

## Vorwort

Der „Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft“ kann im Dezember dieses Jahres auf sein 20jähriges Bestehen zurückblicken. In dieser Zeit sind unter seines Gründers und langjährigen Vorsitzenden, Prof. Kohlmann, in unregelmäßigen Abständen Publikationen erschienen, die das Geschehen an der Fakultät dokumentierten. Mit der hier vorgelegten ersten Ausgabe des „Fakultätsspiegels“ soll diese bewährte Form verstetigt werden und die Aktivitäten und Ereignisse innerhalb der Fakultät mit Abschluß eines Semesters dokumentiert werden.

Im Mittelpunkt eines jeden Fakultätsspiegels wird die Dokumentation des Fakultätstages stehen, in dessen Mittelpunkt im Sommersemester die Ehrung der Habilitanten und der ausländischen Magisterstudenten, im Wintersemester die Ehrung der Doktoranden stehen soll. Daneben die Antrittsvorlesungen sofern sie zum Druck gewonnen werden konnten.

Köln, im August 2004

*Otto Debenbeuer*



## Inhalt

### I. Fakultätstag vom 16. Juli 2004

<i>Hanns Prütting</i> Bericht 2004 – aus dem Leben der Rechtswissenschaftlichen Fakultät	1
<i>Yun-I Kim</i> Bericht der Studierenden	13
Ehrentafeln der abgeschlossenen Habilitationen Wintersemester 2003/2004 – Sommersemester 2004	15
<i>Angelika Nußberger</i> Die internationalen Kontakte der Universität zu Köln zum „Osten“	21
Magister Legum-Absolventen im Wintersemester 2003/2004 – Sommersemester 2004	25
<i>Ulrich Ebricke</i> Die Rolle des Staates in der Krise eines Unternehmens (Antrittsvorlesung)	27
<b>II. Antrittsvorlesungen</b>	
<i>Dirk Schroeder</i> Schnittstellen der Kooperations- und Oligopolanalyse im Fusionskontrollrecht	45
<i>Thomas von Dannwitz</i> Was ist eigentlich Regulierung?	73
<b>III. Fakultätsnachrichten</b>	95
<b>IV. Lehrbericht</b>	97
<b>V. Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft</b>	
Satzung	115
Veröffentlichungen	118
	VII



## I. Fakultätstag vom 16. Juli 2004

### **Bericht 2004**

aus dem Leben der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

*Hanns Prütting*

#### **I. Einführung**

Der vorliegende Bericht war Gegenstand eines Vortrags auf dem „Ersten Fakultätstag“ der Kölner Rechtswissenschaftlichen Fakultät am 16. Juli 2004. In neuer Form will sich die Fakultät mit diesem Ereignis der Öffentlichkeit präsentieren. Es handelt sich um eine Veranstaltung gegen die Schnelllebigkeit unserer Zeit, gegen das Vergessen vieler Namen, Themen, Ereignisse und Details, die an dieser Fakultät bemerkenswert sind, und um einen Blick über den Tellerrand des Semesteralltags hinaus. Der „erste“ Fakultätstag weist darauf hin, dass es sich um ein Experiment mit ungewissem Ausgang handelt. Zugleich steckt in der Zahl die große Hoffnung, dass der Veranstaltung ein zweiter, dritter und vierter Fakultätstag folgen werden.

Der Fakultätstag mit seinem Bericht über Habilitationen, Magisterabschlüsse und internationale Kontakte stellt weiterhin ein Pendant zur Promotionsfeier dar, die traditionell am Ende jedes Wintersemesters stattfindet. Das über den Tag weit hinausgreifende Ziel soll es sein, die vielen Namen und Daten der Promotionsfeiern wie der Fakultätstage, ferner den jeweiligen Lehrbericht und den Forschungsbericht sowie viele weitere Fakultätsereignisse in einem schönen Buch zusammenzufassen, das der Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft unter seinem Vorstand (*Prof. Deppenheuer, Prof. Kohlmann*) herausgeben wird. Entstehen soll auf diese Weise eine wertvolle Dokumentation der Kölner Fakultät und ein besonders wichtiges Nachschlagewerk, das jeder Interessierte käuflich erwerben kann. Es geht also um eine kleine Standortbestimmung. Der vorliegende Bericht aus dem Leben der Rechtswissenschaftlichen Fakultät steht unter dem Motto: „Die Kölner Rechtswissenschaftliche Fakultät – eine Spitzenfakultät trotz schwieriger Rahmenbedingungen mit hervorragenden Perspektiven.“

Das angestrebte Ziel und der begrenzte Umfang erzwingen allerdings wesentliche Einschränkungen. Nicht näher werden hier die historischen Perspektiven beleuchtet. Interessierte können an vielen Stellen nachlesen, dass Köln nach Prag, Wien

und Heidelberg im Jahre 1388 als vierte Universitätsgründung im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation von Anfang an eine rechtswissenschaftliche Fakultät besaß, heute also nach Heidelberg die zweitälteste in Deutschland, an der zudem als erster Fakultät neben dem kanonischen Recht auch das römische Recht gelehrt wurde. Versagen muss ich mir weiterhin einen Bericht über die großen Entwicklungslinien dieser Rechtsfakultät, an der als wohl berühmtester Dozent *Nikolaus von Kues* gelehrt hat (1401-1464). Allgemein bekannt ist sicherlich, dass nach der Wiedereröffnung der Fakultät im Jahre 1919 *Hans Kelsen* einige Zeit in Köln tätig war, ferner war Bundespräsident *Karl Carstens* von 1958 bis zu seinem Tode 1992 Mitglied unserer Fakultät.

## II. Herausragende Gesichtspunkte

Begonnen werden soll mit schlaglichtartigen Bemerkungen zur Stellung der Kölner Fakultät in der heutigen Universitäts- und Forschungslandschaft:

1. Die Fakultät gehört sowohl nach der Zahl der Studierenden wie nach der Zahl der Dozenten zu den größten rechtswissenschaftlichen Fakultäten in Deutschland.
2. Nach dem CHE-Forschungsranking der Bertelsmann-Stiftung hat sich die Fakultät zusammen mit Bonn und Freiburg im Jahre 2002/2003 Platz 1 unter den 42 rechtswissenschaftlichen Fakultäten erobert.
3. Es werden zur Zeit insgesamt sechs verschiedene Studiengänge angeboten, davon drei mit internationaler Ausrichtung. So gibt es neben dem klassischen Staatsexamens-Studiengang Rechtswissenschaft den deutsch-französischen Magister-Studiengang, den deutsch-englischen Bachelor-Studiengang (es ist geplant, diese beiden bilateralen Studiengänge um eine bilaterale Beziehung mit einer italienischen Fakultät zu erweitern), den Kölner Magister legum-Studiengang für ausländische Studierende, den Teilstudiengang Medienrecht im Rahmen des medienwissenschaftlichen Studiums, den Fortbildungsstudiengang Wirtschaftsjurist. Zusätzlich gibt es gemeinsame Promotionsverfahren mit Frankreich und Italien (Cotutelle de thèse).
4. Pro Jahr werden an unserer Fakultät seit längerem zwischen 110 und 130 Promotionen erfolgreich abgeschlossen.

5. Kölner Studierende und ihre Betreuer haben auf nationalen und internationalen Moot Court-Wettbewerben seit mehreren Jahren nahezu jährlich erste und zweite Plätze erzielt. Dies gilt insbesondere für die langjährigen herausragenden Platzierungen im Bereich der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit sowie des Völkerrechts. Es handelt sich insbesondere um den Ben Telders- sowie den Willem C. Vis-Moot Court und den European Law Moot Court. In den Jahren von 1996 bis 2004 haben Kölner studentische Teams insgesamt 7 mal erste Plätze und ca. 15 mal zweite und dritte Plätze erreicht.

6. Bei der Umsetzung der neuen bundesweiten Juristenausbildung, bei der die juristische Fakultäten aufgerufen waren, nach ihren Möglichkeiten und Spezialisierungen in Forschung und Lehre neue Schwerpunktbereiche im Hauptstudium einzurichten, hat die Kölner Fakultät mit insgesamt 16 Schwerpunktbereichen mit Abstand das umfangreichste Angebot erstellt. Die übrigen deutschen Fakultäten bieten zwischen acht und zwölf Schwerpunktbereiche an.

7. Im DFG-Fachkollegium Rechtswissenschaft, dem 11 Wissenschaftler angehören, ist die Kölner Fakultät mit drei Mitgliedern bei weitem am stärksten unter allen deutschen Fakultäten vertreten (*Henssler, Mansel, Prütting*).

8. Mehrere Fachgremien werden von Köln aus geleitet. Mitglied der Kölner Fakultät ist sowohl der Vorsitzende der Zivilprozessrechtslehrer (*Prütting*) als auch der Stellvertretende Vorsitzende der Zivilrechtslehrer (*Henssler*) und aus Köln kommt auch ein Mitglied der Ständigen Deputation des Juristentages.

9. Die Kölner Fakultät stellt seit über 20 Jahren den jeweiligen Präsidenten des Hochschulverbandes (früher *Schiedermair*, heute *Kempen*).

10. Herr *Walter* ist Vorsitzender des Landespräventionsrates NRW.

11. Über die unglaubliche Breite und Fülle internationaler Kontakte unserer Fakultät wird der folgende Bericht von Frau *Nußberger* und Herrn *Mansel* Auskunft geben. Erwähnt werden darf in diesem Erfolgsbericht aber, dass unsere eigene Orientierungsstelle, die ausländische Studierende und Forscher betreut, zusammen mit anderen Fakultäten im SS 2004 durch einen Preis des Auswärtigen Amtes für hervorragende Betreuung ausgezeichnet wurde.

12. In den Ständigen Ausschuss des Deutschen Juristen-Fakultätentages, der aus 12 bis 15 Mitgliedern besteht, ist aus keiner deutschen Fakultät ausser Köln mehr als ein Mitglied gewählt. Die Kölner Fakultät allein ist durch zwei ihrer Mitglieder vertreten (*Kempen, Prütting*).

13. Die Tätigkeiten von Kölner Kolleginnen und Kollegen in nationalen und internationalen Gremien ist Legion. Durch unsere Fakultät werden Bundes- und Landesministerien ebenso beraten und unterstützt wie Kirchen oder Wirtschaftsorganisationen. Die jüngste Berufung im internationalen Bereich darf ich hier als pars pro toto hervorheben. Frau *Nußberger* ist ab Winter 2004 in den Sachverständigenausschuss der internationalen Arbeitsorganisation berufen worden.

Damit soll diese Aufzählung einiger wichtiger und herausragender Gesichtspunkte abgebrochen werden. Dies geschieht in dem vollen Bewusstsein, dass sicherlich noch eine Fülle wichtiger Aspekte übersehen worden ist. Diese können in den Jahresberichten der kommenden Jahre nachgetragen werden.

### **III. Die Fakultät in Zahlen**

Bei der zahlenmäßigen Entwicklung der Fakultät soll hier ebenfalls zunächst nur ein Überblick gegeben werden. Hervorzuheben ist die Gesamtzahl der Studierenden. Diese betrug in den vergangenen vier Semestern: 6302 (SS 2002) - 6487 (WS 2002/03) - 6201 (SS 2003) - 6265 (WS 2003/04). Angesichts der neu eingeführten Studiengebühren ist ab diesem Sommersemester (2004) mit einem Absinken der Studierendenzahlen zu rechnen. Die Zahl der Studienanfänger ist kapazitätsbedingt ebenfalls gesunken. So wurden im Jahr 2002 im Sommer und Winter zusammen 662 Studierende aufgenommen, im Jahr 2003 insgesamt 515. Allerdings sind in diesen Zahlen unsere Nebenfach-Studierenden nicht enthalten, die in der Zwischenzeit an der Fakultät pro Jahr eine Zahl von ca. 100 ausmachen. Die Anzahl der wissenschaftlichen Mitarbeiter (volle Stellen) ist von 71 im Jahre 2002 auf 70 im Jahre 2003 abgesunken, die Zahl der Professorenstellen ist mit insgesamt 33 (davon 27 C 4-Stellen und sechs C 3-Stellen) seit mehreren Jahren gleichbleibend. Juniorprofessuren hat die Fakultät bisher nicht eingerichtet.

Von den Studierenden waren im vergangenen Wintersemester (2003/04) 47 % weiblich und 53 % männlich, bei den Professoren waren und sind zwei Stellen



nicht besetzt. Von den besetzten 31 Professuren sind fünf C 4-Stellen mit Damen besetzt (also 16, 1 %).

Über die Anzahl der Habilitationen gibt der Bericht von *Tettinger* nähere Auskunft. Die jährliche Zahl der Promotionen übersteigt (wie bereits erwähnt) die Zahl 100 deutlich.

Mitglieder der Fakultät sind im übrigen insgesamt 23 Emeriti, darunter der Senior unserer Fakultät, Herr Kollege *Kegel* mit nunmehr 92 Jahren. Im übrigen verdient Hervorhebung, dass drei Fakultätsmitglieder in diesem Jahre (2004) ihren 90. Geburtstag feiern dürfen bzw. durften, nämlich Herr *Mobnen*, Herr *Klingmüller* und Herr *Hübner*. Jüngste Mitglieder der Universitätsprofessoren sind Frau Kollegin *Steinbeck* und Herr Kollege *Hajerkamp*.

Neben den hauptamtlichen Professorinnen und Professoren gehören der Fakultät 21 außerplanmäßige und Honorarprofessoren an. Die Zahl der darüber hinaus tätigen Lehrbeauftragten schwankt sehr stark, liegt aber ebenfalls deutlich über 20.

Absolventen gab es im Studienjahr 2001 in Köln 555, davon 49,4% weiblich. Die durchschnittliche Studiendauer lag bei 8,5 Semestern. Sehr interessant erscheint die Tatsache, dass die Kölner Absolventen im Staatsexamensstudiengang nach der Statistik des Prüfungsamtes seit langen Jahren deutlich besser abschneiden als der Durchschnitt in Nordrhein-Westfalen. Im vergangenen Jahr (2003) haben beispielsweise 21 % aller nordrhein-westfälischen Absolventen den ersten Versuch des ersten juristischen Staatsexamens nicht erfolgreich beendet, in Köln waren es 14 %. Auch bei den Prädikatsexamina liegen die Kölner Absolventen deutlich über dem Schnitt. Da unsere Staatsexamina im gesamten schriftlichen Teil bekanntlich strikt anonym geschrieben und korrigiert werden und da die Examensklausuren bei allen nordrhein-westfälischen Prüfungsämtern stets identisch und am gleichen Tage ausgegeben werden, spricht dieses langjährige Ergebnis für besondere Qualität, nicht für besonders großzügige Notengebung.

Im deutsch-französischen Magisterstudiengang gab es im SS 2002 insgesamt 51 erfolgreiche Absolventen, im SS 2003 46. Im Rahmen des juristischen Teilstudiengangs für das Fach Regionalwissenschaften Ostasien gab es 2003 insgesamt 10 erfolgreiche Kandidaten. In dieser Zeit studierten an der Fakultät 83 ausländische Studierende im Rahmen des Erasmus- und Sokrates-Programms. Zusätzlich erlangten 10 Kandidaten einen Abschluss im Europazertifikat des Proteus-Projekts.

Schließlich gab es im Jahre 2003 die ersten 25 Absolventen des Weiterbildungsstudiengangs Wirtschaftsjurist.

Aus dem Bereich des Vorlesungsangebots und der Korrekturleistungen ist hervorzuheben, dass in den vergangenen Jahren pro Semester im Schnitt 42 Vorlesungen in den Pflichtfächern, 24 Vorlesungen für die Wahlfächer und 15 Vorlesungen in sonstigen Rechtsgebieten angeboten werden. Hinzu kommen regelmäßig fachspezifische Fremdsprachenkurse. Weiterhin gab es pro Semester im Schnitt 52 Arbeitsgemeinschaften (!). Die Korrekturlast dieses Lehrprogramms ist gewaltig. Pro Semester werden derzeit im Grundstudium ca. 4200 Abschlusstests korrigiert, dazu 2035 Klausuren und 776 Hausarbeiten im Pflichtfachbereich des Hauptstudiums, ferner ca. 350 Arbeiten in den Wahlfächern und 450 Arbeiten in den Grundlagenfächern. Hinzu kommen im Schnitt 32 Seminare mit insgesamt 450 Referaten pro Semester.

#### **IV. Die Entwicklung im Einzelnen**

Der ursprüngliche Plan zu diesem Bericht sah vor, nunmehr die einzelnen Institute und ihre wissenschaftliche Arbeit ein wenig vorzustellen. Dies kann im gegebenen Rahmen wie bereits erwähnt nicht geleistet werden. Im Folgenden sollen einige besonders aktuelle Entwicklungen in einer kleinen Auswahl näher vorgestellt werden. Auch insoweit können Lücken in den Berichten der kommenden Jahre ausgefüllt werden.

1. Ein erster Hinweis gilt dem Steuerrecht, das bekanntlich in Köln als ein herausragender Forschungsschwerpunkt bezeichnet werden kann. Neben dem öffentlich-rechtlich geprägten Institut für Steuerrecht wird es auch durch zivilrechtliche Kollegen exzellent vertreten. Soeben ist nun auf der Grundlage einer überparteilichen Initiative eine unabhängige und überparteiliche Kommission zur Ausarbeitung eines Steuergesetzbuches für die kommende Legislaturperiode konstituiert worden. Die Leitung dieser Kommission ist Herrn Kollegen *Lang* zusammen mit Prof. *Eekhoff* von der Kölner WiSo-Fakultät übertragen worden.

2. Besonders herausragend erscheint auch die Arbeit nahezu sämtlicher öffentlich-rechtlicher Kölner Kollegen in Zusammenarbeit mit Spezialisten aus ganz Europa, die sich zur Kommentierung der neuen europäischen Grundrechte-Charta zusammengeschlossen haben. Es haben bereits mehrere Arbeitstagungen zu diesem wis-

senschaftlichen Großprojekt stattgefunden, das sicher nicht nur fachliches Aufsehen erregen wird, sondern das auch die kollegiale Zusammenarbeit mit vielen europäischen Rechtsfakultäten verstärken wird.

3. Eine weitere Kölner Besonderheit ist die intensive wissenschaftliche Bearbeitung des Sozialrechts. Auch dieser Rechtsbereich wird in Köln durch das Zusammenwirken von zivilrechtlichen und öffentlichrechtlichen Kollegen geprägt. Ein herausragendes Ereignis für die Praxis ist der jährlich veranstaltete Kölner Sozialrechtstag, zu dem sich im März diesen Jahres mehr als 400 Teilnehmer angemeldet hatten.

4. Sehr weit gediehen ist die Vorbereitung eines Antrags auf Errichtung eines Sonderforschungsbereichs zum Thema „Konstitutionalisierung Europas seit 1950“, von Seiten der Rechtswissenschaftlichen Fakultät betreut durch die Kollegen *Hobe*, *Schoebener* und *Mansel*. Es handelt sich um ein ausserordentlich umfangreiches Projekt, das sich in Grundlagenbereiche und viele einzelne besondere Schwerpunkte aufteilt. Ausgangspunkte sind historische Analysen der Wegmarken des europäischen Integrationsprozesses und systematische Untersuchungen sowie Kategorisierungen der zentralen Begrifflichkeit der Konstitutionalisierung. Ausgegangen wird dabei von der These, dass der Prozess der Konstitutionalisierung der EU zu verschiedenen Zeitpunkten der europäischen Integration die Weiterentwicklung gemeinsamer europäischer Strukturen und Institutionen intensiv beeinflusst hat, wobei eine Wechselbeziehung mit nationalen Entwicklungen zu beobachten ist, und dadurch sich auch die nationalen politischen und rechtlichen Systeme stark verändert haben.

5. Die von den Kölner Kollegen *Baur* und *Ebricke* veranstaltete energiewirtschaftliche Jahrestagung im vergangenen Winter war bereits die 32. Jahrestagung des Instituts für Energierecht und konnte insgesamt 300 Teilnehmer aus Wirtschaft, Politik und Wissenschaft versammeln.

6. Soeben wurde von der Kommission der Europäischen Union ein Gemeinschaftsantrag genehmigt, der sich mit der Entwicklung des europäischen Strafrechts und des europäischen Strafverfahrens befasst. Aus Köln ist Herr Kollege *Nestler* Mitglied dieser Arbeitsgruppe.

7. Eine herausragende Rolle kommt auch dem Institut für Anwaltsrecht zu. Es war das erste Institut seiner Art an einer deutschen Fakultät und ist seit seiner Grün-

derung als Forschungseinrichtung führend. Weniger bekannt als diese Tatsache ist, dass es an unserer Fakultät auch ein Dokumentationszentrum für das europäische Anwalts- und Notarrecht gibt, eine wohl europaweit einmalige Forschungseinrichtung.

8. Hervorhebung verdient sicherlich auch ein DFG-Projekt, das rechtsvergleichend die Stellung des Strafverteidigers im Ermittlungsverfahren beleuchten wird. Daran beteiligt sind Herr *Weigend*, Frau *Walther* und Frau *Grunewald*.

9. Die Kölner Rechtshistoriker (*Avenarius*, *Haferkamp*) bereiten derzeit den Antrag für ein Graduiertenkolleg zur Rechtsgeschichte in Zusammenhang mit einem Bonner Fachkollegen vor.

10. Einen langjährigen Kölner Schwerpunkt bildet schließlich das Arbeitsrecht, das in dieser Intensität wohl von keiner anderen rechtswissenschaftlichen Fakultät Deutschlands gepflegt wird. Die Zahl der in Köln geschriebenen Standardwerke zu diesem Bereich ist außerordentlich groß. Im vergangenen Winter gab es einen Bericht des Personalmagazins (Heft 9/2003), in dem 40 führende Köpfe des Personalwesens vorgestellt wurden. Unter diesen 40 Personen waren auch fünf Arbeitsrechtswissenschaftler genannt, davon drei Kölner Namen (*Hanau*, *Preis*, *Gaul*).

