Zivilrechts und seiner Rechtspraxis in Deutschland eingehen.

#### DasBGB

Das Bürgerliche Recht ist in Deutschland der Teil des Privatrechts, der für jedermann gilt. Die Bezeichnung „Bürgerliches Recht“ leitet sich vom lateinischen „Jus civile“ ab. Es meint damit nicht etwa das Recht, das nur den Stand der Bürger regelt, sondern das allgemein und für alle geltende Privatrecht. Neben dem Bürgerlichen Recht gibt es Sonderprivatrechte, wie das Handelsrecht, das Wirtschaftsrecht oder auch das Arbeitsrecht.

Die für das Privatrecht wichtigste Rechtsquelle ist das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) vom 1. Januar 1900. Es enthält die tragenden Rechtssätze für das Bürgerliche Recht in Deutschland. Seine historischen Wurzeln gehen auf das römische Recht und das deutsche Recht, wie es gewohnheitsmäßig im Mittelalter entstanden war, zurück.

#### Grundgedanken des BGB

Lassen Sie mich im folgenden die wesentlichen Grundgedanken des BGB hervorheben:

#### Privatautonomie

Das BGB geht davon aus, dass der einzelne Mensch am besten in der Lage ist, seine privaten Lebensverhältnisse in freier Selbstbestimmung zu gestalten. Es folgt deshalb dem Gedanken der Privatautonomie. Dieses Prinzip lässt sich in vielerlei Ausprägungen im BGB wiederfinden: So gilt der Grundsatz der Ver-

tragsfreiheit, der sowohl für den Abschluss selbst, als auch für den Inhalt des Vertrags gilt. Verträge bedürfen regelmäßig keiner Form, um wirksam zu sein. Auch die Freiheit, Privateigentum zu besitzen und damit nach Belieben zu verfügen, ist Ausdruck der Privatautonomie, ebenso wie die Testierfreiheit, also das Recht, durch Testament zu bestimmen, wer nach dem Tode das Vermögen des Erblassers erhalten soll.

### **Sozialer Ausgleich**

Das notwendige Gegenstück zur Privatautonomie ist allerdings der gebotene soziale Ausgleich. Dieser Aspekt war im BGB zunächst nicht stark ausgeprägt. Während der Arbeiten am BGB wurde wiederholt bemängelt, dem Gesetzeswerk fehle der „Tropfen sozialen Öls“. Das BGB enthält aber zahlreiche Generalklauseln, die es den Gerichten ermöglicht haben, korrigierend einzugreifen. Spätere Änderungen des Gesetzes haben den sozialen Ausgleich auch im Gesetzestext selbst stark verankert.

### **Vertrauensschutz**

Ein weiteres wichtiges Prinzip ist der Gedanke des Vertrauensschutzes. Das BGB schützt zum Beispiel bei der Übertragung von Eigentum den redlichen Erwerb. Dieser kann auch Eigentum von einem Nichtberechtigten erwerben. Das BGB räumt in vielen Fällen der Sicherheit des Rechtsverkehrs den Vorrang vor den Vermögensinteressen des Einzelnen ein. Dieser kann dann natürlich Ansprüche gegen denjenigen geltend machen, der unbefugt gehandelt hat.

### **Einfluss des GG**

Die tragenden Grundgedanken des BGB sind seit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahre 1949 verfassungsrechtlich bestätigt worden. Der Gedanke der Privatautonomie findet sich in Artikel 1 und Artikel 2 unserer Verfassung, die die Würde des Menschen und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit an die Spitze stellt. Die Generalklauseln des BGB werden heute auch im Lichte dieser Wertentscheidung des Grundgesetzes ausgelegt. Auch der Gedanke des sozialen Ausgleichs ist durch das Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes verfassungsrechtlich abgesichert und verstärkt worden.

### **Das BGB als Kodifikation**

Das BGB gilt zu Recht als Meisterwerk der Kodifikation, das alle wesentlichen Rechtssätze des Privatrechts in einem Gesetzeswerk übersichtlich und systematisch strukturiert in größter Präzision zusammenfasst.

Während der Jahrzehnte seit dem Erlass des BGB wurden jedoch verschiedene Rechtsgebiete des Bürgerlichen Rechts auch außerhalb des BGB in Spezialgesetzen geregelt. Dies betraf ganz unterschiedliche Rechtsmaterien wie das Recht der Abzahlungskäufe, Sonderformen der Rechte an Grundstücken oder auch das Recht der Eheschließung.

Der heutige Gesetzgeber hat jedoch den Wert der Kodifikation wiederentdeckt. So ist anlässlich einer Reform des Familienrechts das Recht der Eheschließung wieder in das vierte Buch des BGB, das Familienrecht, zurückgekehrt. Auch in anderen Gesetzgebungsvorhaben wurden Sondergesetze auf dem Gebiet des Privatrechts in das BGB zurückgeführt. Wir befinden uns



heute in Deutschland in einer Phase der Erneuerung der Kodifikation. Dies zeigt die ungebrochene Bedeutung des BGB als Gesetzeswerk, aber auch als Kulturgut.

### **Schuldrechts-modernisierung**

Jüngstes Beispiel für diese Entwicklung ist das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, das der Deutsche Bundestag vor wenigen Wochen verabschiedet hat. Mit diesem umfangreichen Gesetz ist die erste grundlegende Reform des deutschen Schuldrechts seit dem Erlass des Bürgerlichen Gesetzbuches gelungen. Die gravierenden Änderungen werden zum 1. Januar 2002 in Kraft treten.

Dieses ehrgeizige Reformprojekt ändert grundlegend das Recht der Verjährung, das allgemeine Leistungsstörungenrecht, das Kauf- sowie das Werkvertragsrecht. Mit einem weiteren Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Schadensersatzrechts steht auch schon das nächste Reformprojekt an. In diesem zweiten Reformpaket soll die Rechtslage des an Körper oder Gesundheit Verletzten grundlegend verbessert werden.