Diese Hinweise sind nur eine kleine und sehr schmale Auswahl aus der Forschungsarbeit der Kölner Fakultät. Denn es ist nichts ausgesagt worden über viele führende Kommentare und Lehrbücher, die in Köln betreut werden, über vielfältige Tagungen und Forschungsgruppen mit Kölner Beteiligung. In der gegebenen Aufzählung fehlt auch jeder Hinweis auf eine größere Anzahl führender Zeitschriften, die von Kölner Fakultätsmitgliedern herausgegeben werden. Von der großen Zahl der in Köln betreuten Schriftenreihen kann hier ebenfalls nicht berichtet werden. Vollkommen zu Unrecht unterschlagen sind auch die wissenschaftlichen Spezialbereiche und die besonderen Institute, die es an den meisten anderen rechtswissenschaftlichen Fakultäten gar nicht gibt. Man denke nur an das Institut für Bankrecht, das Institut für Versicherungsrecht, das Institut für Ostrecht, das Institut für Luft- und Weltraumrecht, das Institut für Energierecht, das Institut für Wohnungsrecht, das Institut für Rundfunkrecht, das Institut für Wissenschaftsrecht sowie das Institut für Kirchenrecht. Auch das Rechtszentrum für europäische und internationale Zusammenarbeit (RIZ) sowie das Center for Transnational Law (CENTRAL) gehören in diese Reihe hervorragender Spezialinstitute und Wissenschaftseinrichtungen. Das RIZ ist eine 1995 in Köln gegründete Forschungseinrichtung mit Mit-

teln der Gemeinnützigen Hertie-Stiftung. Aufgabe ist die Erforschung der internationalen Zusammenarbeit durch Recht, das weltweit den Wirtschaftsverkehr und die Integrationsprozesse steuert und sichert. Im Kern werden Fragen des Vertragsrechts der internationalen Wirtschaft, des Staats- und Verfassungsrechts in Europa sowie des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts behandelt. Das CENTRAL widmet sich seit seiner Gründung im Jahre 1998 insbesondere den Schlüsselqualifikationen in Forschung und Lehre. Angeboten werden insbesondere Veranstaltungen zur juristischen Rhetorik, Verhandlungsmanagement, interkulturelle Kommunikation und Mediation. Darüber hinaus werden vor allem die internationale Schiedsgerichtsbarkeit sowie rechtliche Strukturen der globalisierten Wirtschaft in Forschung und Lehre intensiv behandelt.

Abschließend sei hier ein Hinweis auf die Lehre an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät erlaubt. Entsprechend den äußerst breiten und vertieften Forschungsbereichen ist auch das Angebot in der Lehre außerordentlich umfassend und vielfältig (zu den Zahlen vgl. oben III.). Einen besonderen Hinweis verdient der Große Klausurenkurs für Examenskandidaten, der seit nunmehr 34 Jahren ohne Unterbrechung, unabhängig von Semester und Stundenplan, also sozusagen rund um die Uhr angeboten wird. Pro Woche werden den Kandidaten zwei bis drei Original-examensklausuren zur Bearbeitung angeboten. Neben der Korrektur und der Besprechung gibt es zu jeder Klausur eine umfassend ausgearbeitete Musterlösung.

## **V. Die schwierigen Rahmenbedingungen**

Die exzellente wissenschaftliche Forschung und die großen Erfolge in der Ausbildung, die an deutschen Universitäten und an rechtswissenschaftlichen Fakultäten insbesondere geleistet werden (deren Qualität in der Presse und der Öffentlichkeit manchmal unterschätzt wird), gewinnen noch an Bedeutung, wenn man sie vor dem Hintergrund der schwierigen Rahmenbedingungen sieht, mit denen deutsche Universitäten und Fakultäten zu kämpfen haben. Auch im Folgenden kann keinerlei Vollständigkeit beim Überblick über deutsche Wissenschaftspolitik beansprucht werden. Es seien lediglich sieben Gesichtspunkte von zentraler und aktueller Bedeutung hervorgehoben, die zu den einflussreichsten Rahmenbedingungen deutscher Wissenschaftspolitik gehören.

1. Die deutschen Universitäten sind etwa seit Mitte der 80-er Jahre chronisch unterfinanziert. Daran hat sich trotz ständiger Finanzausgaben ohne Substanz von Sei-

ten der Politik nichts geändert. Auch im Augenblick müssen wir wieder Kürzungen hinnehmen.

2. Beliebte Studiengänge wie die Rechtswissenschaft müssen mit einer langjährigen Überlast an Studierenden leben. So ist z.B. das Verhältnis von Professoren zu Studenten an der Kölner Fakultät etwa 1 : 200. Lassen Sie mich hier einmal einen der beliebten Elitevergleiche ziehen: In Havard kommen auf einen Professor ungefähr zwei Studierende. Dort gibt es insgesamt ca. 20000 Studenten, also etwa ein Drittel der Kölner Studierenden. Allerdings hat Köln nur ca. 5 % der Professoren und ca. 20 % der Mittel von Havard zur Verfügung.

3. Die Universitäten insgesamt und die einzelnen Studiengänge müssen zu häufige Richtungswechsel hinnehmen. Es fehlt an Kontinuität, nicht nur in der Schule, sondern (nicht immer so deutlich) auch an den Universitäten. Jeden Monat wird in der Politik eine neue Reform oder zumindest ein neuer Reformansatz verkündet. Dass aber Veränderung nicht immer und automatisch gut sein muss, dass Traditionsverlust auch Realitätsverlust sein kann, hat die Soziologie schon vor 40 Jahren erkannt. Zum Thema Richtungswechsel gehört insbesondere auch der Bologna-Prozess mit seinen Bachelor- und Master-Studiengängen, der für das rechtswissenschaftliche Staatsexamen und die einheitliche juristische Ausbildung in Deutschland sich als Super-GAU entwickeln könnte. In Wahrheit steht hinter dem Schlagwort vom Bologna-Prozess eine fortschreitende Ökonomisierung der Universitäten. Es sollen möglichst viele Studierende nach sechs Semestern eines nichtwissenschaftlichen Kurzstudiums auf die Straße gesetzt werden und nur etwa die besten 25 % in ein Master-Studium gelassen werden. Wie heißt es in einer Empfehlung des Zentrums für Hochschulentwicklung der Bertelsmann-Stiftung so schön: Studien sollten „entschlackt“ und auf „Kerninhalte zugespitzt“ werden. Es soll ein „bedarfsgerechteres“ Angebot verwirklicht werden. Universitäten sollten „Dienstleistungsunternehmen“ werden.

4. Wir müssen an der Universität eine ständige Zunahme von Bürokratisierung erleben, dabei wird uns gebetsmühlenartig eine Stärkung der Hochschulautonomie verkündet und Flexibilisierung gefordert.

5. Es findet eine massive Verschlechterung der materiellen und ideellen Anreize für Professorinnen und Professoren statt. So wird die am 01.01.2005 zu vollziehende neue W-Besoldung zunächst zu einem Stellenabbau in NRW führen und sodann eine jahrelange Immobilität der bereits berufenen Kolleginnen und Kollegen her-

beiführen. Darin steckt zweifellos eine sehr große Gefahr für die Universität. Die Chancen, auch künftig die besten Absolventen für eine Universitätskarriere zu gewinnen, werden sich verschlechtern.

6. Die ständigen Kürzungsmaßnahmen führen zu fehlender Planungssicherheit und damit zu allgemeiner Verunsicherung. Zwar hat uns der berühmte Qualitätspakt vor wenigen Jahren Planungssicherheit versprochen. Eingetreten ist jedoch (wie vielfach befürchtet) das Gegenteil.

7. Insgesamt stehen die Wissenschaft und die Universitäten in einem außerordentlich kritischen Blickwinkel der Öffentlichkeit. Unsere Gesellschaft, die sich gerne als eine Wissensgesellschaft bezeichnet, ist nicht selten sehr wissenschaftsfeindlich. Verstärkt wird dies durch den Hang zur Übertreibung, der die Situation in Deutschland auch in der Misere für exzeptionell und gewissermaßen auch negativ großartig hält. Manchmal wird der Reformbedarf so umfassend dargestellt, dass unterhalb einer vollständigen Transformation unsere Universitäten keine Rettung vor dem Ruin mehr möglich scheint.

8. Die schlagwortartig genannten Rahmenbedingungen mögen hier nur sehr verkürzt und holzschnittartig aufgelistet sein. Daher seien zum Abschluss noch zwei typische Äußerungen aus dem Bereich der Hochschulpolitik zitiert. Das erste Zitat stammt von *Peter Gutjahr Löser*, dem Kanzler der Universität Leipzig: „Die deutsche Hochschulpolitik ist wenig anderes als eine Kette von Fehlentscheidungen. Regelmäßig wird nicht das erklärte Ziel, sondern sein Gegenteil erreicht.“ Der Münchener Theologe *Friedrich Wilhelm Graf* schrieb nach der Bundestagswahl im Herbst 2002, wohl noch nie zuvor habe ein Politiker deutsche Professoren so überrascht wie Kanzler *Schröder*, als er im Wahlkampf Frau *Bublman* zu einer Zierde seines Kabinetts erklärte. Zitat: „Was muss noch passieren, damit die Bundesregierung den Verfall vieler deutscher Universitäten wahrnimmt?“

## VI. Die hervorragenden Perspektiven

Die kritischen Hinweise zu den Rahmenbedingungen vermögen aber nichts an den positiven Entwicklungslinien der Kölner Fakultät zu ändern. Es ist und bleibt Aufgabe von Dekan und Fakultät, Wissenschaft in Forschung und Lehre weiter voranzubringen und zu Spitzenleistungen zu führen. Deshalb wurde im SS 2004 (trotz mancher grundsätzlicher Bedenken) ein Antrag auf Eliteförderung für unsere Fa-

kultät gestellt. Wir wollen weitere neue und spannende Themen aufgreifen und dazu neue Institute und Forschungsschwerpunkte gründen. So ist vor wenigen Tagen ein Antrag auf Schaffung einer neuen Forschungseinrichtung im Bereich des Medizin- und Gesundheitsrechts sowie die Gründung eines Instituts für Medizinrecht in die Wege geleitet worden. Unseren in den vergangenen zwei Jahren beschlossenen medienrechtlichen Schwerpunkt konnten wir weitgehend installieren. Im SS 2004 ist von der Fakultät beschossen worden, ein neues Institut für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht zu gründen. Für das kommende Jahr sind intensive Bemühungen im Gange, ein eigenes Institut für Insolvenzrecht aus der Taufe zu heben. Weiterhin gibt es verstärkte Anstrengungen, den Bereich von Kunst, Kultur und Recht in Forschung und Lehre an unserer Fakultät zu etablieren.

Dies alles sind gerade angesichts der schon bisher bestehenden außerordentlich breiten und tiefen Möglichkeiten für Forschung und Lehre an unserer Fakultät äußerst wichtige Impulse für die nahe und ferne Zukunft. Gerade in meiner Zeit als Dekan hat mich die Innovationsfähigkeit unserer Fakultät immer wieder begeistert. Auch wenn ich solche Ideen bisher nur sehr eingeschränkt umsetzen konnte, daher einem künftigen Nachfolger noch mancherlei an Umsetzungsarbeit überlassen muss, so ist mir doch um Forschung und Lehre an unserer Fakultät nicht bange, wenn uns nicht Bund und Land finanziell strangulieren.

## **VII. Fazit**

Es wird den Leser wohl nicht überraschen, dass in diesem Bericht ein sehr positives Bild der Kölner Rechtswissenschaftlichen Fakultät gezeichnet wurde. Überraschend mag schon eher die Feststellung sein, dass mit diesem positiven Bild an vielen Stellen noch stark untertrieben wurde. Die Kölner Fakultät hat in den vergangenen Jahren enorme Fortschritte gemacht. In ihr steckt darüber hinaus ein riesiges Entwicklungspotential. Der Dekan sieht es deshalb als seine wichtigste Aufgabe an, dieses Potential zu fördern und zu entwickeln. Lassen Sie alle Beteiligten auch weiterhin so erfolgreich zusammenwirken zum Wohle der Rechtswissenschaftlichen Fakultät.



## **Bericht der Studierenden**

*Yun-I Kim*

Spektabilität, sehr geehrte Professorinnen und Professoren, meine Damen und Herren, liebe Kommilitoninnen und Kommilitonen,

dass die Studierendenschaft oftmals einen anderen Standpunkt einnimmt als die Professorenschaft, und das hierin Konfliktpotential liegt, hat sich auch in diesem Jahr wieder gezeigt. Gerade im Bereich der Evaluation und auch bei einzelnen Punkten der Umsetzung der Studienreform gab es doch beträchtliche Dissonanzen. Solche Gegensätze hat es immer gegeben und wird es – hoffentlich – auch weiter geben, denn die Diskussion und kritische Auseinandersetzung aus unterschiedlichen Blickwinkeln ist auch im hochschulpolitischen Bereich wichtig und notwendig. Diese Meinungsverschiedenheiten sollten jedoch nicht den Blick verstellen auf die durchweg positive Entwicklung, die die Fakultät im vergangenen Jahr durchlaufen hat, einem Jahr des Umbruchs in der Juristenausbildung, welcher Lehrende und Studierende gleichermaßen betrifft.

Das international ausgerichtete Angebot der Fakultät hat sich mit neuen Rechts-terminologiekursen und Partnerschaften mit weiteren ausländischen Universitäten erweitert, welches die Attraktivität des Rechtswissenschaftlichen Fachbereichs der Universität zu Köln weiter steigert. Es wurde sogar ein neuer gemeinsamer Studiengang mit dem University College of London eingerichtet.

Aber nicht nur die internationale Ausrichtung wurde erweitert, vielmehr wird jetzt auch die Einrichtung eines Uni-Repetitoriums Realität. Damit verbunden ist die Hoffnung, dass die Examensvorbereitung wieder an der Universität geschehen kann und dieses Feld nicht mehr den privaten Repetitorien überlassen wird. Die Studierendenschaft hat selbst Konzepte für ein Uni-Repetitorium eingebracht und begrüßt dieses Vorhaben außerordentlich. Das Uni-Repetitorium soll die Lücken schließen, die das neue JAG durch die Abschaffung der Notwendigkeit großer Scheine reißt.

An dieser Stelle sollte jedoch nicht untergehen, dass wir nicht allen Punkten der neuen Studien- und Prüfungsordnung zustimmen. Die Einrichtung eines Schwerpunktgebietes, dessen Endnote sich aus Leistungen zusammensetzt, die bereits für die Zwischenprüfung relevant werden, ist in unseren Augen wenig sinnvoll.

Trotzdem: Die Reform der Juristenausbildung wurde von der Fakultät zu einer Reihe von Neuerungen und Verbesserungen genutzt, von denen mindestens die Einführungswoche für Erstsemester hervorgehoben werden muss. Nachdem die Studierendenschaft bereits jeweils eine Woche vor Vorlesungsbeginn Einführungsveranstaltungen durchführt, haben die Studierenden durch die neu geschaffene Einführungswoche nunmehr die Möglichkeit, Informationsveranstaltungen zu besuchen, die über das Studienorganisatorische hinausgehen und zum Teil nicht nur für Erstsemester von Interesse sind. Insbesondere seien hier die Veranstaltungen zur neuen Studienordnung und der damit eingerichteten Fülle an Schwerpunktbereichen genannt, die auch und gerade für Übergangsemester von großem Wert sind. In der Studierendenschaft besteht die Hoffnung, sich in dieses Angebot integrieren zu können und nicht den falschen Eindruck von miteinander konkurrierenden Veranstaltungen entstehen zu lassen. Denn die beiden Veranstaltungen sind allein von ihrer Zielsetzung her bereits unterschiedlich: Die eintägigen Einführungsveranstaltungen der Studierendenschaft konzentrieren sich auf die Studienorganisation, während die Einführungswoche der Fakultät darüber hinaus allgemeine fachliche Aspekte beleuchtet und so den Einstieg in das juristische Studium erleichtert.

Abschließend sollte positiv herausgestellt werden, dass sich die gesamte Professorenschaft sowohl bei der Umsetzung der Studienreform als auch in zahlreichen anderen Bereichen weit über ihre Pflichten hinaus engagiert. Dafür gebührt ihnen größter Dank und Anerkennung. Das verzerrte Bild des faulen Professors, das uns bisweilen von den Medien vorgespiegelt wird, geht – jedenfalls an unserer Fakultät – an der Realität vorbei.

Ich möchte hiermit schließen und mich recht herzlich für Ihre Aufmerksamkeit bedanken.

**Ehrentafeln der abgeschlossenen Habilitationen**

Wintersemester 2003/2004 – Sommersemester 2004



**DIE RECHTSWISSENSCHAFTLICHE  
FAKULTÄT  
DER UNIVERSITÄT ZU KÖLN**

stellt unter dem Rektorat des Universitätsprofessors für angewandte Mathematik  
Dr. rer. nat. Tassilo Küpper  
und unter dem Dekanat des Universitätsprofessors für Zivilrecht, Zivilprozessrecht mit Freiwilliger  
Gerichtsbarkeit, Arbeitsrecht Dr. Hanns Prütting  
die Lehrbefähigung von

Herrn Dr. iur. Claus Kreß LL.M. aus Köln

für die Fächer

„Strafrecht, Strafprozessrecht, internationales Strafrecht  
und Völkerrecht“

fest, nachdem er in ordnungsgemäßem Habilitationsverfahren durch die Habilitationsschrift

„Schriften zum deutschen Strafrecht sowie zum Völkerstrafrecht  
und internationaler Strafgerichtsbarkeit“

sowie durch Habilitationsvortrag, Kolloquium und studiengangsbezogene Lehrveranstaltung die Be-  
fähigkeit zu selbständiger Forschung und Lehre erwiesen hat.  
Gleichzeitig erteilt ihm die Fakultät insoweit die

**L e h r b e f u g n i s .**

Mit der Verleihung ist das Recht zur Führung der Bezeichnung

**P r i v a t d o z e n t**

verbunden.

Köln, den 27. Mai 2004

Der Dekan

(Siegel)

**DIE RECHTSWISSENSCHAFTLICHE  
FAKULTÄT  
DER UNIVERSITÄT ZU KÖLN**

stellt unter dem Rektorat des Universitätsprofessors für angewandte Mathematik  
Dr. rer. nat. Tassilo Küpper  
und unter dem Dekanat des Universitätsprofessors für Zivilrecht, Zivilprozessrecht mit Freiwilliger  
Gerichtsbarkeit, Arbeitsrecht Dr. Hanns Prütting  
die Lehrbefähigung von

Herrn Dr. iur. Frank Neubacher M. A. aus Koblenz

für die Fächer

„Kriminologie, Jugendrecht, Strafvollzug, Strafrecht und Strafprozessrecht“

fest, nachdem er in ordnungsgemäßem Habilitationsverfahren durch die Habilitationsschrift

„Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit - Politische Ideen- und Dogmengeschichte, kriminalwissenschaftliche Legitimation, strafrechtliche Perspektiven“

sowie durch Habilitationsvortrag, Kolloquium und studiengangsbezogene Lehrveranstaltung die Befähigung zu selbständiger Forschung und Lehre erwiesen hat.  
Gleichzeitig erteilt ihm die Fakultät insoweit die

**L e h r b e f u g n i s .**

Mit der Verleihung ist das Recht zur Führung der Bezeichnung

**P r i v a t d o z e n t**

verbunden.

Köln, den 10. Juli 2003

Der Dekan

(Siegel)

**DIE RECHTSWISSENSCHAFTLICHE  
FAKULTÄT  
DER UNIVERSITÄT ZU KÖLN**

stellt unter dem Rektorat des Universitätsprofessors für angewandte Mathematik  
Dr. rer. nat. Tassilo Küpper  
und unter dem Dekanat des Universitätsprofessors für Zivilrecht, Zivilprozessrecht mit Freiwilliger  
Gerichtbarkeit, Arbeitsrecht Dr. Hanns Prütting  
die Lehrbefähigung von

**Herrn Dr. iur. Andreas Schlüter aus Bielefeld**

für die Fächer

**„Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie  
Rechtsvergleichung“**

fest, nachdem er in ordnungsgemäßem Habilitationsverfahren durch die Habilitationsschrift

**„Stiftungsprivatrecht zwischen Privatautonomie und  
Gemeinwohlbindung.**

**Ein Rechtsvergleich Deutschland, England, Frankreich, Italien und USA“**

sowie durch Habilitationsvortrag, Kolloquium und studiengangsbezogene Lehrveranstaltung die Befähigung zu selbständiger Forschung und Lehre erwiesen hat.  
Gleichzeitig erteilt ihm die Fakultät insoweit die

**L e h r b e f u g n i s .**

Mit der Verleihung ist das Recht zur Führung der Bezeichnung

**P r i v a t d o z e n t**

verbunden.

Köln, den 27. November 2003

Der Dekan

(Siegel)

**DIE RECHTSWISSENSCHAFTLICHE  
FAKULTÄT  
DER UNIVERSITÄT ZU KÖLN**

stellt unter dem Rektorat des Universitätsprofessors für angewandte Mathematik  
Dr. rer. nat. Tassilo Küpper  
und unter dem Dekanat des Universitätsprofessors für Zivilrecht, Zivilprozessrecht mit Freiwilliger  
Gerichtbarkeit, Arbeitsrecht Dr. Hanns Prütting  
die Lehrbefähigung von

Herrn Dr. iur. Hartmut Weyer aus Hanau

für die Fächer

„Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,  
Europarecht“

fest, nachdem er in ordnungsgemäßem Habilitationsverfahren durch die Habilitationsschrift

„Privatautonomie und gesetzliches Verbot – Strukturen der  
Beschränkung privater Rechtsgestaltung“

sowie durch Habilitationsvortrag, Kolloquium und studiengangsbezogene Lehrveranstaltung die Befähigung zu selbständiger Forschung und Lehre erwiesen hat.  
Gleichzeitig erteilt ihm die Fakultät insoweit die

**L e h r b e f u g n i s .**

Mit der Verleihung ist das Recht zur Führung der Bezeichnung

**P r i v a t d o z e n t**

verbunden.

Köln, den 31. Juli 2003

Der Dekan

(Siegel)



## **Die internationalen Kontakte der Universität zu Köln zum „Osten“**

*Angelika Nußberger*

Eigentlich ist es ein Paradox: Obwohl die Universität zu Köln eine der am weitesten westlich gelegenen Universitäten Deutschlands ist, hat sich gerade hier eine lange und fruchtbare Tradition der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem „Osten“ entwickelt. „Osten“ ist dabei in Anführungszeichen zu schreiben, da die eigentlich neutrale geographische Bezeichnung oftmals mit Rückständigkeit und verspäteter Modernität gleichgesetzt wird. Deshalb sehen sich etwa die Polen, die Tschechen oder die Ungarn nach ihrem Selbstverständnis auch als diejenigen, die in der „Mitte“, im Herzen Europas wohnen, keinesfalls im Osten. Und selbst in China spricht man vom „Reich der Mitte“.

Osten oder Nicht-Osten – in jedem Fall sind damit die Regionen gemeint, die sich gegenwärtig, zumindest zum großen Teil, in einer dynamischen Aufbruchphase befinden. Dies gilt für die neuen Mitgliedsstaaten der EU – Estland, Lettland, Litauen, Polen, Ungarn, Tschechien, die Slowakei, Slowenien und Ungarn –, die in knapp 15 Jahren ihre Rechts-, Wirtschafts- und Gesellschaftssysteme so tiefgehend verändert haben, dass man vielleicht nicht nur von einer Transformation, sondern von einer Metamorphose sprechen sollte. Eine Aufbruchsstimmung, gerade im wirtschaftlichen Bereich, ist aber etwa auch in China zu beobachten. Gleichermaßen haben Länder wie Russland und die Ukraine ihren Weg neu definiert, auch wenn wir hier oftmals noch nicht so genau wissen, in welche Richtung die aktuellen Entwicklungen führen werden.

Für die Veränderungen braucht man Orientierungswerte, Zielvorgaben, Modelle. Ein Vergleich zwischen verschiedenen Rechtssystemen, Beratung und Diskussion sind gefordert. Und gerade hier konnte und kann die Juristische Fakultät der Universität zu Köln vieles beitragen. Die Voraussetzungen für eine gute Forschungszusammenarbeit waren zum Teil lange Zeit vor dem Systemumbruch institutionalisiert. So boten etwa das von Boris Meissner gegründete Institut für Ostrecht, das soeben seinen 40. Geburtstag feiert, und das – allerdings bei den Philologen situierte – Ostasiatische Seminar / Moderne Chinastudien mit einer eigenständigen Professur für chinesisches Recht *per se* Ansatzpunkte für wissenschaftlichen Austausch und Zusammenarbeit. Aber auch die Beziehungen etwa zu Japan haben sich über

die Jahre so gefestigt, dass sich die von Kollegen Baumgärtel begonnene Sammlung japanischer Bücher mittlerweile zu einer umfassenden Fachbibliothek entwickelt hat.

In vielen Bereichen hat sich aufgrund der Aktivitäten der Kolleginnen und Kollegen der Juristischen Fakultät zudem ein sehr dichtes und tragfähiges Netz von Einzelverbindungen in den verschiedensten Fachgebieten gebildet. Nur beispielhaft möchte ich auf einzelne Forschungsprojekte hinweisen, so etwa die Frage nach der Rezeption des römischen Rechts in Russland, der Herr Kollege Avenarius nachgeht, die Untersuchung von Jugendkriminalität und ihrer Verarbeitung im Ost-West-Vergleich, mit der sich Herr Kollege Walter beschäftigt, ein von Herrn Kollegen Weigend durchgeführter Rechtsvergleich zwischen dem deutschen und dem chinesischen Strafprozessrecht und die Analyse der Entwicklung des Steuerrechts in verschiedenen mittel- und osteuropäischen Staaten – Projekte von Herrn Kollegen Lang.

Dass der Osten – nochmals in Anführungszeichen geschrieben – nicht mehr der Osten im Sinn einer isolierten, nicht zugänglichen und nicht wirklich verstehbaren Welt ist, zeigt auch, dass Projekte wie die von Herrn Kollegen Tettinger und Herrn Kollegen Stern initiierte Kommentierung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union Wissenschaftler aus Polen, Ungarn und Slowenien mit einbeziehen. Das dritte Kolloquium im Herbst findet denn auch an der Universität Krakau statt, zu der es über Herrn Kollegen Depenheuer intensive wissenschaftliche Kontakte gibt.

Dies alles sind nur Beispiele einer Fülle von Initiativen. Im Jahr 2003 hat die Fakultät ein so genanntes Kompetenzzentrum Ost gegründet, dessen Ziel es ist, ein auch nach außen sichtbares Forum für den Informations- und Erfahrungsaustausch zu schaffen, gemeinsame Ansätze zu bündeln und weiterzuentwickeln. Eine entsprechende homepage ist ausgearbeitet, sie soll als Teil der Rubrik „Internationale Kontakte“ in die homepage des Dekanats integriert werden. Ein weiterer Ausbau des Kompetenzzentrums ist geplant; möglich wäre etwa ein Graduiertenkolleg oder auch eine interdisziplinäre Anbindung. Dabei soll das Kompetenzzentrum aber nicht nur die Aktivitäten der Juristischen Fakultät im Bereich der Forschung erfassen, sondern vielmehr auch die vielseitigen Angebote für die Studierenden und damit den Bereich der Lehre.

Lassen Sie mich auch dazu noch ein paar Worte sagen. Es geht einerseits darum, ausländischen Studierenden das deutsche Recht zu vermitteln. Zugleich aber ist unser Ziel auch, die deutschen Studierenden mit dem Recht der anderen Länder vertraut zu machen und ihnen zu ermöglichen, ins Ausland zu gehen und vor Ort Erfahrung zu sammeln. Die Erasmus-Programme der EU sind dafür ein hervorragend geeigneter Rahmen; wir haben mittlerweile Partnerschaften mit Breslau/Wrocław, Pécs und Gdańsk geschlossen; weitere Partnerschaften mit Bratislava und Krakau sind in Vorbereitung. Zum Wintersemester 2004/2005 werden zum ersten Mal Studierende aus diesen Ländern zu uns kommen und im Austausch Kölner an polnische Universitäten gehen. Für das Programm mit Pécs hat sich im ersten Anlauf leider noch niemand gefunden, aber wir werden uns bemühen, die Werbetrommel noch lauter zu rühren.

Daneben gibt es die vom RIZ betreute Deutsche Rechtsschule in Danzig, die schon zu einer festen Institution geworden ist und in der auch in diesem Jahr wieder 14 Kölner Kollegen in einer Vielzahl verschiedener Rechtsgebiete unterrichtet haben.

Das Institut für Ostrecht hat im Sommersemester zum ersten Mal ein gemeinsames Studentenseminar mit der Russischen Justizakademie durchgeführt. Gemeinsam mit acht Studierenden aus Moskau haben unsere Kölner Studierenden versucht, die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für die Weiterentwicklung der jeweiligen Rechtssysteme zu erfassen und die dazu relevanten Straßburger Entscheidungen zu analysieren. Ein vergleichbares Seminar ist für den Winter mit polnischen Studenten aus Łódź zu Fragen eines europäischen Verfassungsrechts in Vorbereitung.

Aber nicht nur über bereits Bestehendes möchte ich berichten, sondern auch über Geplantes. Lassen Sie mich noch kurz zwei Projekte erwähnen, die gegenwärtig in Vorbereitung sind.

Zum einen haben sich die Universitäten Freiburg, Hamburg, Frankfurt, München und Köln zusammengeschlossen, um eine Deutsche Rechtsschule in Peking zu gründen. Bei den Vertragsverhandlungen dreht es sich nur mehr um die letzten Details, die Grundfragen sind bereits geklärt. Die chinesische Seite hat schon Studenten ausgesucht, die im WS 2004 das zweijährige Studium des deutschen Rechts aufnehmen und dann zum Master für ein Jahr nach Deutschland kommen sollen.

Bei dem zweiten Projekt soll im Rahmen des neuen EU-Programms Erasmus Mundus versucht werden, einen Studiengang „Internationaler Wirtschaftsjurist“ zu schaffen und dabei in einem gemeinsamen Graduiertenprogramm die Universitäten Köln, Paris (Sorbonne I) und Warschau zusammenzuschließen. Noch ist das Zukunftsmusik. Wir alle hoffen aber, dass die Verwirklichung des Projekts dennoch nicht in allzu weiter Ferne steht, denn der DAAD hat bereits ein entsprechendes Förderprogramm aufgelegt. Warum sollte unsere Juristische Fakultät hier nicht Pionier sein? Sie war es schließlich auch in anderer Hinsicht, wenn es um Forschung und Lehre im internationalen Bereich ging. Fraglos lohnt es sich – für die Studierenden wie für die Lehrenden – diesen Weg weiter zu gehen.

## Magister Legum-Absolventen

Wintersemester 2003/2004 – Sommersemester 2004

**Herr Ilias Tsilekas (Griechenland):** „Die Rechtsbehelfe des Käufers wegen Vertragsverletzung durch den Verkäufer nach dem UN-Kaufrecht“  
(Prof. Dr. Grunewald, 10.12.2003)

**Herr Urmas Volens (Estland):** „Die Ansprüche des Eigentümers auf Nutzungen und Schadensersatz im estnischen und deutschen Zivilrecht“  
(Prof. Dr. Brambring, 10.12.2003)

**Frau Diana Tokova (Russland):** „Die Harmonisierung des Rechts der Immobilier- und Mobiliarsicherheiten in der EU. Eurohypothek und Finanzsicherheitenrichtlinie“ (Prof. Dr. Horn, 18.12.2003)

**Herr Francisco Darcia (Costa Rica):** „Minderheitenrechte in Europa: Die Rechtslage in Estland, Slowenien und Ungarn“ (Prof. Dr. Kempen, 20.10.2003)

**Herr Lukasz Ihnatowicz (Polen):** „Rechtsprobleme des Zugangs zu wesentlichen Einrichtungen im europäischen Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung der Urheberrechte“ (Prof. Dr. Baur, 23.01.2004)

**Herr Igor Taccani (Italien)**  
Titel der Arbeit: „Grenzüberschreitende Börsenkooperation auf dem Prüfstand des europäischen Kartellrechts“ (Prof. Dr. Baur, 23.01.2004)

**Frau Rossitsa Dimitrova (Bulgarien):** „Die Rolle Deutschlands im Irak-Krieg vor dem Hintergrund der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik“  
(Prof. Dr. Kempen, 30.03.2004)

**Frau Lenka Kucirkova (Tschechien):** „Mängelhaftung bei dem Reisevertrag“  
(Prof. Dr. Grunewald, 05.04.2004)

**Herr Athanasios Doukas (Griechenland):** „Das Grundrecht auf Achtung der Privatsphäre und seine rechtsvergleichende Analyse im Lichte des deutschen und des griechischen Verfassungsrechts sowie der Europäischen Grundrechtscharta“  
(Prof. Dr. Tettinger, 19.04.2004)

**Frau Roumiana Anastassova-Lozeva (Bulgarien):** „Die rechtlichen Aspekte des Unternehmenskaufs“ (Prof. Dr. Mansel, 21.06.2004)



## Die Rolle des Staates in der Krise eines Unternehmens

(Antrittsvorlesung)

*Ulrich Ebricke*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung und Problemstellung
  - 1. Einleitung
  - 2. Problemstellung
- II. EG-Beihilfenrecht im Überblick
  - 1. Art. 87 EG-Vertrag als Grundnorm
  - 2. Stellung der Kommission und des EuGH zu staatlichen Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen
    - a) Kommission
    - b) EuGH
- III. Die wettbewerblichen Implikationen von Beihilfen im Hinblick auf die Krise von Unternehmen
- IV. Die Leitlinien für Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfen
  - 1. Grundkonzeption
  - 2. Sinn und Zweck der Beihilfen
  - 3. Zum Begriff des Unternehmens in Schwierigkeiten
    - a) Kriterien zur Bestimmung, wann ein Unternehmen in Schwierigkeiten ist
    - b) Kritik an den Kriterien
    - c) Fazit
  - 4. Rettungsbeihilfe für neu gegründete Unternehmen
  - 5. Keine Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfen für Konzerne
- IV. Ergebnis

### I. Einleitung und Problemstellung

#### 1. Einleitung

In einer sich dynamisch verändernden Umwelt müssen Unternehmen ihre Wettbewerbsfähigkeit beweisen. Marktgegebenheiten wechseln und machen eine Anpassung der unternehmerischen Tätigkeit notwendig, wenn das Unternehmen weiterhin erfolgreich auf dem Markt bestehen will. Externe und interne Effekte stellen einen permanenten Handlungsrahmen dar, auf den Unternehmen reagieren, indem sie ihre Strukturen diesen geänderten Rahmenbedingungen in einem dauerhaften Anpassungsprozess anzugleichen versuchen. Voraussetzung für einen erfolgreichen Anpassungsprozess ist, dass ihr bestehendes Wandlungsvermögen groß genug ist, den externen und internen Anpassungsdruck zu absorbieren. Ist dies nicht der Fall, so sind sie gezwungen, neue Handlungsspielräume zu gewinnen, um ihr Wandlungsvermögen zu erhöhen. Die Betriebswirtschaftslehre hat verschiedene Ursa-

chen herausgearbeitet, warum Handlungsspielräume in Unternehmen oft nicht ausreichen, mit dem entstehenden Wandlungsdruck fertig zu werden. Vor allem können Wandlungshemmnisse den Wandlungsprozess so stark behindern, dass der Wandlungsdruck nicht mehr aufgefangen werden kann. Gelingt es den Unternehmen nicht, die notwendigen Handlungsräume zu schaffen, um den geänderten Anforderungen gerecht zu werden, geraten sie in eine Krise, die häufig in der Insolvenz endet.

Die Sanierung bzw. die Umstrukturierung eines Unternehmens beschreibt daher ein Set von Maßnahmen, die im Krisenfall ansetzen, um das Betriebsergebnis des Unternehmens wieder zu stabilisieren. Zu dem Bündel an Maßnahmen, welche von Unternehmen in diesem Zusammenhang ergriffen werden, gehört in erster Linie die Aufbringung von neuem Kapital. Zunächst wird dabei regelmäßig versucht werden, die für erforderlich gehaltene Kapitalhilfe durch eigene Kraft (Eigenkapitalerhöhung der Gesellschaft) oder/und durch Aushandeln mit Privaten (Gläubigern oder neuen Kapitalgebern) zu erreichen. Sind Letztere bereit, dem Unternehmen weitere Mittel zu gewähren, so wird damit regelmäßig das Vertrauen des Marktes in die Substanz und Leistungsfähigkeit dieses Unternehmens ausgedrückt. Stellt das Unternehmen in der Krise fest, dass es auf diesen beiden Wegen nicht zu einer Aufbringung von Kapital gelangen kann, wendet sich der Blick oftmals auf die helfende Hand des Staates.

Der Staat hat diese helfende Hand in der Vergangenheit meist nicht zurückgezogen und Hilfe angeboten. Er tut dies heute, wenngleich aufgrund verminderter Haushaltsmittel in einem vergleichsweise kleinerem Maße, weiterhin, weil er mit der Intervention eigenständige politische Ziele verfolgt. Diese Ziele sind in der Regel industrie-, beschäftigungs- oder regionalpolitisch motiviert. Der Staat hat bei seiner Hilfestellung verschiedene Möglichkeiten, in der Krise eines Unternehmens tätig zu werden. Üblicherweise stellt er Bürgschaften für weitere Kredite, die das Unternehmen ansonsten auf dem Kapitalmarkt nicht erhalten würde. In vielen Fällen, insbesondere in Ostdeutschland, hat der Staat durch seine Stellen den Unternehmen auch direkt Kapital zur Verfügung gestellt. Denkbar sind ferner auch Steuer- oder Abgabenerleichterungen, oder der Staat übernimmt eine Gesellschafterstellung in der krisenbetroffenen Gesellschaft und gibt dann als Gesellschafter Eigenkapital.



## *2. Problemstellung*

Mit den staatlichen Eingriffen in der Krise von Unternehmen verwirklicht sich eine Vorstellung, die das Primat der Politik „gegenüber ökonomischen Erfordernissen“ befürwortet. Es wird insoweit vertreten, dass staatliche Interventionen notwendig seien als Ergänzung von betriebswirtschaftlichen durch volkswirtschaftliche Kostenrechnungen, insbesondere im Hinblick auf den Wegfall von Arbeitsplätzen. Anders ausgedrückt sollen Folgekosten der Krise eines Unternehmens für vor- und nachgelagerte Unternehmen, für den regionalen Arbeitsmarkt und für die öffentlichen Haushalte (Steuerausfall) berücksichtigt werden. Der Staat müsse dann eingreifen, wenn zu befürchten sei, dass in einem Insolvenzfall mit erheblichen „volkswirtschaftlichen Kosten“ zu rechnen ist, wie etwa wegen des Wegfalls zahlreicher Arbeitsplätze im Falle der Stilllegung oder der Gefährdung von ganzen Branchen.

Bei Licht besehen, sind diese beiden Motivationen für staatliche Eingriffe inhaltlich allerdings ganz unterschiedlich. Regelmäßig geht es bei den staatlichen Interventionen nämlich nicht um eine breit angelegte Strukturpolitik, sondern vielmehr nur um ein punktuelles Vorgehen in Einzelfällen, d.h. die Rettung eines Unternehmens. Paradebeispiel - das übrigens (leider!) auch als Anschauungsmaterial, wie man es nicht machen soll, in Brüssel bei der Kommission dient - ist die „Rettungsaktion“ für den Philip Holzmann-Konzern. Der punktuelle Rettungseinsatz des Staates kann zu einer besonderen, wettbewerbstheoretisch hochinteressanten Folge kommen, wenn es sich bei dem Unternehmen in der Krise um ein Unternehmen handelt, dessen Branche sich in einer Strukturkrise befindet, die nur durch Schrumpfung bereinigt werden kann: Wenn in diesem Fall ein insolventes Unternehmen aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht mehr fortführungswürdig ist, trotzdem aber durch staatlichen Eingriff bestehen bleibt, wird der durch Überkapazitäten bedingte Wettbewerbsdruck für die anderen Unternehmen der Branche nicht gemildert. Dies kann dazu führen, dass nun ein anderes Unternehmen ausscheidet, entweder weil es auch insolvent wird, oder weil seine Eigentümer sich freiwillig zum Rückzug aus diesem Markt entschließen. Die staatliche Unterstützung des Unternehmens in der Krise führt zumindest tendenziell dazu, dass nicht der Grenzanbieter, also das Unternehmen mit den höchsten Kosten und dem am wenigsten der Nachfrage entsprechenden Angebot, ausscheiden muss, sondern ein anderes, das sich bei unverzerrtem Wettbewerb wegen besserer Leistung hätte halten können.

Diesen und weiteren wettbewerbswidrigen Folgen stehen aber – wie bereits angedeutet – politische Erwägungen entgegen, wie die Rettung eines Wirtschaftszweigs oder die Aufrechterhaltung von Wettbewerbsdruck in einem Markt, in dem es keine Strukturkrise gibt, sowie andere wirtschaftspolitische oder sozialpolitische Motive, die in einer rechtlichen Betrachtung nicht ausgeblendet werden können. Der somit aufgerissene Problembereich wird in vielen Einzelheiten bislang hauptsächlich in der Wirtschaftswissenschaft diskutiert. Rechtliche Ansätze zur Bewältigung dieses Problems sind bislang immer nur in Detailfragen erfolgt. Eine konzeptionelle Arbeit, die sowohl insolvenzrechtliche, wettbewerbsrechtliche und zivilrechtliche Aspekte mit wirtschaftswissenschaftlichen Erkenntnissen verbindet, fehlt. Auch an dieser Stelle ist es nicht möglich, den Bereich der rechtlichen Beurteilung der Rolle des Staates in der Krise eines Unternehmens unter Berücksichtigung der betriebswirtschaftlichen Folgen ganz zu beschreiben. Vielmehr soll hier lediglich dargelegt werden, welche Grenzen das europäische Wettbewerbsrecht, insbesondere das Beihilferecht, für die Einflussnahme des Staates in der Krise eines Unternehmens zieht. Dazu wird die Untersuchung in drei Schritten vorgenommen: Nach einer kurzen Skizze des Instrumentariums, das das EG-Recht zur Verfügung stellt, um staatliche Maßnahmen in der Krise eines Unternehmens zu kontrollieren und ggf. zu sanktionieren, wird etwas ausführlicher auf die wettbewerblichen Implikationen von Beihilfen im Hinblick auf die Krise eines Unternehmens eingegangen werden. Darauf aufbauend soll dann anhand ausgewählter Einzelheiten der jüngste Ansatz der Kommission zur Behandlung staatlichen Engagements in der Krise von Unternehmen dargestellt werden.

## **II. EG-Beihilfenrecht im Überblick**

### *1. Art. 87 EG-Vertrag als Grundnorm*

Nach Art. 87 Abs. 1 sind staatliche Beihilfen an Unternehmen oder an Unternehmenszweige grundsätzlich verboten. Unter Beihilfen versteht man dabei grob gefasst alle Formen der mittelbaren oder unmittelbaren Zuwendungen aus den Mitteln des Staates an ein bestimmtes Unternehmen oder an einen bestimmten Unternehmenszweig. Voraussetzung ist, dass der Vorteil für das Unternehmen, gleichsam als Kehrseite der Medaille, zu einer Belastung von öffentlichen Haushalten führt. Eine solche Belastung liegt zum Beispiel dort nicht vor, wo der Staat durch Regelungen zwingend vorgibt, dass die betroffenen Akteure untereinander einen Belastungsausgleich treffen und damit Maßnahmen ergreifen, die sich für ein oder

für eine Gruppe von Unternehmen sich wie eine Beihilfe auswirkt. Dort, wo ein Staat sich einem Unternehmen gegenüber wie ein Privater verhält, liegt eine Beihilfe nur dann vor, wenn er sich bei seinem Tun nicht so verhalten hat, wie es ein privater Investor in derselben Situation auch getan hätte (private investor test).

Liegt tatbestandsmäßig eine Beihilfe vor, so kann diese gem. Art. 87 Abs. 2 EG-Vertrag gerechtfertigt sein oder nach den Vorgaben des Art. 87 Abs. 3 EG-Vertrag gerechtfertigt werden. Die Beihilfen unterliegen dabei einem Notifizierungsverfahren bei der Kommission, in dem entschieden wird, ob die Beihilfen ausnahmsweise als mit dem EG-Recht vereinbar gelten können oder ob sie EG-rechtswidrig sind.

Sind Beihilfen EG-rechtswidrig, müssen sie vom Staat unter (fast) allen Umständen vom Empfänger zurückgefordert werden. Eine rechtliche Unmöglichkeit der Rückforderung ist vom EuGH nicht anerkannt worden. Die einzige Grenze der Rückforderung ist die tatsächliche Unmöglichkeit, also die Insolvenz des Empfängers. Kein Hinderungsgrund für die Rückforderung ist jedoch der Umstand, dass die Rückforderung den Empfänger in die Insolvenz treiben würde.