Die Bedeutung dieser beiden Gesetzesvorhaben erschließt sich in seiner historischen Dimension:

### **Historischer Rückblick**

Das In-Kraft-Treten des BGB am 1. Januar 1900 bildete den Abschluss einer langen historischen Entwicklung. Nach der politischen Einigung Deutschlands im 19. Jahrhundert brachte das BGB auch die Rechtseinheit im Privatrecht. Das BGB ist Ausdruck der nationalen Einheit zur Kaiserzeit. Seit seinem Inkrafttreten am 1. Januar 1900 sind nunmehr aber über 100 Jahre vergangen. In diese Zeit fielen Weltkriege, die nationalsozialistische Gewaltherrschaft, tiefgreifende politische Umwälzungen und die Teilung Deutschlands. Als Kodifikation des bürgerlichen Rechts hat das BGB diese vielfältigen Umwälzungen in der Bundesrepublik Deutschland, wenn auch mit zahlreichen Korrekturen, überstanden. Das BGB gilt nach der Wiedervereinigung 1990 nunmehr auch wieder in allen Teilen Deutschlands.

Gleichwohl sind die sozialen und gesellschaftlichen Veränderungen nicht spurlos am BGB vorübergegangen. Auch litt dieses Gesetzbuch von Beginn an an manchen Schwächen, die sein Verständnis erschwerten. Vor allem aber ging das Schuldrecht des BGB vom Wirtschaftsmodell des 19. Jahrhunderts aus, das sich seither grundlegend weiterentwickelt hat. Durch den Erlass von zahlreichen Nebengesetzen und vor allem durch die Zunahme von Richterrecht lässt der Text des Gesetzes das in der Praxis geltende Schuldrecht an vielen Stellen kaum mehr erkennen.

Eine vom Bundesjustizminister 1981 eingesetzte Kommission erarbeitete einen Reformvorschlag, dessen Ergebnisse 1991 vorgelegt wurden. Der Abschlussbericht dieser Kommission wurde beginnend im Jahr 2000 in sehr kur-

zer Zeit erheblich überarbeitet. Im folgenden möchte ich zwei zentrale Änderungen des vom Deutschen Bundestag beschlossenen Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts besonders hervorheben:

### **Recht der Leistungsstörungen**

Mit dem neuen Schuldrecht wird für die Fälle der Leistungsstörungen nunmehr ein einheitliches System geschaffen, das die vielfaltigen und „verschachtelten“ Regelungen des BGB in diesem Bereich ablöst. Die zentrale Neuerung des Gesetzes besteht in der Einführung eines zentralen Tatbestandes der Pflichtverletzung als neuem grundlegenden Begriff. Die bekannten Leistungsstörungstatbestände des BGB, wie Unmöglichkeit, Verzug oder die mangelhafte Leistung, sind nunmehr Ausprägungen dieses zentralen Grundtatbestandes.

### **Kaufrecht**

Die bedeutendsten Änderungen werden sich im Kaufrecht vollziehen, das durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts grundlegend neu gestaltet wird. Um es auf dem Punkt zu bringen: Während das BGB mit seinen kaufrechtlichen Regelungen über die Gewährleistung des Verkäufers an eine aus dem römischen Recht stammende Tradition angeknüpft hat, hat das neue Recht den Kauf industriell gefertigter Ware im Auge. Etwas überspritzt könnte man auch formulieren, dass im neuen Kaufrecht der Zeitsprung vom Sklavenkauf auf dem römischen Markt hinein in den postmodernen Handel mit industriell erzeugten Gütern und Waren erfolgt.

Der Käufer hat nach dem neuen Recht sowohl beim Stück- als auch beim Gattungskauf einen Nacherfüllungsanspruch. Dieser besteht -nach Wahl des Käufers- in der Nachbesserung der gelieferten mangelhaften Sache oder in der Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache. Scheitert die Nacherfüllung, kann der Käufer zurücktreten oder den Kaufpreis mindern. Daneben können dem Käufer auch Schadensersatzansprüche zustehen, wenn dem Verkäufer wegen der Lieferung der mangelhaften Sache ein Vorwurf zu machen ist oder wenn der Verkäufer den Nacherfüllungsanspruch des Käufers schuldhaft nicht rechtzeitig erfüllt hat.

Diese Regelungen führen Rechtspraxis und Gesetzestext wieder zusammen. Die Übersichtlichkeit des Gesetzes hat deutlich zugenommen, auch bringt das Gesetz für die Rechtsanwender zahlreiche Erleichterungen. Mit seiner neuen Systematik dürfte auch für Sie, die sich mit unserer Rechtsordnung beschäftigen, der Zugang in das deutsche Schuldrecht spürbar leichter fallen. So werden Sie im neuem Kaufrecht auch das Modell des UN-Kaufrechts wiedererkennen, dessen Regelungen bei der Reform Pate standen.

### **Auf dem Weg zum europäischen Zivilrecht?**

Neben der Überarbeitung des geltenden Rechts verfolgt das Reformvorhaben auch das Ziel einer Vereinheitlichung des europäischen Rechts. Das Gesetz zur

Modernisierung des Schuldrechts setzt zum einen die entsprechenden Vorgaben der Europäischen Gemeinschaft für Kaufverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern um. Darüber hinaus beruhen seine Regelungen in weiten Teilen auf rechtsvergleichenden Arbeiten. Das neue Schuldrecht knüpft an einheitliche Prinzipien der europäischen Vertragsrechtsordnungen sowie an neuere internationale Entwicklungen des Vertragsrechts an. Der heutige Gesetzgeber befindet sich damit in der Tradition des historischen BGB, das vor über 100 Jahren ebenfalls nach umfangreichen rechtsvergleichenden Arbeiten geschaffen wurde.

Geändert hat sich aber das Ziel der Kodifikation: Während das BGB des Jahres 1900 die Einheit des Nationalstaates vollendete, wird das BGB des Jahres 2002 nach der Reform das deutsche Privatrecht in einem großen Bereich dem europäischen Recht geöffnet haben. Ob sich aus dem „europäisierten BGB“ irgendwann einmal ein „europäisches BGB“ entwickeln wird, lässt sich heute noch nicht voraussagen. Tatsache ist allerdings, dass die Europäischen Gemeinschaften mit den Vorüberlegungen für die Schaffung eines umfassenden europäischen Vertragsrechts begonnen haben.