## *2. Stellung der Kommission und des EuGH zu staatlichen Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen*

### *a) Kommission*

Die Kommission hat die politische Bedeutung von staatlichen Hilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten nie verkannt. Sie sieht sich nur vor der Schwierigkeit, derartige Eingriffe in den Markt so zu kanalisieren, dass die Ziele der Schaffung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs nicht aus den Augen verloren werden. Es geht aus Sicht der Kommission also um die Gratwanderung zwischen der Zulassung eines wettbewerblichen Giftes, ohne dass (erhebliche) „Vergiftungserscheinungen“ auf dem Binnenmarkt auftreten sind. Sie hat erstmals 1979 ihre Politik gegenüber staatlichen Beihilfen für die Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in der Krise in Form von Leitlinien veröffentlicht. Damit wollte die Kommission eine einheitliche Beurteilung der bei ihr angemeldeten Verfahren und damit Rechtssicherheit schaffen. Diese Leitlinien wurden von der Kommission in ihrer Anwendungspraxis stets verfeinert. Die derzeit geltenden Leitlinien von 1999 treten zum 9. Oktober 2004 außer Kraft. Mittlerweile ist ein Vorschlag für neue Leitlinien veröffentlicht worden, die die derzeitigen Leit-

linien ersetzen sollen. Sie lehnen sich zwar dem Grundsatz nach an die früheren Leitlinien an, doch finden gewisse Änderungen und Klarstellungen statt.

b) EuGH

Der EuGH hat sich bislang noch nicht ausdrücklich mit den bisherigen Leitlinien für Sanierungsbeihilfen auseinander gesetzt. Dies liegt im Wesentlichen freilich darin begründet, dass die Leitlinien als interne Handlungsanweisung der Kommission nicht zur direkten Überprüfung zum EuGH gelangen. Dies weist allerdings auf ein weiteres, hier nur anzudeutendes Problem hin. Die Kommission tendiert nämlich in jüngster Zeit, insbesondere auch im Bereich des Energierechts dazu, ihre Vorgaben durch Leitlinien zu präzisieren. Diese Leitlinien haben anerkanntermaßen zwar keine formale rechtliche Bindungswirkung, doch kommt ihnen eine ganz wesentliche faktische Bindungswirkung zu, die für die Praxis nicht mehr von einer rechtlichen zu unterscheiden ist. Gleichwohl handelt es sich bei Leitlinien nicht um Rechtsakte i.S. des Art. 249 EG-Vertrag, so dass keine Möglichkeit besteht, gegen Leitlinien der Kommission vor dem Europäischen Gerichtshof zu klagen. Aufgrund der erheblichen Bedeutung der Leitlinien stellt dies allerdings ein Defizit dar, das einer genaueren wissenschaftlichen Untersuchung bedarf.

### **III. Die wettbewerblichen Implikationen von Beihilfen im Hinblick auf die Krise von Unternehmen**

Die Kommission stellt in ihrem Vorschlag zu den neuen Leitlinien fest, dass das Ausscheiden leistungsschwacher Unternehmen ein normaler Vorgang am Markt sei. Das ist richtig! Es dürfe – so die Kommission – nicht zur Regel werden, dass ein Unternehmen, das in Schwierigkeiten geraten ist, vom Staat gerettet wird. Die Kommission konstatiert, dass die umstrittensten Beihilfefälle der Vergangenheit Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen betrafen, die den Wettbewerb am stärksten verzerrten – damit spielt sie auf den Holzmann-Fall und auf einige französische Fälle an.

Dieser Befund weist bereits auf den Grundkonflikt in der Kontrolle von Sanierungsbeihilfen hin: Eine Krise des Unternehmens und die Fähigkeit, diese Krise zu überwinden, zeigen die ökonomischen Fähigkeiten des betreffenden Akteurs. Gelingt die Krisenbewältigung nicht, so greift das Insolvenzverfahren als wesentliches Element der Anpassung an die Marktgegebenheiten ein. Anders ausgedrückt hat

das Insolvenzverfahren die Funktion, innerhalb einer freien Wettbewerbsordnung, auf einem Markt als Verfahren zur Ausscheidung wirtschaftlich nicht lebensfähiger Unternehmen zu dienen. Dabei bedingt das Ausscheiden aus dem Markt prinzipiell lediglich eine Umordnung der auf einem Markt vorhandenen Mittel. Es wird damit letztlich nicht die Substanz, sondern nur die Organisation verändert, namentlich die spezifische Kombination, in der in dem Unternehmen die Faktoren Kapital und Arbeit nach Art und Menge zusammengebracht waren. Daher kann der Platz des ausscheidenden Marktteilnehmers nunmehr grundsätzlich von den anderen Akteuren auf dem Markt oder von Newcomern eingenommen werden, soweit das Ausscheiden aus dem Markt nicht darauf beruht, dass es eine dauerhafte Reduzierung der Nachfrage bzw. keine Nachfrager mehr gab.

Die durch das Ausscheiden von Akteuren bedingte Verminderung der Anzahl und das Schicksal der einzelnen handelnden Unternehmen auf dem Markt ist so lange wettbewerblich irrelevant, wie dadurch nicht der Markt selbst etwa aufgrund eines tief greifenden Strukturwandels seine wesentlichen Eigenschaften ändert. Demgemäß sind Rettungsmaßnahmen durch staatliche Beihilfen prinzipiell Eingriffe in den im Wettbewerbsprinzip angelegten Auslesevorgang und damit von der Kommission als Verfälschung des Wettbewerbs zu verhindern.

Abweichend wird dies indes von denjenigen gesehen, die die Einordnung des Konkurses in die Marktzusammenhänge anders vornehmen und insbesondere die Reinigungsfunktion des Konkurses für den Markt in Abrede stellen oder jedenfalls relativieren. Diese Gegenposition sieht den Austritt eines Unternehmens aus dem Markt durch Konkurs als „Wertvernichter schlimmster Art“. Sie rückt die Störungen und Verluste in den Vordergrund, die bei der Zwangsliquidation eines Unternehmens den Gläubigern, den Arbeitnehmern, den Zulieferern und Abnehmern, aber auch dem weiteren regionalen und nationalen Wirtschaftsleben entstehen. Diesem Ansatz ist immanent, es als Aufgabe des Staates zu sehen, korrigierend und regulierend in die Marktabläufe einzugreifen, selbst wenn sich der Staat für den Markt als zentrales volkswirtschaftliches Steuerungselement entschieden hat. Vor diesem Hintergrund sind Interventionen des Staates zur Abwendung der Krise zulässig und können sogar geboten sein.

Eine solche Auffassung ist jedoch auf kurzfristige und nur punktuell wirkende Effekte auf dem Markt ausgerichtet, die allerdings schon mittelfristig von maßgeblichen negativen Folgewirkungen überlagert werden. Sie führt nämlich dazu, dass der Wettbewerb als Zwang zur Verbesserung der eigenen Leistung ersetzt würde durch

einen Wettkampf der Marktmacht eines Unternehmens gegen die Finanzkraft des staatlich subventionierten Konkurrenten. Das hätte unter anderem zur Folge, dass bei derartigen staatlichen Eingriffen nicht die gleichen Innovationsschübe entstünden, wie sie durch die Initiative der Unternehmen bei einem Wettbewerb ohne entsprechendem staatlichen Eingriff zu erwarten wären, was alsbald zu einer Paralyse der Marktkräfte mit erheblichen negativen Folgen für die Volkswirtschaft führen würde.

Wenngleich daher die pauschale Bejahung staatlichen Engagements durch eine gezielte Unterstützung von Unternehmen in der Krise abzulehnen ist, so bedeutet dies nicht, dass nicht möglicherweise unter bestimmten Umständen Beihilfen zur Sanierung von Unternehmen durchaus auch positive Effekte für den Wettbewerb haben könnten, so dass sie vom Markt hinzunehmen wären. Damit soll keinesfalls gesagt werden, dass es gute oder schlechte Beihilfen gäbe. Mit der durch das Eingreifen des Staates unterstützten erfolgreichen Sanierung des Unternehmens könnte nämlich erreicht werden, dass sich die Anzahl der Wettbewerber auf einen Markt nicht verringert, so dass der Wettbewerbsdruck auf dem betreffenden Markt erhalten bleibt. Damit können Sanierungsbeihilfen insbesondere auch dazu beitragen, eine mögliche Monopolisierung oder Oligopolisierung eines Marktes zu verhindern, oder strukturelle Defizite eines Marktes auszugleichen und insoweit einen Beitrag zur Aufrechterhaltung des Wettbewerbsniveaus zu leisten. Zudem sind durch staatliche Sanierungsbeihilfen auch andere kurzfristige positive Effekte denkbar, die dann auf Dauer ebenfalls vorteilhafte Wirkungen für den Wettbewerb entfalten können. Zu denken ist insbesondere an die so genannten Initialeffekte auf dem Markt.

Vor diesem Hintergrund ist zu fordern, dass die Vergabe von Beihilfen durch Mitgliedstaaten durch das EG-Recht so gesteuert wird, dass die Eingriffe in den Markt durch die Zurverfügungstellung von Beihilfen nur insoweit erfolgen darf, wie damit einhergehende Verzerrungen durch positive Folgeeffekte der Beihilfe für die Marktgegebenheiten aufgewogen werden können.

#### **IV. Die Leitlinien für Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfen**

##### *1. Grundkonzeption*

Der Entwurf der neuen Leitlinien, die abweichend zu früher nicht mehr Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen, sondern Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfen heißen, sieht folgende konzeptionelle Eckpunkte vor:

- Der Fokus der Leitlinien bezieht sich auf große Unternehmen, die ihren Handel europaweit ausgerichtet haben, weil derartige Unternehmen üblicherweise große Marktanteile haben und eine staatliche Unterstützung zu einer erheblichen Beeinträchtigung von Wettbewerb und Handel führt. Im Gegensatz dazu ist bei kleinen und mittleren Unternehmen die Auswirkung von staatlicher Hilfe auf den Markt nicht so spürbar, so dass die Kommission insoweit Beihilfen grundsätzlich etwas weniger ablehnend gegenübersteht.
- Die Sofortbeihilfe soll ebenso wie die Umstrukturierungsbeihilfe nach dem „one time - last time“ Prinzip verteilt werden.
- Um sicherzugehen, dass die Sofortbeihilfe nur auf kurzzeitliche finanzielle Hilfe beschränkt bleibt, muss ein verständlicher Restrukturierungsplan vorgelegt werden, damit eine derartige Beihilfe genehmigt werden kann.
- Es ist zu gewährleisten, dass ein bedeutender Anteil der Restrukturierungskosten von dem Unternehmen in der Krise selbst oder von privaten Investoren getragen wird.
- Es muss deutlich gemacht werden, dass die Beendigung von langfristig Verlust tragenden Aktivitäten nicht aufgerechnet werden kann mit Kapazitätsvermindierungen, welche als Kompensationsmaßnahme für notwendig angesehen werden, um den Wettbewerb zu schützen.
- Es muss sichergestellt sein, dass die Restrukturierungsbeihilfe niemals herangezogen werden kann, um ein Unternehmen künstlich auf einem Markt zu halten, welches eine chronische strukturelle Überkapazität hat.

##### *2. Sinn und Zweck der Beihilfen*

In den Leitlinien von 1999 wird noch zwischen Rettungsbeihilfen und Umstrukturierungsbeihilfen unterschieden: Rettungsbeihilfen haben danach vorübergehenden Charakter und sollen die Weiterführung eines Unternehmens in Schwierigkeiten so lange ermöglichen, wie dies zur Aufstellung eines Umstrukturierungs- oder Liquidationsplans notwendig ist. In dieser Phase darf normalerweise keine Umstrukturi-

rierung vorgenommen werden. Diese strenge Trennung von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen ist jedoch nicht unproblematisch. Unternehmen, die sich in finanziellen Schwierigkeiten befinden, sind unter Umständen bereits in der Rettungsphase gezwungen, rasche strukturelle Maßnahmen zu ergreifen, um eine Verschlechterung der Finanzlage zu verhindern oder zumindest zu begrenzen. Deshalb wird in den neuen Leitlinien der Begriff der Sofortbeihilfe eingeführt. Die Sofortbeihilfe verfolgt denselben Zweck wie eine Rettungsbeihilfe, ermöglicht den Begünstigten aber, sofort Maßnahmen auch struktureller Art zu ergreifen, wie z.B. die sofortige Schließung einer Zweigniederlassung oder den Rückzug aus defizitären Tätigkeitsbereichen in anderer Form. Was Umstrukturierungsbeihilfen anbelangt, wird auch in den neuen Leitlinien ein substantieller Beitrag des Beihilfeempfängers zur Umstrukturierung gefordert. Es wird deutlicher als bisher herausgestellt, dass diese Eigenleistung konkret sein muss und kein Beihilfeelement enthalten darf. Die Eigenleistung des Beihilfeempfängers dient dabei einem doppelten Zweck: Zum einen wird daran sichtbar, dass die Märkte, nämlich Gesellschafter und Gläubiger, davon überzeugt sind, dass sich die Rentabilität des Unternehmens innerhalb einer angemessenen Frist wieder herstellen lässt, und zum anderen wird auf diese Weise sichergestellt, dass sich die Umstrukturierungsbeihilfe auf das zur Wiederherstellung der Rentabilität erforderliche Minimum beschränkt, ohne den Wettbewerb zu verzerren. Um die Auswirkungen auf die Wettbewerber auf ein Mindestmaß zu begrenzen, verlangt die Kommission überdies von allen Begünstigten einer Umstrukturierungsbeihilfe eine Gegenleistung in Form von Ausgleichsmaßnahmen.

### *3. Zum Begriff des Unternehmens in Schwierigkeiten*

Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfen können nur für Unternehmen in Schwierigkeiten gewährt werden. Das Unternehmen in Schwierigkeiten entpuppt sich damit als zentraler Begriff.

#### a) Kriterien zur Bestimmungen, wann ein Unternehmen in Schwierigkeiten ist

Eine gemeinschaftsrechtliche Bestimmung des Begriffs von Unternehmen in Schwierigkeiten gibt es nicht. Die Kommission geht in ihren Leitlinien allerdings davon aus, dass sich ein Unternehmen im Sinne dieser Leitlinien in Schwierigkeiten befindet, wenn es nicht in der Lage ist, mit eigenen finanziellen Mitteln oder Fremdmitteln, die ihm vom Eigentümer oder von Gläubigern zur Verfügung gestellt werden, Verluste einzudämmen, die das Unternehmen auf kurze oder mittlere



Sicht so gut wie sicher in den wirtschaftlichen Untergang treiben werden, wenn nicht der Staat eingreift. Zu den typischen Symptomen eines Unternehmens in Schwierigkeiten gehören danach u.a. steigende Verluste, sinkende Umsätze, wachsende Lagerbestände, Überkapazitäten, verminderter Cashflow, zunehmende Verschuldung und Zinsbelastung sowie Abnahme oder Verlust des Reinvermögens. Diese von der Kommission vorgenommene dynamische Begriffsbestimmung wird ergänzt durch eine statische Begriffsfassung in Form von Regelbeispielen, wann Unternehmen unabhängig von der Größe sich in Schwierigkeiten befinden. Auf jeden Fall ist ein Unternehmen in Schwierigkeiten, wenn bereits ein Insolvenzverfahren nach innerstaatlichem Recht eingeleitet worden ist. Ferner geht die Kommission von Schwierigkeiten aus, wenn z.B. bei einer GmbH mehr als die Hälfte des gezeichneten Kapitals „verschwunden“ ist und mehr als ein Viertel dieses Kapitals während der letzten 12 Monate verloren gegangen ist.

b) Kritik an den Kriterien

So begrüßenswert es ist, dass sich die Kommission in ihren neuen Leitlinien bemüht, Kriterien zusammenzustellen, ab wann eine Beihilfe für eine Unternehmensanierung als mit dem gemeinsamen Markt vereinbar angesehen werden kann, so unsicher sind doch die Kriterien als solche:

Die Zeitpunkte, zu denen der statischen Begriffsfassung nach dem Unternehmen in der Krise staatliche Beihilfe genehmigt werden kann, entsprechen weitgehend den Zeitpunkten, zu welchen nach deutschem Recht regelmäßig gemäß §§ 17-19 InsO ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt werden muss oder andere Maßnahmen (z.B. Informationspflichten gegenüber den Gesellschaftern) eingeleitet werden müssen. Im Rahmen der Möglichkeiten, die dann das Insolvenzverfahren der Sanierung offen hält, sind die Bedingungen für eine Sanierung bzw. Umstrukturierung andere als bei einer Sanierung außerhalb des Insolvenzverfahrens. Die möglicherweise für den Markt positiven Effekte einer Umstrukturierung des Unternehmens sind im Insolvenzverfahren zunächst einmal praktisch ohne Bedeutung. Insoweit haben nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Beihilfen aus Sicht des Staates regelmäßig keine Legitimation mehr und kommen daher praktisch nicht in Betracht. Die Konsequenzen aus dieser engen Bestimmung der Adressaten von Sanierungsbeihilfen gemäß dem statischen Ansatz in den Leitlinien führen im Ergebnis also dazu, dass es insoweit für Sanierungsbeihilfen des Staates keine Grundlage mehr gibt.

Unabhängig davon stellt sich auch im Hinblick auf die dynamische Begriffsfassung die Frage, ob nicht möglicherweise der richtige Zeitpunkt für Sanierungsbemühungen, in denen die Beihilfen einen positiven Effekt für den Markt haben können, viel früher liegt. Die Frage nach dem richtigen Zeitpunkt für interne oder externe Bemühungen um die Sanierung eines Unternehmens wird vornehmlich in der Betriebswirtschaftslehre diskutiert. Die juristische Diskussion setzt häufig an formal gefassten normativen Begriffen an, meist aber ohne dabei die Erkenntnisse der Ökonomie hinreichend zu beachten. Juristisch wird die Sanierung eines Unternehmens, wie z.B. auch besonderer Obliegenheiten und Pflichten von Gesellschaftern und Geschäftsleitern, regelmäßig in den Zusammenhang mit der Krise eines Unternehmens gestellt. Der Begriff der Krise und der Zeitpunkt, ab dem man von einer Krise des Unternehmens sprechen kann, wird von den Gerichten zwar grundsätzlich als justiziabel betrachtet, doch korrespondieren die oftmals scheinbar klar konturierten Kriterien der Rechtswissenschaft nicht mit den Erkenntnissen der Betriebswirtschaftslehre, die sich ihrerseits allerdings auch schwer tut, einhellige und klare Begriffsbestimmungen der Krise eines Unternehmens zu formulieren. Der Grund dafür liegt darin, dass es aufgrund der mannigfaltigen Krisenerscheinungen und deren jeweils unterschiedlichen Ausprägungen im Einzelfall sowie der indifferenten subjektiven Wahrnehmung von Krisen von vornherein ausgeschlossen ist, betriebswirtschaftlich ganz exakte Begriffsbestimmungen zu liefern. Es lässt sich - legt man die Erkenntnisse der Betriebswirtschaft zugrunde - folglich keine positive Aussage darüber treffen, wann der Zeitpunkt gegeben ist, an dem die Rettung eines Unternehmens durch Sanierung der Wahrscheinlichkeit nach gelingen wird. Allerdings kann negativ festgestellt werden, dass, je weiter fortgeschritten das Unternehmen in den bestimmten Krisenphasen ist, desto geringer sind die Möglichkeiten, einen Handlungsrahmen für operative Sanierungsmaßnahmen zu entwickeln, durch die das Leistungspotenzial wieder aufgebaut und eine existenzhaltende Rentabilität erreicht werden kann.

Vor diesem Hintergrund besteht die Befürchtung, dass die Sanierungsbeihilfen zu einem Moment gewährt werden, an dem betriebswirtschaftlich gesehen die Krise schon so weit fortgeschritten ist, dass eine Rettung des Unternehmens kaum mehr wahrscheinlich ist. Erlauben Sie mir bitte an dieser Stelle den Hinweis, dass wir ganz ähnliche Probleme im deutschen Gesellschaftsrecht haben. So bezweckt zwar beispielsweise § 64 Abs. 1 GmbHG die „rechtzeitige“ Stellung des Antrags, um die betreffende GmbH aus dem Wirtschaftsgeschehen zu isolieren und potentielle Gläubiger nicht zu gefährden, doch ist diese Vorschrift - dem wörtlichen Verständnis nach - inkompatibel mit den Ansätzen der Insolvenzordnung, frühzeitig

ein Insolvenzverfahren zu eröffnen, damit die Sanierungschancen möglichst hoch sind. Denn der zu diesem Zwecke geschaffene Antragsgrund der „drohenden Überschuldung“ in § 18 InsO unterfällt nicht der Verpflichtung des Geschäftsführers nach § 64 Abs. 1 GmbHG.

c) Fazit

Es lässt sich also festhalten, dass es zwar eine hinreichende Begriffsbestimmung des Adressaten für Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfen gibt, dass dieser Begriff aber die Gefahr beinhaltet, kontraproduktiv zum Zweck, der mit der Beihilfe verfolgt wird, zu wirken.

#### *4. Rettungsbeihilfe für neu gegründete Unternehmen*

Die Konsequenz des Ansatzes der neuen Leitlinien für die Beschreibung des Adressatenkreises besteht darin, dass für neu gegründete Unternehmen weder eine Sofort- noch eine Umstrukturierungsbeihilfe gewährt werden kann. Das gilt auch dann nicht, wenn die anfängliche Finanzsituation prekär ist.

Ein neu gegründetes Unternehmen liegt auch dann vor, wenn dieses aus der Abwicklung oder der Übernahme der Vermögenswerte eines anderen Unternehmens hervorgegangen ist. Dies war bislang im Hinblick auf den Aufbau in Ostdeutschland noch anders gehandhabt worden. Die Konsequenzen dieses Schwenks für die Insolvenzverwaltung in den neuen Bundesländern sind erheblich. Bislang war nämlich nicht selten zu beobachten, dass durch eine Auffanglösung, der vom Staat Beihilfen zugesprochen wurden, einige insolvente Unternehmen erfolgreich saniert werden konnten. Dies wird in Zukunft wegfallen, und es besteht die Befürchtung, dass sich dies erheblich auf die Marktstruktur in den neuen Bundesländern auswirken wird.

Fraglich war bislang, bis wann ein Unternehmen als neu gegründet gelten konnte. Nach allgemeinen betriebswirtschaftlichen Erwägungen geht man davon aus, dass sich die Gründungsphase abstrakt wie folgt abgrenzen lässt: In die Gründungsphase fällt der Aufbau einer selbstständigen Unternehmung und die Errichtung von Betriebsstätten. Ergänzt wird diese Phase durch eine Festigungsphase, in der sich die Unternehmung konsolidiert. Diese Festigungsphase ist zwar grundsätzlich Einzelfall bezogen festzulegen, doch umfasst sie in der Regel den Zeitraum von 3 bis 5

Jahren nach der Existenzgründung. Vor diesem Hintergrund diskutiert die Kommission nun, ob der Zeitpunkt für die Annahme einer neu gegründeten Unternehmung 5 Jahre betragen soll. Zum Teil wird vertreten, dass der Zeitraum von 5 Jahren zu lang gewählt sei und dass schon nach 3 Jahren die ersten Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfen gegeben werden können müssten. Vor dem Hintergrund einer restriktiven Praxis wird man aber davon auszugehen haben, dass die Kommission eine Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfe erst nach Ablauf von 5 Jahren nach der Gründung zulassen wird.

#### *5. Keine Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfen für Konzerne*

Besonderheiten gelten hinsichtlich staatlicher Hilfen in der Krise von konzernverbundenen Unternehmen. Eine Gesellschaft, die einem Konzern angehört, kann allenfalls Sofort- oder Umstrukturierungsbeihilfen bekommen, wenn es sich nachweislich um originäre Schwierigkeiten des betreffenden Unternehmens selbst handelt und diese nicht auf eine willkürliche Kostenverteilung innerhalb der Gruppe zurückzuführen ist. Außerdem müssen diese Schwierigkeiten gravierend sein, um von der Gruppe selbst bewältigt werden zu können. Dahinter steht die Vorstellung, dass allein spezifische Schwierigkeiten eines Unternehmens (das im Prinzip als selbstständig gedacht wird) eine Beihilfe rechtfertigen könnte. Diese kann aber immer nur subsidiär sein, verglichen mit den Möglichkeiten, die der Konzern als solcher hat, dass Unternehmen umzustrukturieren. Diese Ausnahmenvorschrift ist für die Praxis von erheblicher Bedeutung, weil eine Vielzahl von Unternehmen in Konzernstrukturen eingebettet ist und daher unter die Leitlinien nur unter extrem erschwerten Bedingungen fällt.

Genau betrachtet ist auch dieser Regelungsbereich in den Leitlinien nur unzureichend genau ausgestaltet. Es bleibt nämlich vor allem offen, was unter dem zentralen Begriff eines Konzerns zu verstehen ist. Sicher ist nur, dass er EG-rechtsautonom – also funktional – zu verstehen ist. Darüber hinaus macht die Leitlinie auch nicht deutlich, was die spezifischen Schwierigkeiten des betreffenden Unternehmens sind. Soweit die Leitlinie auf die willkürliche Kostenverteilung zwischen den einzelnen Konzerngesellschaften im Rahmen eines Konzerns abstellt, ist dies für die Praxis nicht besonders hilfreich, weil völlig offen bleibt, was eine willkürliche Kostenverteilung sein soll. Denkbar könnte sein, dass dieser Begriff entsprechend dem deutschen Verständnis als eine Vermögensvermischung zu verstehen ist.

Diese Konzernausnahme dürfte – unabhängig von den Schwierigkeiten in der begrifflichen Fassung – in der Praxis dazu führen, dass konzernverbundene Unternehmen nicht in den Genuss von staatlichen Hilfen in der Krise kommen werden.

#### **IV. Ergebnis**

Der Entwurf der neuesten Leitlinie in der Kommission zu Sofort- und Umstrukturierungsbeihilfen hat wiederum erhebliche Bedeutung. Er macht die Politik der Kommission zur Kontrolle bzw. Genehmigung derartiger Beihilfen für den Verkehr transparent und vorhersehbar. Im Wesentlichen entsprechen die Leitlinien den früheren Leitlinien und sind inhaltlich überzeugend. Die wichtigsten Kritikpunkte sind zum Teil aufgenommen, doch nicht immer befriedigend gelöst worden. Die Frage, ob die Sanierungsbeihilfen nicht zu spät eingreifen, ist immer noch nicht beantwortet. Die Problematik der Beihilfen an neu gegründete Unternehmen im Hinblick auf die Auffanglösung ist nunmehr geklärt, wenngleich dies sicherlich nicht zur Freude der deutschen Insolvenzverwalter und der Lage der Unternehmen im Osten Deutschlands geschehen ist. Aus wettbewerblicher Sicht hat die Kommission allerdings konsequent gehandelt. Die Frage des Konzerns ist nach wie vor unklar und stellt einen erheblichen Mangel in den Leitlinien dar. Hauptkritikpunkt an den Leitlinien bleibt, dass der Zeitpunkt für die Genehmigung von Sanierungsbeihilfen regelmäßig viel zu spät liegt, als dass mit der Beihilfe das Unternehmen noch nachhaltig wieder auf den Markt zurückgeführt werden könnte. Ein früherer Zeitpunkt kollidiert aber regelmäßig mit den Möglichkeiten des Unternehmens, dann noch aus eigener Kraft mit Unterstützung des Marktes, d.h. gerade ohne staatliche Hilfe, das notwendige Wandlungspotential zu schaffen, um die Krise zu überwinden. Wenn aber daraus folgt, dass die Leitlinien nur zu einem eher geringen Teil dazu geeignet sind, die Beihilfengewährung durch die Mitgliedstaaten an einem wettbewerblichen Maßstab zu kontrollieren, so stellt sich die Kontrolle der Beihilfengewährung mit Hilfe der Leitlinien im Ergebnis nur noch als Maßnahme da, mit der die Kommission versucht, die staatlichen Sanierungsbeihilfen der Mitgliedstaaten so zu koordinieren, dass auf dem gemeinsamen Markt zumindest ein angeglichenes Level an Sanierungsbeihilfen der einzelnen Mitgliedstaaten besteht.



## **II. Antrittsvorlesungen**





## **Schnittstellen der Kooperations- und Oligopolanalyse im Fusionskontrollrecht**

- Gedanken zur Anwendung von Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO -

*Dirk Schroeder*

Inhaltsübersicht

A. Grundlagen

I. Unterschiedliche Verfahren für die Fusionskontrolle und das Kartellverbot

II. Unterschiedliche materielle Prüfungsmaßstäbe

1. Kollektive Marktbeherrschung

2. Der neue SIEC-Test

B. Gemeinschaftsunternehmen im Grenzbereich zwischen Fusionskontrolle und Kartellverbot

I. Doppelkontrolle im deutschen Recht

II. Die Entwicklung im EG-Recht

1. Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO

a) Weitere Vereinbarung nicht erforderlich

b) Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften  
als Unterfall des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung  
im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG

c) Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG

d) Kandidatenmärkte

e) Ausschaltung des Wettbewerbs

2. Die Entscheidungspraxis der Kommission

a) Fujitsu/Siemens – die Oligopolprüfung

b) NC/Canal+/CDPQ/BankAmerica – vertikale Koordinierung

3. Verhältnis des SIEC-Tests zu Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO

C. Ergebnisse

Spectabilis, verehrte Kolleginnen und Kollegen, sehr geehrte Damen und Herren,

das letzte Jahr war für mich ein ereignisreiches. Ich bin meinen ersten Marathon gelaufen, habe nach 23 Jahren die Sozietät gewechselt, bin 50 geworden und habe heute die Ehre, zu Ihnen sprechen zu dürfen. Es bedarf keiner besonderen Betonung, dass letzteres das intellektuell interessanteste dieser Ereignisse ist und ich mich deshalb besonders freue, heute mit Ihnen einige Gedanken zur Anwendung von Art. 2 Abs. 4 und 5 der EG-Fusionskontrollverordnung unter dem Thema Schnittstellen der Kooperations- und Oligopolanalyse im Fusionskontrollrecht zu teilen.

Ich bitte die Kartellrechtler unter Ihnen um Nachsicht, wenn ich mich zunächst mit Grundlagen beschäftige. Dies ist jedoch erforderlich, damit diejenigen unter

Ihnen, die nicht täglich mit kartellrechtlichen Fragen konfrontiert sind, den weiteren Ausführungen mit Gewinn folgen können.

## A. Grundlagen

Das Kartellrecht dient dem Schutz des Wettbewerbs vor Wettbewerbsbeschränkungen. Seine Hauptinstrumente sind das Kartellverbot, die Kontrolle einseitigen Verhaltens marktbeherrschender und marktmächtiger Unternehmen, die Fusionskontrolle und das Beihilfenrecht. Die Kontrolle einseitigen Verhaltens marktbeherrschender und marktmächtiger Unternehmen und das Beihilfenrecht sollen uns heute nicht weiter beschäftigen. Soweit sich das Kartellrecht mit Vereinbarungen zwischen Unternehmen befasst, gibt es zwei Pole: auf der einen Seite das Kartellverbot, auf der anderen die Fusionskontrolle.

Das Kartellverbot – im Europäischen Recht Art. 81 EG, im deutschen Recht § 1 GWB – soll verhindern, dass Unternehmen die Spanne ihres natürlichen Marktverhaltens durch Vereinbarung oder Abstimmung beschränken. Das extremste Beispiel ist das klassische Preis-, Quoten- oder Gebietskartell, bei dem sich die Beteiligten dahin verständigen, ihre Waren oder Dienstleistungen nur zu einem bestimmten Preis anzubieten, nicht mehr als bestimmte Mengen zu produzieren oder anderen Teilnehmern zugewiesene Gebiete zu respektieren. Zu den möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Absprachen zählen jedoch auch Vereinbarungen, denen nicht der Ruch eines geheimen Preiskartells anhaftet, etwa exklusive oder selektive Vertriebsvereinbarungen, ausschließliche Lizenzen oder Vereinbarungen über gemeinsame Forschung und Entwicklung. Kartellabsprachen bezwecken eine Wettbewerbsbeschränkung. Einer Vereinbarung über gemeinsame Forschung und Entwicklung wohnt im Normalfall kein solcher Zweck inne, aber möglicherweise bewirkt sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs. Kennzeichnend für alle solche Absprachen ist, dass die beteiligten Unternehmen weiterhin selbständig bleiben, also keine Veränderung der Marktstruktur stattfindet, jedoch eine Abstimmung oder Koordinierung des individuellen Marktverhaltens zu verzeichnen ist.

Auch in der Fusionskontrolle geht es meist um Vereinbarungen zwischen Unternehmen<sup>1</sup>, allerdings um Vereinbarungen, die zu einer Veränderung der Marktstruktur führen. Wenn ein Unternehmen ein anderes erwirbt oder zwei Unternehmen

---

<sup>1</sup> Eine Ausnahme ist der Zusammenschluss im Wege des öffentlichen Übernahmeangebots.

miteinander verschmolzen werden, kommt es zu einer dauerhaften Veränderung der Konzernstrukturen und damit der Marktstruktur, denn die beteiligten Unternehmen, die vorher selbständig waren, werden zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammengeführt. Anders als eine kooperative Vereinbarung lässt sich ein Zusammenschluss meist nicht einfach wieder ungeschehen machen. Wenn ein Zusammenschluss einmal vollzogen ist und die beteiligten Unternehmen integriert wurden, lässt sich der status quo ante nicht wieder herstellen, wenn in der Zwischenzeit Produktionsstätten geschlossen, die Produktpalette integriert und bereinigt, redundante Vertriebssysteme reduziert und Managementstrukturen vereinheitlicht oder wegrationalisiert wurden.

### **I. Unterschiedliche Verfahren für die Fusionskontrolle und das Kartellverbot**

Aus diesem Grund erfahren Zusammenschlüsse im Kartellrecht eine besondere Behandlung. Sie werden vorab geprüft, nicht im Nachhinein, weshalb die Kartellbehörde in der Fusionskontrolle zu einer Prognoseentscheidung berufen ist. Sie werden ein für alle mal freigegeben, nicht nur für einen begrenzten Zeitraum. Schließlich findet das Prüfungsverfahren innerhalb kurzer, vorgegebener Fristen statt. Letzteres ist allerdings nicht dadurch bedingt, dass es sich um Strukturveränderungen im Markt handelt, sondern durch die wirtschaftliche Bedeutung und die Notwendigkeit, die Transaktion ohne größere Verzögerung durchzuführen. Man kann einen verhandelten Unternehmenskauf nicht einfach zwei oder drei Jahre auf Eis legen. Das verkaufte Unternehmen würde in der Zwischenzeit am Markt nicht mehr ernst genommen und wäre, wenn dann der Zusammenschluss endlich vollzogen werden dürfte, weniger wert.

Diese drei Charakteristika der Zusammenschlusskontrolle (Vorabprüfung, dauerhafte Freigabe, Prüfung innerhalb kurzer Fristen) sind bei kooperativen wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen nicht oder in geringerem Maße einschlägig. Niemand käme auf die Idee, ein Preiskartell vorab anzumelden. Die Kartellbehörden müssen ein solches Kartell auch dann noch untersagen können, wenn es erst nach Jahren aufgedeckt wird. Aber auch neutralere Vereinbarungen, wie etwa ein exklusiver Vertriebsvertrag, bedürfen nicht der Sonderbehandlung, die man Zusammenschlüssen zukommen lässt und die auch Konzentrationsprivileg<sup>2</sup> genannt wird.

---

<sup>2</sup> Ursprünglich wurde der Begriff im Rahmen der Trennungstheorie verwendet, vgl. etwa BKartA, Beschl. v. 24. Januar 1984, Aral, WuW/E BKartA 3017 (3018).

## II. Unterschiedliche materielle Prüfungsmaßstäbe

Auch der materielle Prüfungsmaßstab ist ein anderer. Das Kartellverbot des EG-Vertrages sieht eine zweistufige Prüfung vor. Nach Art. 81 Abs. 1 sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten. Das zentrale Tatbestandsmerkmal ist dabei das der Wettbewerbsbeschränkung. In einem zweiten Schritt wird dann geprüft, ob die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung nach Art. 81 Abs. 3 EG freigestellt ist, was voraussetzt, dass sie zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, die Verbraucher angemessen an dem dabei entstehenden Gewinn beteiligt, den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, und den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnet wird, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Diese zweistufige Prüfung wird auch das deutsche Kartellrecht mit der anstehenden 7. GWB-Novelle übernehmen.<sup>3</sup>

In der Fusionskontrolle wird dagegen traditionell geprüft, ob der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Dies ist der Prüfungsmaßstab im deutschen Recht und bislang auch im europäischen Recht. Bei der Marktbeherrschung wird zwischen Einzelmarktbeherrschung und gemeinsamer oder kollektiver Marktbeherrschung unterschieden.

### 1. Kollektive Marktbeherrschung

Sie werden mir verzeihen, dass ich auf die Frage der kollektiven Marktbeherrschung kurz näher eingehe – wir werden nachher wieder auf sie zurückkommen. Ein Zusammenschluss begründet eine kollektive marktbeherrschende Stellung, wenn er zu einer Situation führt, in der die führenden Unternehmen insbesondere aufgrund der zwischen ihnen bestehenden verbindenden Faktoren zusammen die Macht zu einheitlichem Vorgehen auf dem Markt und in beträchtlichem Umfang zu einem Handeln unabhängig von den anderen Wettbewerbern, ihrer Kundschaft

---

<sup>3</sup> Vgl. §§ 1 und 2 des offziösen Entwurfs eines Siebten Gesetzes zur Änderung des GWB vom 17. Dezember 2003.

und letztlich den Verbrauchern besitzen.<sup>4</sup> Zu solchen verbindenden Faktoren zählt auch die Wechselbeziehung zwischen den Mitgliedern eines beschränkten Oligopols, in dessen Rahmen diese auf einem Markt mit den entsprechenden Merkmalen insbesondere im Hinblick auf Marktkonzentration, Transparenz und Homogenität der Erzeugnisse in der Lage sind, ihre jeweiligen Verhaltensweisen vorherzusehen, und daher unter einem starken Druck stehen, ihr Marktverhalten einander anzupassen. In einem solchen Kontext weiß nämlich jeder Marktbeteiligte, dass, wenn er die Preise senkt, um seinen Marktanteil zu vergrößern, auch die anderen die Preise senken werden, so dass er keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte. Die Folge wäre nur eine Absenkung des Preisniveaus für alle Marktbeteiligten.<sup>5</sup> Wenn in einer solchen Situation jedes Mitglied des Oligopols es für möglich, wirtschaftlich vernünftig und daher ratsam hält, dauerhaft einheitlich auf dem Markt vorzugehen, um zu höheren als den Wettbewerbspreisen zu verkaufen, ohne zuvor eine Vereinbarung im Sinne von Artikel 81 EG treffen oder auf eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne dieser Vorschrift zurückgreifen zu müssen und ohne dass die tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerber oder die Kunden und Verbraucher wirksam reagieren können, liegt eine kollektive beherrschende Stellung vor.<sup>6</sup>

Die Kommission prüfte dies ursprünglich wie das Bundeskartellamt anhand eines Kataloges von Merkmalen, zu denen insbesondere die Marktkonzentration, die Markttransparenz und die Homogenität der Erzeugnisse gehörten, aber auch das symmetrische Kräfteverhältnis im Oligopol, Verflechtungen zwischen den führenden Unternehmen und die Innovationsträgheit des Marktes. Es war nicht erforderlich, dass sämtliche dieser Merkmale im konkreten Fall gegeben waren, aber desto mehr von ihnen bejaht werden konnten, desto näher lag die zu kollektiver Marktbeherrschung führende Reaktionsverbundenheit.

Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften schrieb der Kommission mit seinem Urteil vom 6. Juni 2002 in der Rechtssache *Airtours* dann allerdings eine etwas strukturiertere Prüfung vor. Die Begründung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung setzt danach dreierlei voraus:<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Vgl. EuGH, Urt. v. 31. März 1998, verb. Rs. C-68/94 und C-30/95, *Kali + Salz*, Slg. 1998, I-1375, Rdnr. 221; EuG, Urt. v. 25. März 1999, Rs. T-102/96, *Gencor*, Slg. 1999, II-753, Rdnr. 163; EuG, Urt. v. 6. Juni 2002, Rs. T-342/99, *Airtours*, Slg. 2002, II-2585, Rdnr. 59.

<sup>5</sup> Urteil *Gencor*, Rdnr. 276; Urteil *Airtours*, Rdnr. 60.

<sup>6</sup> Urteil *Airtours*, Rdnr. 61.

<sup>7</sup> Urteil *Airtours*, Rdnr. 62; vgl. auch die Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Ratsverordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. 2004 C 31/5, Rdnr. 41.

Zum einen muss jedes Mitglied des Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen können, um festzustellen, ob sie einheitlich vorgehen oder nicht. Es genügt nicht, dass jedes Mitglied des Oligopols sich dessen bewusst ist, dass alle von einem interdependenten Verhalten auf dem Markt profitieren können, sondern es muss auch über ein Mittel verfügen, zu erfahren, ob die anderen Marktbeteiligten dieselbe Strategie wählen und beibehalten. Der Markt muss daher so transparent sein, dass jedes Mitglied des Oligopols mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit die Entwicklung des Verhaltens aller anderen Mitglieder auf dem Markt in Erfahrung bringen kann. Dies ist das Kriterium der Markttransparenz.

Zum anderen muss die stillschweigende Koordinierung auf Dauer erfolgen können, d.h., es muss einen Anreiz geben, nicht vom gemeinsamen Vorgehen auf dem Markt abzuweichen. Die Mitglieder des Oligopols können nur dann von einem Parallelverhalten profitieren, wenn sie es alle beibehalten. Eine kollektive beherrschende Stellung kann nur dann Bestand haben, wenn genügend Abschreckungsmittel langfristig für einen Anreiz sorgen, nicht vom gemeinsamen Vorgehen abzuweichen, was wiederum voraussetzt, dass jedes Mitglied des Oligopols weiß, dass jede auf Vergrößerung seines Marktanteils gerichtete, stark wettbewerbsorientierte Maßnahme seinerseits die gleiche Maßnahme seitens der anderen auslösen würde, so dass es keinerlei Vorteil aus seiner Initiative ziehen könnte. Hier spielt insbesondere eine Rolle, ob sich die Wettbewerber in im Wesentlichen vergleichbaren Positionen befinden (Symmetrie der Marktanteile, Vergleichbarkeit im Hinblick auf Produktionskapazität, Kapazitätsauslastung und -reserven, Kostenstrukturen, Finanzkraft usw.).

Zum dritten darf die voraussichtliche Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten sowie der Verbraucher die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens nicht in Frage stellen. Letzteres ist die Frage des sog. Außenwettbewerbs.

## *2. Der neue SIEC-Test*

Mit dem 1. Mai 2004 wird der Marktbeherrschungstest in seinen beiden Varianten der Einzel- und der kollektiven Marktbeherrschung in der EG-Fusionskontrolle allerdings nur noch ein – wenn auch der wesentliche – Unterfall des an den amerikanischen SLC-Test angelehnten sog. SIEC-Tests sein. SIEC bedeutet „significant impediment to effective competition“; es kommt darauf an, ob ein Zusammen-

schluss wirksamen Wettbewerb erheblich behindert. Mit der Neuregelung sollen sog. einseitige oder nicht koordinierte Wirkungen eines Zusammenschlusses unter der Schwelle der Marktbeherrschung erfasst werden. Hierbei geht es um eine durch einen Zusammenschluss ausgelöste Verringerung des Wettbewerbsdrucks auf die verbleibenden Wettbewerber in oligopolistisch strukturierten Märkten, in denen jedoch eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Unternehmen nicht zu erwarten ist.<sup>8</sup>

Im Vorfeld der Neuregelung wurden im Wesentlichen zwei Fallkonstellationen diskutiert<sup>9</sup>, in denen – so die Verfechter einer Änderung – der traditionelle Marktbeherrschungstest nicht griff und zu einem „enforcement gap“ führte. Dies betraf zum einen Zusammenschlüsse in oligopolistischen Märkten zwischen beispielsweise dem zweit- und drittgrößten Unternehmen, die damit aber gleichwohl kleiner bleiben als der Marktführer. Illustrativ ist hier der sog. Babyfoods-Fall<sup>10</sup>, ein Zusammenschluss zwischen Heinz und Beech-Nut, die in den U.S.A. über Marktanteile von 17% und 15% verfügten. Der Marktführer Gerber besaß einen Marktanteil von 65%. Bei einem solchen Marktanteilsgefälle ist nicht sicher, dass die beiden nach dem Zusammenschluss am Markt verbleibenden führenden Unternehmen ihr Verhalten stillschweigend koordinieren werden.

Zum anderen ging es um Zusammenschlüsse, bei denen die neue Einheit zwar zum Marktführer wird, der Abstand zu den nächstgrößten Wettbewerbern jedoch zu klein ist, um Einzelmarktbeherrschung annehmen zu können, gleichzeitig jedoch zu groß, um eine Verhaltenskoordinierung prognostizieren zu können.<sup>11</sup>

Nach Auffassung der Kommission können die fusionierenden Unternehmen in solchen Fällen, weil der Wettbewerbsdruck entfällt, den sie vor dem Zusammenschluss aufeinander ausgeübt haben, die Preise erhöhen. Da sich durch die Preiserhöhung der fusionierenden Unternehmen ein Teil der Nachfrage zu den Wettbewerbern verlagern kann, könnten auch diese es wiederum einträglich finden, ihre Preise zu erhöhen, was dann insgesamt zu spürbaren Preiserhöhungen auf dem be-

---

<sup>8</sup> Erwägungsgrund 25 der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“), ABl. L 24/1.

<sup>9</sup> Vgl. statt vieler *Ley* in: EC Merger Control – A Major Reform in Progress, hrsg. von Drauz und Reynolds, 2003, S. 143 ff. (160 ff.).

<sup>10</sup> FTC v. Heinz, 116 F. Supp. 2d 190 (D.D.C. 2000), *rev'd* 246 F.3d 708 (D.C. Cir. 2001).

<sup>11</sup> Vgl. *González-Díaz*, World Competition 2004, Juni-Heft.

troffenen Markt führen kann.<sup>12</sup> Solche nicht koordinierten Wirkungen soll der neue SIEC-Test auch dann erfassen, wenn es nicht zum Entstehen oder zur Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kommt.