### **Elektronischer Geschäftsverkehr**

Die Europäisierung des deutschen Rechts zeigt sich noch deutlicher im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs. Die neuere Gesetzgebung, die in mehreren Schritten das Privatrecht „onlinefähig“ gemacht hat, beruht in diesem praktisch äußerst wichtigen Bereich weithin auf Vorgaben der Europäischen Gemeinschaft. Den wichtigsten Gesetzgebungsakt möchte ich Ihnen kurz skizzieren:

#### **Digitale Signatur**

Um die Sicherheit von Verträgen, die am Computer geschlossen werden, zu erhöhen, haben wir zunächst im deutschen Recht die elektronische Signatur eingeführt. Diese bietet für den Rechtsverkehr sowohl die Gewähr für die Identität des Geschäftspartners als auch für die Integrität und Unversehrtheit der ausgetauschten Erklärungen. Das Gesetz wurde auf der Grundlage einer Richtlinie der Europäischen Gemeinschaft weiterentwickelt. Künftig stehen elektronische Verträge, die von den Parteien entsprechend den gesetzlichen Vorgaben elektronisch signiert wurden, Verträgen in Schriftform gleich.

#### **E-commerce-Richtlinie**

Nähere Einzelheiten über den elektronischen Geschäftsverkehr regelt die e-commerce Richtlinie der Europäischen Gemeinschaften, die teils im BGB teils in anderen Gesetzen umgesetzt wird. Herzstück dieses Gesetzeswerks soll die Einführung des Herkunftslandprinzips werden. Danach soll im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs im europäischen Binnenmarkt grundsätzlich nur noch das Recht zur Anwendung kommen, dem der Anbieter der Dienst-

leistung unterliegt. Mit Hilfe des Herkunftslandprinzips sollen die Schwierigkeiten, die sich aus den unterschiedlichen Rechtsordnungen innerhalb der Europäischen Union ergeben, elegant und unkompliziert gelöst werden.

### **Verbraucherschutz**

Ein wichtiges Anliegen im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehr bildet aber auch der Verbraucherschutz. Der Unternehmer muss den Verbraucher vor einem Vertragsschluss „im Internet“ aufklären und schuldet ihm zahlreiche Informationen. Der Verbraucher kann aber auch einen Vertrag, den er über das Internet geschlossen hat, innerhalb einer Frist widerrufen, wenn ihm die bestellte Ware nicht zusagt oder er an der versprochenen Dienstleistung kein Interesse mehr hat.

### **Reform des Schadensersatzrechts**

Das zweite von mir eingangs genannte Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften verfolgt einige engere und begrenzte Ziele auf diesem Gebiet. So konnte bislang wegen einer Körper- oder Gesundheitsverletzung nach dem Bürgerlichem Gesetzbuch neben dem materiellen Schaden nur dann zusätzlich ein Schmerzensgeld verlangt werden, wenn dem Schädiger ein Verschuldensvorwurf gemacht werden konnte.

### **Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung**

Diese Einschränkung des Schutzes der persönlichen und körperlichen Integrität im Bereich des Schadensrechts soll nunmehr aufgegeben werden. Nach den Vorstellungen des Gesetzentwurfes soll es auf ein Verschulden des Täters nicht mehr ankommen, wenn er dem Opfer eine erhebliche Körper- oder Gesundheitsverletzung zugefügt hat. Große Bedeutung wird diese Gesetzesänderung bei Unfällen im Bereich des Straßen- und Schienenverkehrs erlangen, bei denen vielfach ein Verschulden nicht nachzuweisen ist. Für die Opfer derartiger Unfälle bringt das Gesetz einen erheblichen Fortschritt.

### **Verbesserung des Schutzes von Kindern**

Gerade in diesem Bereich des Straßen- und Schienenverkehrs sind verschiedene weitere Verbesserungen zugunsten der Opfer von Verkehrsunfällen vorgesehen. So wird vor allem der Schutz von Kindern im motorisierten Straßenverkehr verbessert. Eine Haftung oder Mithaftung von Kindern bis zum 10. Lebensjahr wird gänzlich ausgeschlossen. Dies war bisher nur bei Kindern bis zum 7. Lebensjahr vorgesehen. Bei älteren Kindern muss die Verantwortlichkeit wie bisher im Einzelfall festgestellt werden.

### **Sachenrecht**

Im schroffen Gegensatz zur eben geschilderten Dynamik des Schuldrechts steht das statische Sachenrecht im Dritten Buch des BGB. Seine Regelungen

haben sich seit dem Inkrafttreten des BGB kaum verändert. Dies liegt daran, dass sowohl die Grundentscheidung des BGB für das Privateigentum wie auch die Regelungstechnik des Gesetzes bis heute zu sachgerechten Problemlösungen geführt haben.

### **Privateigentum**

Die Bedeutung sachenrechtlicher Vorschriften, vor allem der Eigentumsschutz ist nicht hoch genug einzuschätzen. Das Sachenrecht bietet die Gewähr für die Grundlage eines freiheitlichen Rechtsstaates und einer sozialen Marktwirtschaft. Ohne das vollwertige Eigentum an beweglichen Sachen und Grundstücken, ohne ausreichende Möglichkeiten zuverlässiger dinglicher Sicherheiten kann ein erfolgreiches Wirtschaftsleben zum Wohle aller Staatsbürger nicht stattfinden.

### **Immobilienrecht**

Lassen Sie mich die Bedeutung des Sachenrechts an Hand des Rechts der Immobilien näher erläutern. Die historischen Erfahrungen Deutschlands mit der Teilung 1949 und der Wiedervereinigung im Jahre 1990 sind dabei besonders aufschlussreich.

Wie alles Recht war auch das Sachenrecht der DDR und dort vor allem das Bodenrecht von marxistisch-leninistischen Vorstellungen geprägt. Das Recht der DDR unterschied zwischen dem sozialistischen Eigentum und dem individuellen Eigentum. Das sozialistische Eigentum war in das sog. Volkseigentum sowie das Genossenschafts- und Organisationseigentum aufgespalten, während das individuelle Eigentum als sog. persönliches Eigentum oder sonstiges Privateigentum auftrat. Eine weitere Besonderheit des Sachenrechts der DDR war mit der Trennung zwischen dem Boden und den Gebäuden und Häusern festzustellen. Gebäude und Boden konnten unterschiedlichen Personen gehören. Rechtstechnisch vollzog sich die Realtrennung von Boden und den darauf befindlichen Gebäuden durch die Verleihung von Nutzungsrechten, deren rechtliche Grundlagen vielfach unklar waren und deren Abwicklung noch heute enorme Probleme bereitet.

Diese für ein marktwirtschaftliches System gänzlich schwierige Rechtslage an Grundstücken erwies sich in der politischen und wirtschaftlichen Umbruchsphase der frühen 90iger Jahres als ein großes Investitionshemmnis. Faktisch konnte die damals vorhandene verstärkte Investitionsbereitschaft nur teilweise umgesetzt werden. Dadurch wurde der Wirtschaftsaufschwung in den neuen Ländern erheblich abgebremst. Es hat zahlreicher gesetzgeberischer Maßnahmen bedurft, um die Eigentumsordnung in den neuen Ländern den Anforderungen des BGB entsprechend wiederherzustellen und anzupassen. Diese Aufgabe ist bis heute noch nicht vollständig abgeschlossen. Vielmehr

müssen in einem rechtlich komplizierten Verfahren Grundeigentum und dingliche Rechtslage am Haus wieder zusammengeführt werden.

### **Grundbuch**

Die zentrale Errungenschaft des BGB im Bereich des Liegenschaftsrechts ist das Grundbuch. Das Immobiliarsachenrecht des BGB hat sich für das Eintragungsprinzip und damit für das Grundbuch entschieden. Das bedeutet, dass sich eine rechtsgeschäftliche Rechtsänderung an Grundstücken nur durch Vertrag zwischen den betroffenen Parteien und Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch vollziehen kann. Das Grundbuch enthält eine Sammlung grundstücksbezogener Daten mit dem Zweck, die rechtliche Situation eines Grundstücks als wichtigem Objekt des Rechtsverkehrs vollständig, klar, aktuell und richtig zu dokumentieren. Das Grundbuch ermöglicht es etwa, eine sichere Grundlage für die Beschaffung von Krediten durch Belastung eines Grundstücks zu schaffen und zu erhalten. Damit erfüllt es volkswirtschaftlich eine wichtige Aufgabe und bildet das Rückgrat einer modernen Volkswirtschaft.

An der rechtspolitischen Grundentscheidung des BGB für das Grundbuchsystem wurde nie Kritik geübt. Anders als im Schuldrecht besteht in diesem Bereich auch nach über 100 Jahren kein grundlegender Reformbedarf. Ändern wird sich aber der tagtägliche Umgang mit dem Grundbuch aufgrund des technischen Fortschritts.

### **Maschinelle Führung**

Traditionell wurde das Grundbuch in Papierform geführt. Die Wiedereinführung des Grundbuchs in der ehemaligen DDR legte im Angesicht der historischen Aufgabe den Einsatz modernster EDV-Technik nahe. Schon bald nach der Wiedervereinigung wurden daher folgerichtig auch die rechtlichen Grundlagen für das EDV-Grundbuch geschaffen. Bayern hat sich als eines der ersten Länder diese Technik zu eigen gemacht und ist dabei, nach und nach alle Grundbücher auf das elektronische System umzustellen. Die damit erzielten Ergebnisse bestätigen unsere Erwartungen. Die weitere Entwicklung wird dahin gehen, das gesamte Eintragungsverfahren auf ein elektronisches System umzustellen und die völlige Abkehr vom Papier als Datenträger zu vollziehen.

Es wird dann möglich sein, von jedem Amtsgericht in Bayern in jedes Grundbuch Einsicht zu nehmen. Informationen werden leichter erreichbar, Rechtsänderungen schneller durchführbar sein. Gelungen ist uns damit die Verbindung von Tradition und Fortschritt - auf das Gesetz von 1900 wenden wir die Technik des 21. Jahrhunderts an.

## 6 译文：德国民法的新发展

中德民法工作者在 20 世纪进行了多次成效卓著的交流和合作，因此，今天我很高兴有机会继续这种对话，并希望我的报告能进一步推动中德两种法律文化的相互交流和理解。我报告的主题是德国民法的新发展及其法律实践。

### 民法典

在德国，民法是私法的一部分，它适用于任何人。德文中的“民法”（Bürgerliches Recht）一词源自拉丁语“市民法”（Jus civile），但是它不是规范市民等级的法律，而是普遍适用于一切人的私法。除了民法这一私法的基本法以外，在这一领域中发挥作用的还有特别的私法，如商法、经济法或劳动法。

德国私法方面最重要的法律渊源是 1900 年 1 月 1 日生效的民法典 (BGB)，它包含了德国最基本的民法规范。民法典的历史渊源一直可以追溯到罗马法，以及中世纪以习惯法为主所形成的德国法。

下面我将简要介绍一下民法典最重要的基本思想：

### 私法自治

民法典的出发点是：个人才能最好地以自由的和自主决定的方式来规划设计自己的生活。所以，民法典所遵从的是私人自治的思想。这一原则充分体现在民法典的大量表述中，如合同自由原则，该原则不仅包含缔约自由，而且也包含约定合同内的自由。一般情况下，合同的生效不受形式限制。拥有私人所有权并可随意处置，私人所有权的自由也是私人自治的体现。

同样，遗嘱自由权——即被继承人以遗嘱确定死后由谁继承其遗产的权利——也是如此。

### 社会平衡

然而，私人自治必须以适当的社会平衡作为其必要的对应物。这方面的内容刚开始时在民法典中并没有得到足够的反映。在制定民法典时，人们就不断责备这部法典缺少“几滴社会润滑剂”。其实，民法典中含有许多总则性条款，这些条款使法院能够以判例来作出修正。后来，对这部法典的多次修改使社会平衡原则在法律条文当中也得到了充分的表述。