Systematisch kann man unter der Geltung des SIEC-Tests auch generell zwischen nicht koordinierten (oder einseitigen) Wirkungen und koordinierten Wirkungen eines Zusammenschlusses unterscheiden. Zu den nicht koordinierten Wirkungen gehören die Begründung und Verstärkung von Einzelmarktbeherrschung sowie die genannten nicht koordinierten Effekte auf Oligopolmärkten. Die koordinierten Wirkungen entsprechen der klassischen Begründung oder Verstärkung einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung.

Das deutsche Recht wird – jedenfalls bis zu einer künftigen 8. GWB-Novelle – beim reinen Marktbeherrschungstest bleiben. Es ist nicht vorgesehen, den SIEC-Test im Rahmen der jetzt anstehenden 7. Novelle einzuführen. Dies muss nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen im EG- und deutschen Recht führen, denn insbesondere das Bundeskartellamt hat vertreten, dass sich die befürchteten nicht koordinierten Wirkungen von Zusammenschlüssen, die der SIEC-Test abdecken soll, auch mit einem richtig verstandenen Marktbeherrschungsbegriff erfassen lassen<sup>13</sup>. So viel zu den Grundlagen des Kartellverbots und der Fusionskontrolle.

## **B. Gemeinschaftsunternehmen im Grenzbereich zwischen Fusionskontrolle und Kartellverbot**

Es ist bekanntlich selten alles schwarz oder weiß, und es gibt Vereinbarungen zwischen Unternehmen, die sich in der Grauzone zwischen dem rein Kooperativen und dem klaren Zusammenschluss bewegen. Dies lässt sich besonders trefflich an Gemeinschaftsunternehmen demonstrieren.

Ein Gemeinschaftsunternehmen – im EG-Recht definiert als Unternehmen, das von zwei oder mehr Gesellschaftern gemeinsam beherrscht wird<sup>14</sup> – ist mehr als

---

<sup>12</sup> Leitlinien der Kommission zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse, Rdnr. 25; zur ökonomischen Analyse solcher nicht koordinierter Effekte vgl. Ivaldi, Jullien, Rey, Seabright und Tirole, *The Economics of Unilateral Effects*, Toulouse, 2003, [http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/the\\_economics\\_of\\_unilateral\\_effects\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/the_economics_of_unilateral_effects_en.pdf)

<sup>13</sup> Vgl. z.B. Böge/Müller, *European Competition Law Review (ECLR)* 2002, 495 ff.

<sup>14</sup> Vgl. die Mitteilung der Kommission vom 2. März 1998 über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl. 1998 C 66/1 Rdnr. 3, und die Mitteilung der Kommission über den Beg-



das Resultat einer rein kooperativen Vereinbarung, denn mit seiner Gründung entsteht ein neues, nicht mit seinen Gründern identisches Unternehmen<sup>15</sup>. Ein Gemeinschaftsunternehmen ist aber auch dadurch gekennzeichnet, dass es nicht wie eine hundertprozentige Tochtergesellschaft in den Konzern eines Gesellschafters eingliedert ist; es wird von mindestens zwei Muttergesellschaften gemeinsam beherrscht und ist damit mindestens zwei anderen, voneinander unabhängigen Unternehmen im weitesten Sinne „verbunden“. Dabei schafft das Gemeinschaftsunternehmen gleichzeitig eine Verbindung zwischen seinen Gesellschaftern, denn diese haben beide ein zumindest teilweise gleichgelagertes wirtschaftliches Interesse an dem Gemeinschaftsunternehmen<sup>16</sup>.

Die stärkste Marktstrukturveränderung lässt sich verzeichnen, wenn zwei Muttergesellschaften ihre gesamten Geschäftsaktivitäten in einem bestimmten Bereich auf ein Gemeinschaftsunternehmen auslagern und danach selbst in den betroffenen oder mit ihnen verbundenen Märkten nicht mehr tätig sind. Die Veränderung der Marktstruktur liegt in diesem Fall darin, dass die vor dem Zusammenschluss als zwei voneinander unabhängige Wettbewerber am Markt auftretenden Muttergesellschaften durch einen einzigen neuen Wettbewerber ersetzt werden, das Gemeinschaftsunternehmen.

Bleiben die Gesellschafter des Gemeinschaftsunternehmens weiter auf dessen Märkten tätig, ist die Marktstrukturveränderung weniger ausgeprägt, denn die Muttergesellschaften scheiden nicht als Wettbewerber aus, es kommt aber ein neuer hinzu, nämlich das Gemeinschaftsunternehmen. In dieser Situation kann es auch zu kooperativen Effekten kommen.

Die Marktstruktur wird noch weniger verändert, wenn das Gemeinschaftsunternehmen selbst gar nicht am Markt auftritt. Legen zwei Unternehmen ihre Forschungs- und Entwicklungsaktivitäten in einem Gemeinschaftsunternehmen zusammen und forscht dieses Gemeinschaftsunternehmen nur für seine Gesellschafter, nicht aber für Dritte, ändert sich der Kreis der Anbieter am Markt nicht. Gleichwohl kann es zu kooperativen Effekten kommen, denn die Gesellschafter des Gemeinschaftsunternehmens konkurrieren nunmehr nicht mehr im Bereich der Forschung und Entwicklung gegeneinander und haben insoweit dann auch eine

---

riff des Zusammenschlusses, ABl. 1998 C 66/5, Rdnr. 18. Im deutschen Recht sind Gemeinschaftsunternehmen Unternehmen, an denen zwei oder mehr andere Unternehmen jeweils mindestens 25% der Anteile erworben haben (§ 37 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b Satz 2 GWB).

<sup>15</sup> Vgl. *Brodley*, Harvard Law Review Vol. 95 (1982), 1521 (1525).

<sup>16</sup> Vgl. *Brodley*, a.a.O., 1525 f.

einheitliche Kostenstruktur, was ihre Neigung verringern kann, auf dem Markt miteinander in Wettbewerb zu treten. Als Extremfall eines Gemeinschaftsunternehmens mit ausschließlich kooperativen Effekten müssen Sie sich nur vorstellen, dass die Mitglieder eines Kartells beschließen, ihre Absprachen in der Gesellschafterversammlung einer eigens für diesen Zweck gegründeten GmbH zu treffen.

Letzteres ist allerdings ein eher theoretisches Beispiel. Die kooperativen Aspekte von Gemeinschaftsunternehmen, um die es in der Praxis geht, sind die davor genannten, die man auch als Gruppeneffekte<sup>17</sup> oder Spillover-Effekte<sup>18</sup> bezeichnet.

### **I. Doppelkontrolle im deutschen Recht**

Im deutschen Recht werden diese beiden Seiten eines Gemeinschaftsunternehmens (die Veränderung der Marktstruktur und die kooperativen Effekte) nach unterschiedlichen Rechtsnormen und gegebenenfalls auch in unterschiedlichen Verfahren geprüft, nämlich einerseits in der Fusionskontrolle nach §§ 35 ff. GWB und andererseits nach § 1 GWB. Dieses Prinzip der sog. Doppelkontrolle, das der Zweischrankentheorie<sup>19</sup> folgt, ist seit der Mischwerke-Entscheidung des BGH<sup>20</sup> anerkannt.

In der Praxis erfolgt die Prüfung des Gruppeneffekts meist, aber nicht zwingend im Fusionskontrollverfahren. Unbefriedigend ist insbesondere, dass die kurzen Fristen des Fusionskontrollverfahrens für diese Prüfung nicht gelten. Schreiben des Bundeskartellamts, die einen Anmelder informieren, dass die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 GWB nicht vorliegen (also den Zusammenschluss fusionskontrollrechtlich freigeben), die Prüfung nach § 1 GWB aber noch nicht abgeschlossen sei, lösen selten Freude aus.

---

<sup>17</sup> Vgl. grundlegend den 11. EGKS-Gesamtbericht der Hohen Behörde, 1963, Sidmar, Rdnr. 346 – 349.

<sup>18</sup> Vgl. etwa die Kommissionsentscheidung vom 17. August 1999, Fall IV/JV.21, Skandia/Storebrand/Pohjola, Rdnr. 34.

<sup>19</sup> Vgl. etwa *Gansweid*, Gemeinsame Tochtergesellschaften im deutschen Konzern- und Wettbewerbsrecht, 1976, S. 212 ff., 233; *Mestmäcker* in Immenga/Mestmäcker, 1. Aufl., 1981, § 23 GWB Rdnr. 174 ff.

<sup>20</sup> BGHZ 96, 69 (77) = WuW/E BGH 2169 ff.

## II. Die Entwicklung im EG-Recht

Bis 1997 trennte das EG-Recht im Sinne der Trennungstheorie<sup>21</sup> strikt zwischen Gemeinschaftsunternehmen, die als Zusammenschlüsse in der Fusionskontrolle geprüft wurden und solchen, die im Rahmen der Verordnung Nr. 17 nach den Maßstäben des Art. 85 EG-Vertrag, also des heutigen Art. 81 EG, zu beurteilen waren. Gemeinschaftsunternehmen, die nicht auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllten, waren keine Zusammenschlüsse. Das gleiche Schicksal erteilte Gemeinschaftsunternehmen, bei denen es zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften kommen konnte<sup>22</sup>.

### 1. Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO

Dies änderte sich mit der Reform der FKVO durch die Verordnung Nr. 1310/97<sup>23</sup>. Seit dem 1. März 1998 sind auch Gemeinschaftsunternehmen, bei denen es zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften kommen kann, Zusammenschlüsse im Sinne der FKVO, solange sie jedenfalls auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen. Die kooperativen Effekte, die das Gemeinschaftsunternehmen auf das Wettbewerbsverhalten seiner Mütter haben kann, werden weiterhin am Maßstab des Art. 81 EG, jedoch im Fusionskontrollverfahren geprüft.

Art. 2 Abs. 4 FKVO sieht vor, dass, soweit die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, das einen Zusammenschluss gemäß Art. 3 FKVO darstellt, die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt, eine solche Koordinierung nach den Kriterien des Art. 81 Abs. 1 und 3 des EG-Vertrages beurteilt wird, um festzustellen, ob das Vorhaben mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar ist.

---

<sup>21</sup> Vgl. hierzu etwa *Wiedemann*, Gemeinschaftsunternehmen im deutschen Kartellrecht, 1981, S. 120 ff. m.w.N.

<sup>22</sup> Über den Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 Unterabs. 2 FKVO a.F., wonach die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens auch keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen *im Verhältnis zu dem Gemeinschaftsunternehmen* mit sich bringen durfte, hatte sich die Kommission relativ schnell hinweggesetzt, vgl. Drauz/Schroeder, Praxis der Europäischen Fusionskontrolle, 1. Aufl., 1992, S. 35 f.; vgl. die Bekanntmachung der Kommission über die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, ABl. 1994 C 385/1, Rdnr. 17.

<sup>23</sup> Verordnung (EG) Nr. 1310/97 des Rates zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 180/1, ber. ABl. 1998 L 40/17.

Damit unterliegen jetzt auch im EG-Recht die Gemeinschaftsunternehmen, die auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllen, – also die sog. Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen – einer Doppelkontrolle. Sie werden zum einen wie jeder Zusammenschluss daraufhin geprüft, ob sie zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen bzw. – ab dem 1. Mai – ob durch sie wirksamer Wettbewerb im Gemeinsamen Markt oder in einem wesentlichen Teil desselben erheblich behindert würde. Zum anderen werden sie, soweit es zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften kommen kann, an Art. 81 EG gemessen.

Der Unterschied zum deutschen Recht liegt zum einen darin, dass diese Doppelkontrolle ausschließlich im Fusionskontrollverfahren, nach dessen Regeln und insbesondere dessen Fristen stattfindet, zum anderen in der für das Fusionskontrollverfahren typischen einmaligen Vorab- und Prognoseentscheidung. Die Prüfung nach Art. 81 EG ist vollständig in das Fusionskontrollverfahren integriert.

a) Weitere Vereinbarung nicht erforderlich

Art. 2 Abs. 4 FKVO greift ein, wenn ein Zusammenschluss eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften bezweckt oder bewirkt. Das Vorliegen einer Vereinbarung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG muss nicht mehr geprüft werden, denn eine solche Vereinbarung liegt schon in den Verträgen zur Gründung des Gemeinschaftsunternehmens<sup>24</sup>. Auch wenn ein Gesellschafter des Gemeinschaftsunternehmens seinen Anteil von einem Dritten erwirbt, sind die Gesellschafter mindestens über den Gesellschaftsvertrag des Gemeinschaftsunternehmens vertraglich verbunden.

Die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens liegt unter der Schwelle der Vereinbarung und auch unter der des abgestimmten Verhaltens. Systematisch entspricht sie dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 81 Abs. 1 EG (bzw. genauer, dem Erfordernis, dass die Vereinbarung eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt).

---

<sup>24</sup> So richtig *Wiedemann*, FS Ulmer, 1031 (1040); a.A. *Lüder*, Konzentrierte und kooperative Gemeinschaftsunternehmen: Jenseits der Dichotomie, Diss. Tübingen, 1997, S. 75 f., 82 f., unter Berufung auf das Philip Morris-Urteil des EuGH (Urt. v. 17. November 1987, verb. Rs. 142 und 156/84, BAT/Kommission, Slg. 1987, 4577, Rdnr. 37 ff.); Lüder übersieht, dass der Gesellschafter eines Gemeinschaftsunternehmens Kontrolle im Sinne von Rdnr. 38 des Philip Morris-Urteils erwirbt.

b) Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften als Unterfall des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG

Allerdings ist der Tatbestand der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften enger als der allgemeine Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung nach Art. 81 Abs. 1 EG. Art. 81 Abs. 1 EG wird gemäß Art. 2 Abs. 4 FKVO in der Fusionskontrolle nur angewendet, soweit die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens das einen Zusammenschluss gemäß Art. 3 FKVO darstellt, die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezweckt oder bewirkt. Damit entfallen Teile der sonst bei Gemeinschaftsunternehmen üblichen Prüfung.

Die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens kann aus ökonomischer Sicht zu drei Typen negativer Wirkungen auf den Wettbewerb führen: zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gesellschafter, zu einer geringeren Wahrscheinlichkeit potentiellen Wettbewerbs und zu Marktzutrittsschranken<sup>25</sup>. Ersteres ist genau der Fall des Art. 2 Abs. 4 FKVO. Die beiden anderen Typen negativer Wirkungen eines Gemeinschaftsunternehmens haben im Rahmen von Art. 2 Abs. 4 FKVO nur insoweit Bedeutung, als sie durch eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gesellschafter bewirkt werden.<sup>26</sup> Dies entspricht auch der Entscheidungspraxis der Kommission zu Art. 2 Abs. 4 FKVO<sup>27</sup>. Soweit die Kommission sonst bei kooperativen Gemeinschaftsunternehmen Wirkungen auf den potentiellen Wettbewerb und Marktzutrittsschranken nach Art. 81 EG untersucht<sup>28</sup>, die nicht eine Folge der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der

---

<sup>25</sup> Vgl. *Brodley*, Harvard Law Review 1982 (Vol. 95), 1521, 1530 ff.; vgl. auch *Temple Lang*, Business Law International (B.L.I.) 1999, 1 (15)

<sup>26</sup> Ähnlich *Rating* in von der Groeben/Schwarze, 6. Aufl., nach Art. 81 EG – Fallgruppen, Absprachen über eine Änderung der Unternehmensstruktur Rdnr. 76; a.A. wohl *Christensen/Owen/Sjöblom* in Faull/Nikpay, The EC Law of Competition, Rdnr. 4.74, die meinen, dass, weil dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen sei, spürbare Wirkungen auf den potentiellen Wettbewerb zwischen den Gründern auch unter Art. 2 Abs. 4 FKVO fallen könnten; vgl. auch *Temple Lang*, a.a.O.

<sup>27</sup> Erhöhte Zugangsbarrieren für Dritte sind von der Kommission im Rahmen von Art. 2 Abs. 4 FKVO ersichtlich nur unter dem Gesichtspunkt der Koordinierung geprüft worden, vgl. etwa BT/AT&T, Kommissionsentscheidung vom 30. März 1999, Fall IV/JV.15, Rdnr. 175 und 190. Gleiches gilt für die potentielle Diskriminierung von Dritten beim Zugang zu Versorgungsmärkten, vgl. etwa Kommissionsentscheidung vom 3. Dezember 1998, NC/Canal+/CDPQ/BankAmerica, Fall IV/M.1327, Rdnr. 38.

<sup>28</sup> Vgl. die Nachweise bei *Temple Lang*, a.a.O. in Fn. 26, insb. Kommissionsentscheidung vom 27. Juli 1994, BT/MCI I, ABl. 1994 L 223/36, Rdnr. 43, und Kommissionsentscheidung vom 16. Dezember 1994, Asahi/St. Gobain, ABl. 1994 L 354/87, Rdnr. 16.

Muttergesellschaften sind, ist dies in der Fusionskontrolle die Domäne des SIEC- bzw. des Marktbeherrschungstests.

Es könnte an dieser Stelle eingewendet werden, die FKVO könne als niederrangiges Recht gar nicht den Anwendungsbereich von Art. 81 EG einschränken. Die FKVO ist jedoch – wie die Verordnung Nr. 1/2003 – eine Verordnung im Sinne des Art. 83 EG, die in materiellrechtlicher Hinsicht insoweit konstitutiven Charakter hat, als erst sie in ihrem Anwendungsbereich die Voraussetzungen für eine Direktgeltung von Art. 81 Abs. 1 und 2 EG schafft<sup>29</sup>. Dies tut sie bei Zusammenschlüssen für Art. 81 EG im Rahmen ihres Art. 2 Abs. 4 und 5 EG nur unter deren Voraussetzungen, im Übrigen nur im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 bis 3, also nach den normalen Fusionskontrollmaßstäben.

Die Reduktion des Art. 81 EG auf eine Koordinierungsprüfung im Fusionskontrollverfahren könnte theoretisch zu einer Benachteiligung von Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen führen, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung im Sinne des Art. 1 Abs. 2 oder 3 FKVO haben, wenn Art. 81 EG auf solche Gemeinschaftsunternehmen über die Verordnung Nr. 1/2003 uneingeschränkt anwendbar bliebe. Das ist jedoch nicht der Fall, denn Art. 21 Abs. 1 FKVO bestimmt, dass die Durchführungsverordnungen zu Art. 81 EG für Zusammenschlüsse im Sinne des Art. 3 FKVO nicht gelten, außer für Gemeinschaftsunternehmen, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung haben und die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezwecken oder bewirken. Der letzte Satzteil muss gelesen werden als „soweit sie die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens unabhängig bleibender Unternehmen bezwecken oder bewirken“<sup>30</sup>. Es ist auch kein Fall bekannt geworden, in dem die Kommission Art. 81 EG auf ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen ohne gemeinschaftsweite Bedeutung in einer Art und Weise angewendet hätte, die über Art. 2 Abs. 4 FKVO hinausgegangen wäre.

---

<sup>29</sup> Vgl. hierzu *Schröter* in von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, 5. Aufl., Art. 87 EG-Vertrag Rdnr. 4; aus der Rechtsprechung vgl. EuGH, Urt. vom 30. April 1986, verb. Rs. 209 – 214/84, *Asjes*, Slg. 1986, 1425, Rdnr. 61 – 65; Urt. vom 11. April 1989, Rs. 66/86, *Ahmed Saeed Flugreisen*, Slg. 1989, 803, Rdnr. 20.

<sup>30</sup> Zur Gleichbehandlung von Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen gemeinschaftsweiter Bedeutung und solchen ohne gemeinschaftsweite Bedeutung vgl. schon *Schroeder* in *Grabitz/Hilf*, Art. 81 EG Rdnr. 433, 436.

c) Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 EG

Soweit eine Koordinierung und die Kausalität des Zusammenschlusses für diese Koordinierung bejaht werden können und auch die übrigen Tatbestandsmerkmale des Art. 81 Abs. 1 EG vorliegen (Spürbarkeit und Zwischenstaatlichkeitsklausel), muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 81 Abs. 3 EG vorliegen. Insoweit gilt übrigens das Prinzip der Legalausnahme der Verordnung Nr. 1/2003<sup>31</sup> nicht, und die Kommission hat nach wie vor ein Freistellungsmonopol. Die Entscheidung der Kommission nach Art. 8 Abs. 1 oder 2 FKVO ist insoweit eine Freistellungsentscheidung, die – anders als Entscheidungen der Kommission nach Art. 10 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1/2003 – konstitutiven, und nicht nur deklaratorischen Charakter hat.

Für Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen, die keine gemeinschaftsweite Bedeutung haben und die auch nicht nach Art. 4 Abs. 5 oder Art. 22 FKVO an die Kommission verwiesen werden, und für alle Teilfunktions-Gemeinschaftsunternehmen gilt jedoch die Verordnung Nr. 1/2003 und mit ihr das Prinzip der Legalausnahme, was übrigens bedeutet, dass insoweit über Art. 3 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung Nr. 1/2003 der Anwendung des § 1 GWB auf Gemeinschaftsunternehmen ein Riegel vorgeschoben sein kann.

d) Kandidatenmärkte

Art. 2 Abs. 5 FKVO (der bis zum 1. Mai 2004 noch der 2. Unterabsatz von Art. 2 Abs. 4 ist) macht für die Prüfung des Art. 81 EG im Fusionskontrollverfahren allerdings noch zwei materiellrechtliche Vorgaben. Zum einen hat die Kommission bei ihrer Beurteilung insbesondere zu berücksichtigen, ob es auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens oder auf einem diesem vor- oder nachgelagerten Markt oder auf einem benachbarten oder eng mit ihm verknüpften Markt eine nennenswerte und gleichzeitige Präsenz von zwei oder mehr Gründerunternehmen gibt. Zum anderen hat die Kommission bei ihrer Beurteilung auch insbesondere zu berücksichtigen, ob die unmittelbar aus der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens erwachsende Koordinierung den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren und Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten.

---

<sup>31</sup> Art. 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003 L 1/1.