### 诚实信用保护

另一个重要的原则是诚实信用保护的思想。例如，民法典在所有权转让中保护诚实的购买人。购买人也可以从无权利人处取得所有权。

在许多情况下，民法典对交易安全的考虑优先于对具体某一个人的财产利益的考虑。当然，原权利人（事实上具有所有权的人）在此可向无权利人的行为提出赔偿请求，来保护自己的利益。

### 基本法的影响

自 1949 年基本法生效以来，民法典的重要基本思想得到了宪法的肯定。德国宪法将人的尊严和个人自由发展的权利放在首要位置，因此私法自治的思想在德国宪法的第 1 条和第 2 条当中得到体现。今天，民法典的总则性条款也按照基本法的价值取向予以解释。基本法中的福利国家原则从宪法的角度使社会平衡思想得到保障和加强。

### 作为法典的民法典

德国民法典称得上是法典汇纂的杰作，它汇集了私法领域里所有最重要的法律规范，并把它们明晰而系统地编纂为一部极其精确的法典。

不过，在民法典颁布后的几十年中，民法作用的范围也在民法典之外以专门法来加以规范，这种做法涉及到完全不同的法律领域，如分期付款买卖法、不动产特别法和婚姻法。

当今的立法者重新发现了法典的价值，于是，借改革家庭法之机，婚姻法被重新收入民法典的第四编家庭法（也译作“亲属法”）之中。同样，在其它立法过程中，私法领域的一些特别法也被重新收进民法典。目前，德国正处在重新看重法典的阶段，这充分说明民法典作为法律文献并且也是作为文化财富所具有的重大意义。

### 债法的现代化

这一发展趋势最新的例子是使债法现代化的法律（以下简称债法现代化法）。该法于 2001 年 9 月在德国联邦议院得到通过。这部内容广泛的法律标志着自德国民法典颁布以来对德国债法的第一次彻底改革获得了成功。这些重大修改将于 2002 年 1 月 1 日生效。

这项雄心勃勃的法律改革对消灭时效法、一般给付侵害法、买卖合同法和承揽合同法都作了彻底修改。接下来的下一步改革，即以另一部法律对损害赔偿法的规定进行修改，也马上就要着手进行。在这个第二步的改革方案中，将使身体和健康受到损害的人的法律状况得到彻底改善。

### 历史回顾

这两项法律改革的重大意义都要透过历史背景的分析方能领悟：随着民法典于 1900 年 1 月 1 日生效，一个很长的历史发展阶段宣告结束。在德国于 19 世纪实现政治上的统一之后，民法典的诞生带来了私法领域的法律统一，民法典是帝国时期德国全国统一的标志。民法典自 1900 年 1 月 1 日生效后，已经过去了 100 多年。在这 100 多年当



中，德国经历了两次世界大战，纳粹的强权统治、深刻的政治变革和国家的分裂。作为民法领域的法典，民法典虽经多次修改却成功地经受住了各种动荡和变革。1990年德国重新统一后，民法典便重新适用于德国的所有地区。

尽管如此，社会和政治变革还是在民法典上留下了许多烙印。另外，这部法典从一开始就存在一些缺陷，这就增加了对她理解的难度。特别是由于民法典中的债法是以19世纪时期的经济模式作为出发点制定的，而德国经济模式在这之后已大大向前发展。由于颁布了众多的附从法律，特别是由于司法判例不断增多，如果仅从民法典的条文来看，实践中适用的债法制度在很多地方几乎已经无法辩认。

1981年，一个由联邦司法部长委任的专家委员会开始研究制定有关的法律改革建议。1991年，该专家委员会提交了研究结果。从2000年开始，在很短的时间内，又对该专家委员会所撰写的最终报告作了彻底的修改。下面我想着重介绍一下已由德国联邦议院通过的债法现代化法中的两项重大修改：

### **妨害履行**

新债法为妨害履行（得到赔偿受阻）的各种情形创造了一个统一的体系，该体系取代了原来民法典在这个领域中的繁复套叠的规定。新债法最重要的革新是采用了违反义务这个核心性的法律事实，并把它作为新的基本概念。民法典中原来的那些为人熟知的妨害履行情形，如给付不能、迟延给付或瑕疵给付，修改之后都成为这个核心性的基本法律事实的各种表述方式。

### **买卖法**

最重要的修改是买卖法中的修改。债法现代化法对买卖法予以重新设计，作了彻底的修改。简要来说，原民法典买卖法中有关出卖人担保的规定是与源自罗马法的传统相衔接的，新法则以工业制成品的买卖为基准。夸张点说，新买卖法完成了从古罗马市场上的奴隶买卖到后现代的工业制成品和商品交易的时空跨越。

依照新买卖法，买受人（买主）不论是特定买卖还是种类买卖都享有要求补充履行的请求权，这种权利——依买受人的选择——可以是要求对所交付的有瑕疵物予以修复，或者要求以无瑕疵物予以替换。如果补充履行未果，买受人可以解除合同或者要求减低售价。除此以外，如果出卖人在交付有瑕疵物一事上有过失，或者由于出卖人的过错而未能及时满足买受人的补充履行请求权，买受人还可以享有损害赔偿请求权。

这些规定重新使法律实践和法律条文融为一体，使法律的明晰度大大增加，同时也为法律的适用带来了诸多方便。这个新的法律体系也

将使中国的德国法律制度研究者对德国债法的理解更为容易。联合国货物买卖法的规定对这一改革产生了很大影响，因此，人们可从德国的新买卖法中认出联合国货物买卖法的模式。

### **走向欧洲民法之路?**

除了修改现行法律以外，法律改革也把欧洲法律的统一作为自己的目标。债法现代化法一方面把欧共体关于企业和消费者之间买卖合同的预先规定转换为国内法，另一方面，新法的规定在许多方面是在法律比较的基础之上制定的。新债法与欧洲合同法制度的统一的原则相衔接，并且也与合同法在国际上的最新发展相衔接。由此一来，今天德国的立法者就继承了民法典的历史传统，因为在 100 多年以前，民法典也是在作了大量的法律比较之后才制定出来的。