Das erste dieser beiden Kriterien, die Frage der gleichzeitigen Präsenz zweier Muttergesellschaften auf dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens oder einem mit ihm verbundenen Markt dient der Identifizierung möglicher Spillover-Effekte. Eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften kommt insbesondere dort in Betracht, wo sie sich als Wettbewerber in ein und demselben sachlichen und geografischen Markt gegenüberstehen. Entsprechend beginnt die Kommission ihre Prüfung nach Art. 2 Abs. 4 FKVO auch stets mit der Identifizierung solcher Märkte, die sie Kandidatenmärkte nennt. Gibt es keine Kandidatenmärkte, ist die Prüfung regelmäßig abgeschlossen<sup>32</sup>, weil keine Wahrscheinlichkeit einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gründerunternehmen im Verhältnis zueinander bestehe<sup>33</sup>. Gibt es Kandidatenmärkte, wird für sie weiter untersucht, ob das Gemeinschaftsunternehmen auf ihnen zu einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften führen kann und wird.

e) Ausschaltung des Wettbewerbs

Das zweite Kriterium des Art. 2 Abs. 5 FKVO, die Frage, ob die unmittelbar aus der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens erwachsende Koordinierung den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren und Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten, ist bekannt. Es ist eine Wiederholung des vierten Freistellungskriteriums in Art. 81 Abs. 3 EG. Um freigestellt zu sein, müssen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nicht nur unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. Den beteiligten Unternehmen dürfen dabei auch nicht Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.<sup>34</sup> Auch im Rahmen der Fusionskontrolle ist dieses Tatbestandsmerkmal ein Freistellungs-

---

<sup>32</sup> Vgl. Kommissionsentscheidung vom 5. Mai 1999, IV/JV.16, Game Channel, Rdnr. 19; Kommissionsentscheidung vom 1. Dezember 1999, COMP/JV.26, FreeCom/Dangaard Holding, Rdnr. 27; Kommissionsentscheidung vom 1. Februar 2000, COMP/JV.35, Chemag/Beiselen/BayWa, Rdnr. 21; Temple Lang, a.a.O., S. 3.

<sup>33</sup> Vgl. Kommissionsentscheidung vom 28. September 1998, IV/JV.8, WSI Webseek, Rdnr. 25; Kommissionsentscheidung vom 11. August 1999, IV/JV.19, KLM/Alitalia, Rdnr. 61 f.; Kommissionsentscheidung vom 28. Februar 2000, COMP/JV.32, Granaria/Ültje/Intersnack/May-Holding, Rdnr. 68; Kommissionsentscheidung vom 12. Mai 2000, COMP/JV.45, Bertelsmann/Kooperativa Förbundet (KF)/BOL Nordic, Rdnr. 24.

<sup>34</sup> Art. 81 Abs. 3 Buchst. b EG.



kriterium<sup>35</sup>, denn es bezieht sich seinem Wortlaut nach auf die unmittelbar aus der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens erwachsende Koordinierung, mithin auf eine zunächst festgestellte Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG.

Die Frage, ob den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit erwächst, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren und Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten, ist dasjenige der vier Kriterien des Art. 81 Abs. 3 EG, welches den materiellen Beurteilungskriterien des Art. 2 Abs. 1 bis 3 FKVO am nächsten kommt<sup>36</sup>. Schon die Bekanntmachung der Kommission von 1993 über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen deutete Art. 81 Abs. 3 Buchst. b EG als eine absolute Grenze. Gemeinschaftsunternehmen könnten nicht freigestellt werden, wenn sie durch Zusammenfassung der Tätigkeiten der Gründer eine beherrschende Stellung erlangten, absicherten oder verstärkten<sup>37</sup>.

Letzten Endes bedeutet dies, dass auch auf den Kandidatenmärkten, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen selbst nicht tätig ist, ein Marktbeherrschungstest durchgeführt wird. Damit käme eine Freistellung insbesondere in Betracht, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Koordinierung nicht darauf fußt, dass die Gesellschafter zusammen eine einer Einzelmarktbeherrschung vergleichbare Marktposition einnehmen oder ihre Marktstellung zusammen mit der anderer Unternehmen einer kollektiven marktbeherrschenden Stellung vergleichbar ist<sup>38</sup>. Es wären vielmehr die Fälle, in denen nicht-koordinierte Effekte im Oligopolmarkt eine Koordinierung des Marktverhaltens der Muttergesellschaften untereinander wahrscheinlich machen. Darauf werden wir sogleich noch zurückkommen.

---

<sup>35</sup> *Lüder*, a.a.O., S. 54, 78 und 109, scheint dagegen davon auszugehen, dass die Möglichkeit, für einen wesentlichen Teil der Waren und Dienstleistungen den Wettbewerb auszuschalten, ein Sondertatbestandsmerkmal des Art. 81 Abs. 1 EG im Rahmen von Art. 2 Abs. 4 FKVO ist. Daran ist richtig, dass eine Koordinierung nur bei gewisser Marktmacht wahrscheinlich ist (dazu sogleich). Art. 2 Abs. 5, 2. Spiegelstrich ist aber Teil der Freistellungsprüfung nach Art. 81 Abs. 3 EG.

<sup>36</sup> Vgl. schon *Schroeder* in *Grabitz/Hilf*, Art. 81 EG Rdnr. 433.

<sup>37</sup> Bekanntmachung der Kommission vom 16. Februar 1993 über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen, ABl. 1993 C 43/2 Rdnr. 58.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu *Adt* in von der Groben/Schwarze, 6. Aufl., nach Art. 81 EG – FKVO Rdnr. 319, der meint, wenn die Kommission in der Prüfung des Koordinierungsrisikos eine gewisse Marktmacht festgestellt habe, könnten die Voraussetzungen einer Freistellung nach Art. 81 Abs. 3 Buchst. b EG nicht mehr erfüllt werden.

## *2. Die Entscheidungspraxis der Kommission*

Die Zahl der Kommissionsentscheidungen, in denen Art. 2 Abs. 4 FKVO geprüft wird, ist nach wie vor überschaubar. Es hat bislang keine einzige auf Art. 2 Abs. 4 FKVO gestützte Untersagung gegeben, noch nicht einmal einen Fall, in dem die Kommission bis zur Prüfung der Freistellungsvoraussetzungen vorgedrungen wäre. Das Gros der Entscheidungen, in denen Kandidatenmärkte identifiziert werden, kommt zu dem Ergebnis, dass auf diesen Märkten eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften entweder unwahrscheinlich ist oder eine solche Koordinierung jedenfalls nicht spürbar sein würde. Dabei wird nicht immer zwischen der Wahrscheinlichkeit einer Koordinierung und deren Spürbarkeit differenziert. Hier sind in der Tat Überschneidungen möglich: Wenn die Muttergesellschaften auf einem Kandidatenmarkt nur sehr geringe Marktanteile haben, ist es unwahrscheinlich, dass sie sich koordinieren werden, denn eine solche Koordinierung wäre sinnlos; koordiniert angehobene Preise würden von den anderen Anbietern unterboten werden. Eine Koordinierung wäre, wenn sie denn stattfände, bei sehr kleinen Marktanteilen aber auch nicht spürbar. Bemerkenswert ist, dass die Kommission in fast all diesen Fällen auf ihr vertrautem (Fusionskontroll-)Terrain bleibt, denn sie ermittelt und entscheidet anhand von Marktanteilen.

Es gibt nur vier Fälle, in denen die Kommission ernsthafte Bedenken im Hinblick auf eine mögliche Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften hatte, die dann sämtlich – man ist versucht zu sagen leider – durch Zusagen der betroffenen Unternehmen ausgeräumt wurden. Mit zwei dieser vier Fälle<sup>39</sup> wollen wir uns heute näher beschäftigen, weil sie grundlegende Fragen aufwerfen.

### a) Fujitsu/Siemens – die Oligopolprüfung

Der eine ist der Fall Fujitsu/Siemens<sup>40</sup>. Fujitsu und Siemens beabsichtigten die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens im Bereich Computer-Hardware und verwandte Produkte, in das beide Gründerunternehmen eigene Geschäftsbereiche einbringen sollten. Auf den Märkten, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen tätig werden sollte, insbesondere auf dem Markt der PCs, konnte die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausgeschlossen werden. Die Gesellschafter Fujitsu und Siemens waren aber beide weiterhin auf ei-

---

<sup>39</sup> Die beiden anderen sind BT/AT&T, Kommissionsentscheidung vom 30. März 1999, Fall IV/JV.15, und Vodafone/Vivendi/Canal+, Kommissionsentscheidung vom 20. Juli 2000, Fall COMP/JV.48.

<sup>40</sup> Entscheidung der Kommission vom 30. September 1999, Fall Nr. IV/JV.22.

ner Reihe verwandter Märkte tätig. Auf den meisten dieser Kandidatenmärkte waren die Marktanteile der Gründerunternehmen gering. Es gab aber zwei relativ konzentrierte Kandidatenmärkte, den Markt der DRAMs (dynamic random access memory semiconductor chips) und den der financial workstations. Erstere sind Chips, die in Personalcomputern Verwendung finden – es handelte sich also um einen einem Markt des Gemeinschaftsunternehmens vorgelagerten Markt. Letztere sind vernetzte Bankkunderterminals und Geldausgabeautomaten. Die Kommission stufte diesen Markt als vertikal verbundenen Markt ein<sup>41</sup>. In Wirklichkeit dürfte es sich aber um einen eng verwandten Markt handeln.<sup>42</sup>

Auf dem Markt der DRAMs hatten die drei größten Hersteller, zu denen damals (vor dem Spin-off von Infineon) noch Siemens gehörte, zusammen über 60% Marktanteil, also einen Marktanteil, der im deutschen Recht unter die Vermutung gemeinsamer Marktbeherrschung des § 19 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB gefallen wäre. Fujitsu war auch auf diesem Markt tätig. Die Kommission prüfte, ob zwischen den vier oder fünf größten Herstellern eine wechselseitige Abhängigkeit bestand, denn nur dies hätte eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens von Siemens und Fujitsu auf diesem Markt wahrscheinlich erscheinen lassen. Das Ergebnis war negativ. Die Preise waren nicht transparent; sie wurden im Einzelfall zwischen dem Hersteller und dem Kunden verhandelt. Die meisten Kunden waren OEM-Hersteller mit erheblicher Nachfragemacht. Die Preise waren nicht stabil. Schließlich gab es einen hohen Innovationsgrad bei den Produkten. Unter diesen Umständen waren die Hersteller nicht in der Lage, das Marktverhalten der anderen vorherzusagen. Es war nicht zu erwarten, dass ein Vorstoß eines Herstellers sofort von den anderen in einer Art und Weise nachvollzogen werden würde, die den Vorteil individuellen Marktverhaltens neutralisiert hätte. Entsprechend hatten Siemens und Fujitsu keinen Anlass, ihr Marktverhalten zu koordinieren.<sup>43</sup>

Auf dem EWR-weiten Markt der Bankkunderterminals und Geldausgabeautomaten verfügte der Marktführer NCR über einen Marktanteil von circa 35%. Siemens war die Nummer zwei und hätte zusammen mit Fujitsu einen Marktanteil vergleichbarer Größe gehabt. Die Kommission hielt hier eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gesellschafter des Gemeinschaftsunternehmens für

---

<sup>41</sup> A.a.O., Rdnr. 42 Fn. 10. Der dortige Hinweis auf die Kommissionsentscheidung vom 18. Januar 1991, Fall IV/M.050, AT&T/NCR, Rdnr. 11, geht allerdings fehl, denn dort geht es um den vorgelagerten Markt der UNIX-Betriebssysteme.

<sup>42</sup> Hierfür spricht auch die in der Entscheidung Fujitsu/Siemens in Rdnr. 42 a.E. festgestellte Konvergenz zwischen PCs und Bankkunderterminals bzw. Geldausgabeautomaten.

<sup>43</sup> Entscheidung Fujitsu/Siemens, Rdnr. 53 . 59.

wahrscheinlich. Der Markt war konzentriert; NCR, Siemens und Fujitsu hatten zusammen circa 70% Marktanteil. Die Marktanteile von NCR auf der einen Seite und Siemens und Fujitsu auf der anderen waren halbwegs symmetrisch. Keiner der verbleibenden Wettbewerber verfügte über einen Marktanteil von 10%. Die Produkttechnologie war ausgereift. Angesichts der Marktanteile wäre die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens auch spürbar gewesen. Um die Bedenken der Kommission auszuräumen, verpflichtete sich Siemens, ihren Geschäftsbereich Retail and Banking Systems zu veräußern, was, da dann nur noch ein Gesellschafter in dem Produktmarkt übrig blieb, die Bedenken der Kommission ausräumte.<sup>44</sup>

Sie werden es sofort gemerkt haben, die Analyse der Kommission auf den beiden Kandidatenmärkten war eine klassische Oligopolprüfung<sup>45</sup>. Das ist im Ansatz sicher richtig. Es wird nur dann zu einer Koordinierung der Gründerunternehmen kommen, wenn diese nicht durch Wettbewerb unterlaufen wird. Dies ist eine *conditio sine qua non* der Koordinierung. Diese Frage darf nicht mit der bei Art. 81 EG stets vorzunehmenden allgemeinen Spürbarkeitsprüfung verwechselt werden<sup>46</sup>. Die allgemeinen Spürbarkeitsschwellen des Art. 81 EG liegen insoweit nämlich viel zu niedrig, bei horizontalen Konstellationen nach der einschlägigen Kommissionsbekanntmachung<sup>47</sup> bei nur 10% Marktanteil. Ein Marktanteil von gut 10% reicht aber nicht aus, um zu gewährleisten, dass koordiniertes Verhalten der Muttergesellschaften des Gemeinschaftsunternehmens angesichts zu erwartender Marktreaktionen nicht von vornherein aussichtslos ist.

Der mangelnde Wettbewerb, der eine Koordinierung erst ermöglicht, kann sich einmal daraus erklären, dass die Wettbewerber nicht stark genug sind, den koordiniert auftretenden Gründerunternehmen etwas entgegen zu setzen. Dies wäre der Fall, wenn die Marktanteile der Gründerunternehmen auf dem Kandidatenmarkt zusammen so hoch sind, dass sie sich – eine Koordinierung unterstellt – unabhängig von den Wettbewerbern und der Marktgegenseite verhalten könnten, was dem Modell der Einzelmarktbeherrschung entspräche.

---

<sup>44</sup> A.a.O., Rdnr. 62 – 69.

<sup>45</sup> Die Parallele zwischen Oligopoldominanzprüfung und Art. 2 Abs. 4 FKVO hat ersichtlich Venit, *Fordham Corporate Law Institute* 1999, 465 (480 ff.), als erster vorhergesagt; vgl. im übrigen Schroeder in *Grabitz/Hilf*, Art. 81 EG Rdnr. 451; *Wiedemann*, FS Ulmer, 1031 (1039); *Pohlmann*, WuW 2003, 473 (484).

<sup>46</sup> *Pohlmann*, WuW 2003, 473 (482), verzeichnet zu Recht, dass sich die Kommission nicht auf die Bagatellbekanntmachung stützt; vgl. auch Ritter, FS Ulmer, 955 (967).

<sup>47</sup> Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 EG nicht spürbar beschränken (*de minimis*), ABl. 2001 C 368/13, Rdnr. 7 Buchst. a.

Der mangelnde Wettbewerb kann aber auch daran liegen, dass der Markt oligopolistisch strukturiert ist und die anderen Wettbewerber aus den Gründen, aus denen bei gemeinsamer Marktbeherrschung innerhalb der führenden Gruppe kein Wettbewerb stattfindet, den kooperierenden Gründerunternehmen keinen Wettbewerb mehr machen. Dies ist die Alternative, die die Kommission im Fall Fujitsu/Siemens geprüft hat.

Schließlich wäre noch denkbar, dass sich die Koordinierung lohnt, weil sie ähnlich wie ein Zusammenschluss in einem oligopolistisch strukturierten Markt den Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber im Sinne einer sog. nicht koordinierten Wirkung verringert, was, wie schon erwähnt, die Fallkonstellation ist, die der neue SIEC-Test über die Marktbeherrschungsszenarien hinaus abdecken will.

Die Kommission hat bei ihrer Oligopolprüfung im Fall Fujitsu/Siemens allerdings m.E. einen maßgeblichen Prüfungsschritt unterlassen oder zumindest in ihrer Entscheidung nicht dokumentiert<sup>48</sup>. Es genügt nämlich nicht festzustellen, dass der Markt, die Kooperation der Gründerunternehmen unterstellt, hinreichend oligopolistisch strukturiert ist, so dass kein Wettbewerb durch die anderen führenden Unternehmen zu erwarten wäre<sup>49</sup>. Dies ist in solchen Fällen notwendig<sup>50</sup>, aber nicht hinreichend. Es muss hinzukommen, dass die Gründerunternehmen in einem solchen Markt auch miteinander kooperieren werden<sup>51</sup>. Dies darf nicht einfach unterstellt werden, denn dann wäre das Ganze ein Zirkelschluss.<sup>52</sup>

Andererseits ist eine Koordinierung zwischen den Gesellschaftern eines Gemeinschaftsunternehmens grundsätzlich wahrscheinlicher als zwischen Unternehmen, die nicht derart strukturell miteinander verbunden sind. Sie erinnern sich: Ein Zusammenschluss begründet eine kollektive marktbeherrschende Stellung, wenn er zu einer Situation führt, in der die führenden Unternehmen insbesondere aufgrund der zwischen ihnen bestehenden verbindenden Faktoren zusammen die Macht zu einheitlichem Vorgehen auf dem Markt und in beträchtlichem Umfang zu einem

---

<sup>48</sup> Auch *Pohlmann*, WuW 2003, 473 (484), stellt fest, dass die Kommission nicht geprüft hat, inwiefern die Tätigkeit im Gemeinschaftsunternehmen mit der Tätigkeit auf dem Koordinationsmarkt zusammenhängt und sich daraus Koordinationsrisiken ergeben.

<sup>49</sup> Auch *Temple Lang*, Fordham Corporate Law Institute 1999, 381 (440), betont den Unterschied zwischen oligopolistischer Reaktionsverbundenheit, die marktbedingt ist, und der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften eines Gemeinschaftsunternehmens, die aus der Gründung des letzteren folgt.

<sup>50</sup> Vgl. *Brodley*, Harvard Law Review 1982 (Vol. 91), 1521 (1543).

<sup>51</sup> So im Ergebnis auch Lüder, a.a.O., S. 84.

<sup>52</sup> Vgl. hierzu schon Schroeder in Grabitz/Hilf, Art. 81 EG Rdnr. 454.

Handeln unabhängig von den anderen Wettbewerbern, ihrer Kundschaft und letztlich den Verbrauchern besitzen.<sup>53</sup> Das Gemeinschaftsunternehmen ist ein solcher verbindender Faktor, sogar eine strukturelle Verbindung<sup>54</sup>, die eine Koordinierung wahrscheinlicher macht, was aber noch nicht heißt, dass sie wahrscheinlich ist. Dies muss anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls geprüft werden.

Es liegt keineswegs auf der Hand, dass Siemens und Fujitsu auf dem Markt der Bankkundenterminals und Geldausgabeautomaten miteinander kooperiert hätten, auch wenn eine solche Kooperation angesichts oligopolistischer Interessenparallelität des Marktführers NCR es im Ergebnis erlaubt hätte, die Preise anzuheben. Immerhin hatte Siemens als zweitgrößter Hersteller einen Marktanteil, der wohl das Mehrfache des Anteils von Fujitsu betrug. In ihrer Entscheidung Chemag/Beiselen/BayWa war die Kommission nämlich zu dem Ergebnis gekommen, dass ein Wettbewerber mit einem Marktanteil von über 70% keinen Anreiz habe, sich mit einem anderen Wettbewerber, der lediglich über einen Marktanteil von weniger als 10% verfüge, zu koordinieren, auch wenn beide ein Gemeinschaftsunternehmen auf einem vorgelagerten Markt hätten. Die Wahrscheinlichkeit einer Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens sei bei Unternehmen mit einer derart unterschiedlichen Marktstellung nicht gegeben.<sup>55</sup>

Der Markt der Bankkundenterminals und Geldausgabeautomaten war den Märkten, auf denen das Gemeinschaftsunternehmen tätig werden sollte, weder vor- noch nachgelagert. Schon deshalb hätte zunächst einmal die Reaktionsverbundenheit der jeweiligen Märkte dargelegt werden müssen, denn nur aus ihr hätte sich die Wahrscheinlichkeit einer Koordinierung auf dem Markt, der gar nicht zum Gegenstand des Gemeinschaftsunternehmens gehörte, herleiten lassen. Hierzu findet sich in der Kommissionsentscheidung nur die lapidare Feststellung, Wettbewerber und Kunden hätten einen stetigen und anhaltenden Trend zur Konvergenz zwischen PCs, Bankkundenterminals und Geldausgabeautomaten gesehen<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> Vgl. EuGH, Urteil Kali + Salz, Rdnr. 221; EuG, Urteil Gencor, Rdnr. 163; EuG, Urteil Airtours, Rdnr. 59.

<sup>54</sup> Vgl. Urteil Gencor, Rdnr. 273 ff. (277); zur Rolle wirtschaftlicher Verbindungen bei kollektiver Marktbeherrschung im Rahmen von Art. 82 EG vgl. EuG, Urteil vom 10. März 1992, verb. Rs. T-68/89, T-77/89 und T-78/89, SIV, Slg. 1992, II-1403, Rdnr. 358.

<sup>55</sup> Kommissionsentscheidung vom 1. Februar 2000, COMP/JV.35, Chemag/Beiselen/BayWa, Rdnr. 28; vgl. auch Kommissionsentscheidung vom 22. Juni 2000, Fälle COMP/JV.40, Canal+/Lagardère, und COMP/JV.47, Canal+/Lagardère/Liberty Media, Rdnr. 50; Kommissionsentscheidung vom 5. Dezember 2001, Fall COMP/M.2524, Hydro/SQM/Rotem/JV, Rdnr. 32.

<sup>56</sup> Entscheidung Fujitsu/Siemens, Rdnr. 42 a.E.

Darüber hinaus glaube ich, dass die Oligopolprüfung der Kommission im Fall Fujitsu/Siemens nicht den strengen Maßstäben des Airtours-Urteils des Gerichts erster Instanz<sup>57</sup> gerecht wird. Die Kommission hat weder dargelegt, dass der Markt für die führenden Unternehmen hinreichend transparent war, um in ausreichendem Maße überwachen zu können, ob sich alle gleichförmig verhalten, noch hat die Kommission belegt, dass bei Abweichungen glaubhafte Abschreckungsmechanismen gegriffen hätten.

Es bliebe natürlich die Möglichkeit, dass eine Koordination von Fujitsu und Siemens auch ohne eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens mit NCR den Wettbewerbsdruck ähnlich einer sog. nicht koordinierten Wirkung in einem oligopolistisch strukturierten Markt verringert hätte. Das kann im nachhinein nicht mehr beurteilt werden, und der Kommission darf es nicht angekreidet werden, wenn ihr 1999 noch nicht bewusst war, welches ökonomische Modell vier Jahre später die Kartellrechtler so faszinieren würde, dass sie seinetwegen sogar den Prüfungsmaßstab in der Fusionskontrolle in Frage stellten und neu gestalteten.

b) NC/Canal+/CDPQ/BankAmerica – vertikale Koordinierung

Der zweite Fall, mit dem ich mich befassen möchte, ist der Fall NC/Canal+/CDPQ/BankAmerica<sup>58</sup>. Er betraf die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens auf dem französischen Markt für Kabelfernsehen. Gesellschafter waren zum einen Canal+, zum anderen Bank of America und die Caisse de Dépôt et Participations du Quebec (CDPQ), die ihre Anteile über eine gemeinsame Holding hielten.