不过，今天的法典化的目标已有所改变：1900 年的民法典完成了国家的统一，而改革后的 2002 年的民法典则将使德国的私法在很大程度上向欧洲法律开放。今天人们还很难预料，“欧洲化的民法典”何时能成为“欧洲民法典”。不过，事实上欧共体已经开始在为创建一部内容广泛的欧洲合同法进行前期考虑。

### **电子贸易往来**

德国法律的欧洲化在电子贸易往来领域尤为明显。最近的立法逐步使私法变得具有“在线能力”。在这一对实践而言特别重要的领域，立法依然是基于欧共体的预先规定。在这里我想向各位简单介绍一下重要的立法活动。

#### **电子签字**

为了提高通过计算机订立的合同的安全性，我们首先在德国法律中采用了电子签字。电子签字在法律往来中不但为识别贸易伙伴，而且也为相互交换的意思表示的完整和完好无损提供了保障。这部法律是根据欧共体的指令制定的。今后所有由合同双方依照法律规定以电子方式签署的电子合同，均视同于以书面形式订立的合同。

#### **电子商务指令**

欧共体的电子商务指令对电子贸易往来的细节作了规定。该指令在转换为国内法时，一部分被转换为民法典中的规定，一部分被转换为其它法律。这个法律文件的核心是来源地原则。据此，在欧盟内部市场的电子贸易往来范围内，原则上只适用服务提供者所属国的法律。通过采用来源地原则，由于欧盟内部各国的法律制度不同所造成的许多困难，就可以巧妙而较为容易地得到解决。

#### **消费者保护**

在电子贸易往来领域，消费者保护是一项重要的要求。企业在订立合同之前必须在“互联网”上对消费者作出说明，并且应当向其提供

各种信息。消费者通过互联网订立合同之后，如果没有得到对所订购的商品的承诺，或者对所约定的服务不再感兴趣，可以在一个特定的期限内撤回该合同。

### **损害赔偿法的改革**

我前面讲到的第二个法律，即关于修改损害赔偿法的法律，将在损害赔偿法领域作出一些小范围的、有限的修改。目前，根据民法典的有关规定，对于身体或健康的伤害，只在侵害人有过失的情况下，受害人才可以在对物质损害提出赔偿要求之外，再要求赔偿抚慰金。损害赔偿法中这一对人身和身体的完好无损性的保护的限制今后将被取消。根据损害赔偿法草案的规定，如果侵害人对受害人造成重大身体伤害或健康损害，抚慰金将不与侵害人是否有过错相联系。这一法律修改对公路和铁路交通事故中的赔偿将产生重大意义，因为在交通事故中，过错往往很难证明。对于交通事故中的受害人来讲，这部法律将是一大进步。

恰恰是在公路和铁路交通领域中，应当作出更有利于交通事故受害人的规定。比如，对处在机动化公路交通中的儿童的保护将进一步得到改善。新的法律将规定，10岁以下的儿童在交通事故中完全不再承担任何责任，以前的法律规定为7岁以下。10岁以上的儿童在交通事故中的责任则要根据具体情况来确定。

### **物权法**

与债法的“勃勃生机”相反，几乎一成不变的物权法静静地躺在民法典的第三编中。物权法的规定自民法典生效以来几乎没什么变化。这主要是因为民法典对私人所有权的基本规范和法律的规范技术迄今为止都能够使问题获得恰当的解决。

### **私人所有权**

物权法规定的重要意义，特别是对所有权的保护，给予多高的评价都不为过。物权法为自由的法治国家和社会市场经济奠定了基础。没有对动产和不动产的完整的所有权，没有充分的对可信赖的物权安全性予以保障的种种规定，就不可能为全体国民带来幸福的成就卓著的经济生活。

### **不动产法**

请允许我以不动产法为例对物权法的意义作进一步的阐述。德国1949年的分离和1990年的重新统一所产生的历史经验具有特别的启发意义。

与其它法律一样，前民主德国的物权法，特别是不动产法是以马克思列宁主义的概念为特征的。民主德国的法律把社会主义财产所有权和私人所有权区别开来。社会主义财产所有权被分为全民所有、合作

社所有和机关组织所有，而私人所有权则被区分为个人财产所有权或其它私人所有权。民主德国物权法的另一个特征是把土地和建筑物区分开来。建筑物和土地可以属于不同的个人。实际上所运用的方法是，通过对在土地上建造的建筑物授予使用权来区分土地和建筑物。从法律技术上来讲，这种做法的法律基础非常不明确，这方面的清理工作直到今天还带来很多麻烦。

这种对于市场经济体制来说十分难办的土地问题上的法律基础，在90年代初期的政治和经济转型时期被证明是一个巨大的投资障碍。事实上，当时的许多投资商的投资热情只得到了部分实现。这就大大减慢了新联邦州的经济增长。为了能够按照民法典来重新建立和调整新州的所有权制度，需要采取一系列立法措施，这一任务至今尚未全部结束，土地所有权和建筑物的物权上的法律基础还必须经过复杂的法律程序才能重新合二为一。

### 土地登记簿

民法典在不动产法上的重要成就是建立了土地登记簿制度。民法典的不动产权法采用了登记原则，这就为土地登记簿打下了基础。这就是说，土地上的以法律行为作出的权属变更，只有通过当事人双方的合同和权属变更在土地登记簿中的登记方可完成。土地登记簿载明了与土地有关的各种数据资料，其目的是将土地的法律状况作为重要的法律交易的客体完整、明确、实时和正确地记录下来。比如说，土地登记簿可以为以土地为抵押的贷款提供可靠的抵押依据。这样一来，从国民经济角度来看，土地登记簿就完成了—一个重要任务，并且成为现代国民经济的支柱。