Beide Gesellschaftergruppen waren auch auf dem spanischen Pay-TV-Markt vertreten, Canal+ über ein Gemeinschaftsunternehmen namens Sogecable, das der führende spanische Anbieter war, und Bank of America und CDPQ über ein Gemeinschaftsunternehmen namens Cableuropa, das gerade begonnen hatte, sich auf dem spanischen Pay-TV-Markt zu etablieren. Die Kommission verneinte die Wahrscheinlichkeit einer horizontalen Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens von Sogecable und Cableuropa auf dem spanischen Pay-TV-Markt, insbesondere im Hinblick auf die sehr unterschiedlichen Marktpositionen.

---

<sup>57</sup> Auch *Venit*, Fordham Corporate Law Institute 1999, 465 (481 f.), vertritt die Auffassung, dass die Anforderungen der Rechtsprechung an die Feststellung kollektiver Marktbeherrschung auch im Rahmen von Art. 2 Abs. 4 FKVO maßgeblich seien.

<sup>58</sup> Kommissionsentscheidung vom 3. Dezember 1998, Fall IV/M.1327.

Bedenken hatte die Kommission jedoch im Hinblick auf eine mögliche vertikale Koordinierung: Sogecable war nämlich gleichzeitig auf einem vorgelagerten spanischen Markt tätig, dem Großhandelsmarkt für Filme und Sportkanäle für Pay-TV. Auf diesem Markt hatte Sogecable wegen ausschließlicher Vereinbarungen mit den großen Hollywood-Studios und exklusiven Fußballrechten eine beherrschende Stellung. Cableuropa war insoweit ein Abnehmer von Sogecable. Die Kommission fürchtete, dass Sogecable und Cableuropa ihr Liefer- bzw. Bezugsverhalten in diesem Vertikalverhältnis zum Nachteil anderer Nachfrager koordinieren würden. Canal+ und Sogecable räumten die Bedenken der Kommission mit Verhaltenszusagen des Inhalts aus, dass sie nicht diskriminieren würden.

Bei einer Analyse dieser Entscheidung fällt zunächst auf, dass in Wirklichkeit nur ein Gesellschafter auf dem relevanten Markt, dem Großhandelsmarkt für Filme und Sportkanäle, tätig war, nämlich Sogecable. Auf diesem Markt war Cableuropa nicht vertreten, es sei denn als Teil der Marktgegenseite. Nur auf dem nachgelagerten Markt des spanischen Pay-TV waren beide vertreten, aber für diesen Markt hatte die Kommission ein Koordinierungsrisiko verneint. Damit ging die Kommission über Art. 2 Abs. 5, 1. Spiegelstrich hinaus, wonach sie insbesondere zu berücksichtigen hat, ob es auf bestimmten Märkten eine nennenswerte und gleichzeitige Präsenz von zwei oder mehr Gründerunternehmen gibt.

Dem ließe sich allenfalls entgegenhalten, dass die Regel des Art. 2 Abs. 5, 1. Spiegelstrich FKVO im Hinblick auf das „insbesondere“ keine abschließende ist<sup>59</sup>. Ich hatte das bislang dahin verstanden, dass andere Fälle möglicher horizontaler Kooperation nicht ausgeschlossen werden sollten, wie etwa der, dass die Gründer und das Gemeinschaftsunternehmen zwar im selben Produktmarkt, die Gründer jedoch in unterschiedlichen geographischen Märkten tätig sind. In solchen Fällen kommt es auf die bestehende oder absehbare Wechselwirkung zwischen den betroffenen Marktgebieten an.<sup>60</sup>

---

<sup>59</sup> *Pohlmann*, WuW 2003, 473 (480), meint, Art. 2 Abs. 5, 1. Spiegelstrich FKVO schliesse eine Anwendung auf Fälle, in denen eine Mutter auf einem Markt, die andere auf einem vor- oder nachgelagerten Markt tätig sei, nicht aus.

<sup>60</sup> Vgl. die grundsätzlich aufgehobene Bekanntmachung der Kommission vom 31. Dezember 1994 über die Unterscheidung zwischen konzentrativen und kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, ABl. 1994 C 385/1, Rdnr. 19 Spstr. 1, auf die insoweit aber noch in Rdnr. 1 Fn. 3 der Mitteilung der Kommission vom 2. März 1998 über den Begriff des Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens, ABl. 1998 C 66/1, verwiesen wird; vgl. hierzu auch *Wiedemann/Schroeder*, Handbuch des Kartellrechts, § 8 Rdnr. 32.



Es bleibt die grundlegende Frage, ob Art. 2 Abs. 4 FKVO auch Fälle einer vertikalen Koordinierung<sup>61</sup> erfasst<sup>62</sup>. Dagegen spricht, dass Wirtschaftswissenschaftler, wenn sie von koordinierten Effekten reden, horizontale Wirkungen beschreiben, nämlich eine Reaktionsverbundenheit zwischen Anbietern, die miteinander in einem Produktmarkt konkurrieren.<sup>63</sup> Dagegen spricht weiter, dass sich selbst im Bereich des abgestimmten Verhaltens im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG die Fälle vertikaler Konstellationen in der Praxis auf Abstimmungen zwischen Hersteller und Händlern zur Verhinderung von Parallelimporten beschränkt haben<sup>64</sup> – eine Konstellation, die bei den Gesellschaftern von Gemeinschaftsunternehmen durchweg nicht gegeben ist. Solange hier kein fundierter ökonomischer Ansatz vorliegt, würde ich deshalb die Frage der Anwendbarkeit von Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO auf Vertikalverhältnisse verneinen wollen.<sup>65</sup> Vermutlich hatte die Kommission gar nicht eine vertikale Koordinierung im Visier, sondern vertikale Marktabschottungseffekte, die bei Gemeinschaftsunternehmen auftreten können. Wie schon erörtert, können solche Effekte im Rahmen von Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO jedoch nur insoweit berücksichtigt werden, als sie auf eine Koordinierung zurückzuführen sind.

Die Kommission hätte ihr Problem im Fall NC/Canal+/CDPQ/BankAmerica anders lösen können und sollen. Sogecable besaß marktbeherrschende Stellungen auf dem spanischen Großhandelsmarkt für Filme und Sportkanäle und wohl auch auf dem spanischen Pay-TV-Markt. Die Kommission hätte sich durchaus auf den

---

<sup>61</sup> Gemeint ist damit, dass die Muttergesellschaften auf unterschiedlichen vor- und nachgelagerten Märkten tätig sind. Wiedemann, FS Ulmer, 1031 (1038) verwendet den Begriff dagegen für Fälle, in denen es um die Verständigung der Gründerunternehmen auf im Verhältnis zum Gemeinschaftsunternehmen vor- oder nachgelagerten Marktstufen geht.

<sup>62</sup> Bejaht von *Pohlmann*, WuW 2003, 473 (483), und von *Ritter*, Festschrift Ulmer, 955 (965); Pohlmann stellt allerdings zu recht fest, dass die Begründung der Koordinierungsgefahr im Fall NC/Canal+/CDPQ/BankAmerica nicht überzeugend ist, weil die Bevorzugung eines Abnehmers nicht unter Art. 81 EG fällt.

<sup>63</sup> Vgl. etwa *Invaldi, Jullien, Rey, Seabright* und *Tirole*, The Economics of Tacit Collusion, Toulouse, 2003, [http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/the\\_economics\\_of\\_tacit\\_collusion\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf).

<sup>64</sup> Vgl. Kommissionsentscheidung vom 14. Dezember 1979, Fall IV/29.595, Pioneer Hi-Fi-Geräte, ABl. 1980 L 60/21, dazu Urt. des EuGH vom 7. Juni 1983, verb. Rs. 100 – 103/80, Musique Diffusion Française (Pioneer), Slg. 1983, 1825; Entscheidung der Kommission vom 2. Dezember 1981, Fall IV/25.757, ABl. 1982 L 161/18; dazu Urt. des EuGH vom 21. Februar 1984, Rs. 86/82, Hasselblad, Slg. 1984, 883; vgl. auch die Bemerkung des EuGH in seinem Urteil vom 6. Januar 2004, verb. Rs. C-2/01 P und C-3/01 P, Adalat, Rdnr. 42, die Kommission habe sich in ihrer Entscheidung strikt auf die Prüfung eines einzigen Beschwerdepunktes beschränkt, nämlich des Vorliegens einer Vereinbarung im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG, weshalb es weder um die eventuelle Anwendung anderer Tatbestände des Art. 81 oder des Art. 82 EG noch um andere mögliche Abgrenzungen des maßgebenden Marktes gehe.

<sup>65</sup> Auch *Bechtold*, in Schwerpunkte des Kartellrechts 1998, 1999, S. 77 (79), scheint sich eine vertikale Koordinierung nicht vorstellen zu können.

Standpunkt stellen können, dass diese marktbeherrschenden Stellungen durch das Hinzukommen einer strukturellen Verbindung mit einem weiteren Pay-TV-Anbieter in Spanien verstärkt worden wären.

### *3. Verhältnis des SIEC-Tests zu Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO*

Abschließend möchte ich kurz auf das Verhältnis des SIEC-Tests zu Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO eingehen. Wir haben schon gesehen, dass der SIEC-Test innerhalb der Prüfung nach Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO eine Rolle spielen kann, nämlich bei der Frage, ob eine Koordination der Muttergesellschaften auf einem Kandidatenmarkt schon deshalb ausgeschlossen werden kann, weil sie angesichts Gegendrucks aus dem Markt sinnlos ist. Darüber hinaus kann man sich ganz allgemein die Frage stellen, ob die Ergebnisse, die Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO erzielen wollen, sich nicht auch unter der Ägide des SIEC-Tests sichern lassen. Man könnte daran denken, den SIEC-Test im Rahmen der eigentlichen Zusammenschlussprüfung nach Art. 2 Abs. 1 bis 3 FKVO auch auf Spillover-Effekte auf Kandidatenmärkten anzuwenden. Kommt es nicht bei einer durch die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens bewirkten Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften auch zu einer erheblichen Behinderung wirksamen Wettbewerbs?

Eine reine Wortlautauslegung würde wohl zu einer Bejahung dieser Frage führen. Da eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften nur in Betracht kommt, wenn diese zusammen über Marktanteile verfügen, die der Schwelle der Einzelmarktbeherrschung entsprechen, oder wenn der Markt oligopolistisch strukturiert ist, so dass es entweder zu koordinierten oder aber zu nicht koordinierten Wirkungen kommt, wird der Wettbewerb behindert, vermutlich auch in erheblicher Weise.

Dagegen spräche zum einen, dass Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO auf diese Art und Weise ihrer Funktion beraubt würden. Dies könnte angesichts der Konturlosigkeit, die den SIEC-Test noch prägt, zu Rechtssicherheitseinbußen führen. Es wäre aber vermessen zu behaupten, die bisherige Entscheidungspraxis der Kommission habe – gerade in den kritischen Fällen – zu klaren Konturen und zu Rechtssicherheit geführt. Die Rechtssicherheit liegt nur darin, dass eine notfalls unter Zusagen erkaufte Freigabe auf Dauer schützt. Zudem zeigt die Rechtsmittelpraxis im Kernbereich

der Fusionskontrolle, insbesondere, aber nicht nur das Airtours-Urteil<sup>66</sup>, dass das Gericht erster Instanz der Kommission bei der Anwendung ungeschriebener, fast schon rein ökonomischer Rechtssätze nur enge Spielräume lässt. Damit wären wir fast schon bei einem anderen großen Thema, der Interdependenz von Ökonomie und Recht, dem wir aber heute nicht nachgehen können, denn ich habe Ihre Geduld schon viel zu lange strapaziert.

Zum anderen spräche gegen eine Aufgabe von Art. 2 Abs. 4 und 5, dass mit ihnen die Freistellungsmöglichkeit nach Art. 81 Abs. 3 EG entfielen. Sie hat freilich in der Praxis bislang keine Rolle gespielt. Darüber hinaus könnten die positiven Effekte des Gemeinschaftsunternehmens, die in die Prüfung nach Art. 81 Abs. 3 EG eingeflossen wären, im Rahmen des SIEC-Tests als Effizienzvorteile<sup>67</sup> berücksichtigt werden.

Ich hielte es deshalb für durchaus vertretbar, Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO im SIEC-Test aufgehen zu lassen. In der FKVO bedürfte dies nur einer Streichung der beiden Absätze. Im deutschen Recht müsste erst der SIEC-Test eingeführt werden, dann wäre es aber durchaus möglich, die Doppelkontrolle auf Teilfunktions-Gemeinschafts-unternehmen zu beschränken.

### C. Ergebnisse

Lassen Sie mich die Ergebnisse noch kurz zusammenfassen: Im Rahmen von Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO muss das Vorliegen einer Vereinbarung im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG nicht mehr geprüft werden, denn eine solche liegt schon in den Vereinbarungen zur Gründung des Gemeinschaftsunternehmens. Die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gesellschafter entspricht systematisch dem Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 81 Abs. 1 EG. Der Tatbestand der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Muttergesellschaften ist allerdings enger als der allgemeine Tatbestand der Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EG. Wirkungen auf den potentiellen Wettbewerb oder Marktzutrittschranken haben nur insoweit Bedeutung, als sie durch eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gesellschafter erzeugt werden. Eine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der

---

<sup>66</sup> Vgl. auch die Urteile des EuG vom 10. Oktober 2002, Rs. T-310/01, Schneider Electric, Slg. 2002, II-4071, und vom 25. Oktober 2002, Rs. T-5/02, Tetra Laval, Slg. 2002, II-4381.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu den 29. Erwägungsgrund der neuen FKVO.

Muttergesellschaften ist nur dann wahrscheinlich und spürbar, wenn sie nicht sofort von Marktreaktionen unterlaufen wird.

Hier kommen drei Szenarien in Betracht: Die Gesellschafter verfügen über Marktanteile, die zusammen sonst Einzelmarktbeherrschung indizieren würden. Ein koordiniertes Auftreten der Muttergesellschaften führt zur weiteren Koordinierung mit anderen Unternehmen in einem oligopolistischen Markt. Die Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gesellschafter verringert den Wettbewerbsdruck auf die anderen Wettbewerber wie eine mit diesen nicht koordinierte Wirkung im Sinne des SIEC-Tests. Das Vorliegen eines dieser Szenarien ist notwendig, aber nicht hinreichend. Die Wahrscheinlichkeit der Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Gesellschafter muss anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls belegt werden. Im Hinblick auf Art. 2 Abs. 5, 2. Spiegelstrich FKVO dürfte eine nebenbedingungslose Freistellung in den ersten beiden Szenarien regelmäßig nicht in Betracht kommen, wohl aber im dritten Szenario der nicht koordinierten Wirkung. Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO erfassen nur Fälle horizontaler Koordinierung. Das Normziel von Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO ließe sich auch über den SIEC-Test nach Art. 2 Abs. 2 und 3 FKVO erreichen. Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO könnten dann ersatzlos gestrichen werden.

## Was ist eigentlich Regulierung?\*

*Thomas von Dannwitz*

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Rezeption der U.S.-amerikanischen Regulierungskonzeption?
  - 1. Gemeinschaftsrechtlicher Befund
  - 2. Nationalrechtlicher Befund
  - 3. Heterogenität der regulierten Marktstrukturen
- III. Konzeptionelle Grundlagen des deutschen Regulierungsrechts
  - 1. Konzeptionelles Grundverständnis des deutschen Regulierungsrechts
  - 2. Zielgerichtete Gestaltungsaufträge und regulatorische Handlungsermächtigungen
    - a) Analyse der Handlungsermächtigungen
    - b) Letztentscheidungsbefugnisse der REGTP
  - 3. Regulierung beinhaltet kein Mandat zur hoheitlichen Wettbewerbsplanung
- IV. Verfassungsrechtliche Maßstäbe
  - 1. Verfassungsrechtliche Vorgaben
  - 2. Verfassungsanforderungen an die Regulierung
- V. Was lehrt uns die Diskussion um das Wesen der Regulierung otsklagen und Regression
  - 1. Folgerungen für die verwaltungsrechtliche Systembildung
  - 2. Zur Entwicklung eines Regulierungsverwaltungsrechts
- VIII. Interpretation und das Verhältnis von Recht und Politik
  - 1. Verfassungsrechtsprechung in außerordentlichen Zeiten
    - a) Während der Verfassung von 1961
    - b) Während der Verfassung von 1982
  - 2. Verfassungsrechtsprechung in normalen Zeiten
- IX. Judicial self-restraint oder judicial activism?
- X. Zwischenresümee
- XI. EMRK, EGMR und das Türkische Verfassungsgericht
  - 1. Verfassungsrechtliche Stellung der EMRK
  - 2. Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts zur EMRK
  - 3. Die Rechtsprechung des EGMR in der Verfassungsrechtsprechung
- XII. Resümee

### I. Einleitung

Es gehört bereits seit Jahren zum *acquis* der verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Erkenntnis, dass der Ausdruck der „Regulierung“ eine ebenso schildernde wie zentrale Begriffskategorie des liberalisierten Telekommunikations- und Postrechts bildet, die nun auch das neue Energiewirtschaftsrecht prägen soll<sup>1</sup>. Gesichert ist in-

---

\* Antrittsvorlesung vor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln vom 5. Juli 2004, die ich meinem akademischen Lehrer, Prof. Dr. Fritz Ossenbühl, zum 70. Geburtstag widme.

des lediglich die allgemeine Aussage, dass die Regulierung eine bestimmte Erscheinungsform staatlicher Wirtschaftsaufsicht darstellt<sup>2</sup>. Deutlicher als jede dogmatische Überlegung macht die Bezeichnung der zuständigen Behörde als Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, die bald zur Bundesregulierungsbehörde für Elektrizität, Gas, Telekommunikation und Post (REGTP) erstarken soll<sup>3</sup>, dass an der Bedeutung dieser Regulierungsaufgabe kein Zweifel angemeldet werden darf. Um so weniger mag die Fragestellung des Themas aus sich heraus verständlich erscheinen, denn in einer ganzen Behörde muss doch jemand wissen, was sie tut.

Mehr noch: Dank der in modernen Gesetzen katalogartig ausgebreiteten Legaldefinitionen belehrt uns § 3 Ziffer 13 TKG a.F. ausdrücklich darüber, was Regulierung ist, und zwar umfasst sie „Maßnahmen, die zur Erreichung der in § 2 Abs. 2 genannten Ziele ergriffen werden und durch die das Verhalten von Telekommunikationsunternehmen beim Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen, von Endeinrichtungen oder von Funkanlagen geregelt wird, sowie die Maßnahmen, die zur Sicherstellung einer effizienten und störungsfreien Nutzung von Frequenzen ergriffen werden“. Dass uns eine entsprechende Regelung im PostG erspart blieb, im neuen TKG gestrichen wurde und für das ebenfalls neu zu fassende EnWG nicht vorgesehen ist, bestätigt den ersten Eindruck der Aussagearmut und Entbehrlichkeit dieser Definition besser als jedes Rasonnement. Dementsprechend soll es nachfolgend natürlich nicht um Sinn und Aussagekraft einer solchen Definition gehen und erst recht kein begriffsjuristisches Kolleg abgehalten werden. Jedoch gehört es zu den Binsenweisheiten moderner Kommunikation, dass Themen durch bestimmte Begriffe positiv „besetzt“ und – wichtiger noch – inhaltlich geprägt werden. Aus anderen Disziplinen entlehene Begriffe dienen dabei als Platzhalter für eine erstrebte Neuausrichtung. Mancher Autor glänzt durch die Einführung eines rechtlich unbelasteten, inhaltlich unbestimmten Begriffs, dessen juristische Vieldeutigkeit dazu bestimmt ist, ihm Zitierhäufigkeit und hohe Akzeptanz zu si-

---

<sup>1</sup> Siehe gleichsinnig §§ 1 und 2 TKG und PostG sowie § 3 Nr. 13 TKG; vgl. ferner § 1 Abs. 2 des Entwurfs eines Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG = Art. 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Neufassung des Energiewirtschaftsgesetzes). Der Referentenentwurf ist auf der Homepage des *BMWi* (<http://www.bmwi.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/referentenentwurf-EnWG.property=pdf.pdf>) veröffentlicht. Zur Begriffskennzeichnung R. *Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, AT, 1990, § 2 I 2 c bb, S. 48 f.; M. *Ruffert*, Regulierung im System des Verwaltungsrechts, AöR 124 (1999), S. 237 (240 f.).

<sup>2</sup> So P. *Badura*, Wettbewerbsaufsicht und Infrastrukturgewährleistung durch Regulierung im Bereich der Post und der Telekommunikation, Festschrift Großfeld, 1999, S. 35 (40).

<sup>3</sup> Siehe Art. 3 § 1 des Entwurfs eines Gesetzes zur Neufassung des Energiewirtschaftsgesetzes (o. Fußn. 1).

chern. Eine Evaluation mag in solchem Schaffen sogar Innovation und Originalität erblicken. Praktischer Rechtsanwendung und Rechtskenntnis wird auf diese Weise jedoch nicht gedient.

Im Folgenden lade ich Sie daher nicht zu einem Tauchgang in die terminologischen Untiefen der Unterwasserwelt der Regulierung, sondern zu einer ganz nüchternen Betrachtung der Gegenstände ein, die durch den Begriff der Regulierung bezeichnet werden. Vor allem wird es also um die Erfassung ihres Wesens und der Inhalte dieser Staatsaufgabe gehen. Vorrangig sollen dabei die Konsequenzen behandelt werden, die mit dem Typus der Regulierung für die Staatsaufgaben- und die Handlungsformenlehre der Verwaltung in systematischer Hinsicht verbunden sind. In unmittelbarem Zusammenhang mit dieser dogmatischen Verarbeitung der neuen Aufgabenstellung stehen die praktisch bedeutsamen Folgerungen, die für die Rollenverteilung von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung zu ziehen sind.

Die nachfolgenden Überlegungen werden sich an der im Schrifttum aufgestellten These orientieren, die – vereinfachend ausgedrückt – davon ausgeht<sup>4</sup>, dass mit der gesetzlichen Verwendung des Begriffs der Regulierung das US-amerikanische Vorbild staatlicher Wettbewerbslenkung rezipiert worden sei und die Regulierungsbehörde deshalb zur selbstgestalteten Rechtsetzung und Rechtsanwendung der Regulierungsmaßstäbe legitimiert werde. Die Erfüllung der besonderen Aufgabenstellung, die der RegTP mit der