民法典对土地登记簿制度作出的这个法律政策上的基本决定还从来没有受到过批评。与债法不同，即使是在100年后的今天，也没有对其进行根本性修改的必要。当然，由于技术的进步，日常的土地登记工作已经发生了变化。

### 电子登记

传统的土地登记簿是以纸张为载体的。鉴于这是一个历史性任务，因此，在前民主德国地区恢复土地登记簿制度时，自然就想到了采用现代化的电子数据处理技术。于是，德国重新统一后不久，（在新州）就顺理成章地为建立电子数据土地登记簿创造了法律基础。巴伐利亚州也是最早采用这种技术的联邦州之一，并正在着手将所有的土地登记簿逐步纳入电子数据处理系统。其中已取得的成果证明了我们的期望。今后的发展趋势是，土地登记工作将全部通过一个电子数据处理系统完成，并彻底结束以纸张作为数据载体的时代。

到那个时候，从巴伐利亚州的任何一个初级法院都可以随意调阅任何一本土地登记簿，信息资料将更加容易获得，权属变更登记将更加快捷方便。这样我们就可使久远的传统与现代科学进步相联系，诞生于 1900 年的法律将以 21 世纪的技术来运用。

## 7 Vokabeln

das	Zivilrecht	民法
	das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)	民法典
das	Privatrecht	私法
	Bürgerliches Recht	民法
das	Handelsrecht	商法
das	Wirtschaftsrecht	经济法
das	Arbeitsrecht	劳动法
die	Privatautonomie	私法自治
die	Testierfreiheit	遗嘱自由权
der	Erblasser, -	立遗嘱者
die	Generalklausel, -n	总则性条款
der	Vertrauensschutz	诚实信用保护
der	Nichtberechtigte(r)	无权利人
das	Sozialstaatsprinzip	福利国家原则
die	Kodifikation, -en	法典
das	Spezialgesetz, -e	专门法
	das Recht der Abzahlungskäufe	分期付款买卖法
	Sonderformen der Rechte an Grundstücken	不动产特别法
	das Recht der Eheschließung	婚姻法
das	Familienrecht	家庭法
das	Schuldrecht	债法
	das Recht der Verjährung	消灭时效法
	das allgemeine Leistungsstörungenrecht	一般给付侵害法
das	Kaufrecht	买卖合同法
das	Werkvertragsrecht	承揽合同法
das	Nebengesetz, -e	附从法律
das	Richterrecht	司法判例

der	Nacherfüllungsanspruch	要求补充履行的请求权
das	Herkunftslandprinzip	来源地原则
das	Sachenrecht	物权法
das	Grundbuch	土地登记簿
das	Eintragungsprinzip	登记原则

## Literatur

- Ammann, Margret (1990<sup>2</sup>): Grundlagen der modernen Translationstheorie – Ein Leitfaden für Studierende. Heidelberg: Institut für Übersetzen und Dolmetschen der Universität Heidelberg
- Best, Joanna/Kalina, Sylvia (Hrsg.) (2002): Übersetzen und Dolmetschen. Eine Orientierungshilfe. Tübingen, Basel: Francke
- Die Chinesische Stiftung für die Entwicklung der Menschenrechte/Die Friedrich -Ebert-Stiftung (Hrsg.) (2002): Renquan fazhan yu fazhi jianshe (Entwicklung der Menschenrechte und Rechtssysteme in China und Deutschland). Beijing: Verlag Neuer Stern
- GTZ (Hrsg.) Der Deutsch-Chinesische Rechtsstaatsdialog – Ein Überblick. Eschborn
- Hansen, Gyde (1998): Die Rolle der fremdsprachlichen Kompetenz. In: Snell-Hornby, Mary/Hönig, Hans G./Kußmaul, Paul/Schmitt, Peter A.(Hg.), Handbuch Translation. Tübingen: Stauffenburg Verlag
- Holz-Mänttari, Justa (1984): Translatorisches Handeln. Theorie und Methode. Helsinki: Suomalainen Tiedeakatemia
- Hönig, Hans G. (1995): Konstruktives Übersetzen. Tübingen: Stauffenburg Verlag
- Kadric, M. /Kaindl, K. /Kaiser-Cooke, M. (2005): Translatorische Methodik. Wien: Facultas
- Kautz, Ulrich (2000): Handbuch Didaktik des Übersetzens und Dolmetschens. München: IUDICIUM
- Koller, Werner (19924): Einführung in die Übersetzungswissenschaft. Heidelberg: Quelle & Meyer
- Kurz, Ingrid/Moisl, Angela (Hrsg.) (2002): Berufsbilder für Übersetzer und Dolmetscher. Perspektiven nach dem Studium. Wien: WUV-Univ. Verl.
- Liu Zhaoxing/Sun Yu/Dong Lisheng(Hrsg.) (1998): Zhongde xingzhengfa xianzhuang- xingzheng xingwei, xingzheng jiandu,xingzheng shenpan (Verwaltungshandeln, Verwaltungskontrolle, Verwaltungsgerichtsbarkeit – Eine Bestandsaufnahme). Beijing: Shehui kexue wenxian chubanshe
- Luther, Martin (1973): Sendbrief vom Dolmetschen. In: Störig, Hans Joachim (Hg.): Das Problem des Übersetzens. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft
- Mounin, Georges (1967): Die Übersetzung. Geschichte, Theorie, Anwendung. München
- Neff, Jacquy (1998): Marktsituation der Konferenzdolmetscher. In: Snell-Hornby, Mary/Hönig, Hans G./Kußmaul, Paul/Schmitt, Peter A.(Hg.): Handbuch Translation. Tübingen: Stauffenburg Verlag
- Nord, Christiane (1993): Einführung in das funktionale Übersetzen. Tübingen und Basel

- Pöchhacker, Franz (1998): Simultandolmetschen. In: Snell-Hornby, Mary/Hönig, Hans G./Kußmaul, Paul/Schmitt, Peter A.(Hg.), Handbuch Translation. Tübingen: Stauffenburg Verlag
- Reiß, Katharina (1986): Übersetzungstheorien und ihre Relevanz für die Praxis. In: Lebende Sprachen 1
- Reiss, Katharina (2002): Grundfragen der Übersetzungswissenschaft. Wien: WUV-Univ. Verl.
- Reiss, K. /Vermeer, H.J. (1984): Grundlegung einer allgemeinen Translationstheorie. Tübingen: Niemeyer.
- Schlegel, August Wilhelm von (1973): Über die Bhagavad-Gita. In: Hans J. Störig (Hg.), Das Problem des Übersetzens. Darmstadt
- Schleiermacher, Friedrich (1973): Methoden des Übersetzens. In: Hans J. Störig (Hg.)
- Schmidt, Helmut/Sieren, Frank (2006): Nachbar China. Helmut Schmidt im Gespräch mit Frank Sieren. Kapitel III, Unterkapitel Rechtssystem; Kapitel IV, Die Konfuzianische Tradition. Berlin: Econ
- Schmidt, Paul (1950): Statist auf der diplomatischen Bühne 1923-45. Erlebnisse des Chefdolmetschers im Auswärtigen Amt mit den Staatsmännern Europas. Bonn: Athenäum-Verlag
- Schmitt, P. A. (1998): Berufsbild. In: Snell-Hornby, M./ Hönig, H.G. /Kußmaul, P. / Schmitt, P. A. (Hrsg.): Handbuch Translation. Tübingen: Stauffenburg
- Schmitt, Peter A.(1998): Marktsituation der Übersetzer. Marktsituation der Konferenzdolmetscher. In: Mary Snell-Hornby (Hg.): Handbuch Translation. Tübingen
- Sdun, Winfried (1967): Problem und Theorien des Übersetzens. München
- Siebourg, Gisela (1994): Anforderungen an den Konferenzdolmetscher heute. In: Breitung, Horst (Hg.): Dolmetscher- und Übersetzerausbildung. Materialien eines Internationalen Produktionsseminars 17.-21.12.1993. München
- Snell-Hornby, Mary (1998): Translationswissenschaftliche Grundlagen: Translation (Übersetzen/Dolmetschen) /Translationswissenschaft/Translatologie. In: Snell-Hornby, M./ Hönig, H.G. / Kußmaul, P. / Schmitt, P. A. (Hrsg.): Handbuch Translation. Tübingen: Stauffenburg
- Song Bing (Hg.) (1998): Chengxu, zhengyi yu xiandaihua – waiguo faxuejia zaihua yanjianglu (Verfahren, Gerechtigkeit und Modernisierung – Vortragsreihen namhafter Rechtswissenschaftler in China )
- Störig, Hans J. (Hg.)(1973): Das Problem des Übersetzens, 3. Aufl.. Darmstadt  
Tagungsband: Rechtsbindung der Verwaltung und Individualrechtsschutz, Deutsch-Chinesischer Rechtsstaatsdialog Band 1
- Vermeer, Hans J. (1992): Skizzen zur Geschichte der Translation, Bd. 6.1. Frankfurt/Main
- Wang Jianbin (2003): Translatologie – ein Positionierungsversuch. In: Zhang Yushu/Hans Georg Kemper/Horst Thome(Hrsg.): Literaturstrasse. Band 4. Würzburg: Königshausen & Neumann
- Wang Jianbin (2006): Anforderungsprofil des Simultandolmetschers und die



- anforderungsgerechte Ausbildung an universitären Ausbildungsstätten. In: Chang San-lii (Hrsg.) Deutsch-taiwanische Hefte – Journal für deutsche Studien. Nr. 10. Taipei: Wenqiao-Verlag
- Wilss, Wolfram (1998): Die Entwicklung der Sprachmittlerberufe im 20. Jahrhundert. In: Snell-Hornby/H.G. Hönig/P. Kußmaul/P. A. Schmitt (Hrsg.): Handbuch Translation. Tübingen: Stauffenburg
- Wilss, Wolfram (1998): Die Entwicklung der Sprachmittlerberufe im 20. Jahrhundert. In: Snell-Hornby, Mary/Hönig, Hans G./Kußmaul, Paul/Schmitt, Peter A.(Hg.): Handbuch Translation. Tübingen: Stauffenburg Verlag
- Witte, Heidrun (1998): Die Rolle der Kulturkompetenz. In: Snell-Hornby, Mary/Hönig, Hans G./Kußmaul, Paul/Schmitt, Peter A.(Hg.): Handbuch Translation. Tübingen: Stauffenburg Verlag
-

Dieses Lehrbuch soll den Studenten professionelles translatorisches Arbeiten vermitteln. Dabei wird der Erwerb translatorischer Kompetenz mit dem Aufbau juristischer Kenntnisse verbunden. Es werden nicht nur die Anforderungen an den professionellen Dolmetscher und das allgemeine Berufsbild des Dolmetschers beschrieben, sondern auch Dolmetschetechniken mit Hilfe von authentischen Rechtstexten in verschiedenen Spezialgebieten dargestellt.

Die Studenten sollen lernen, die einzelnen Dolmetscherfähigkeiten (Sach-, Recherche- und Sprachkompetenz sowie rasches Einarbeiten in neue Sachverhalte und Fachgebiete) selbst zu entwickeln und zu stärken.

Das Lehrbuch ist interkulturell vergleichend angelegt: In jeder Unterrichtseinheit werden zunächst Hintergrundtexte über die zu behandelnde Rechtsmaterie aus beiden Kulturen aufbereitet. Anschließend besteht die Möglichkeit, die Dolmetscherfähigkeiten anhand authentischer Texte aus beiden Kulturen zu einzelnen juristischen Fachgebieten zu trainieren.



The Asia-Link Programme was launched at the beginning of 2002 as an initiative by the European Union (EU) to foster regional and multi-lateral networking between higher education institutions in EU Member States and South Asia, South-East Asia and China.

This five-year programme with a total budget of €42,8 million, provides support to European and Asian higher education institutions in the areas of human resource development, curriculum development and institutional and systems development. This publication has been produced with the financial assistance of the European Union. The contents of this series are the sole responsibility of the editors and authors and can under no circumstances be regarded as reflecting the position of the European Union.

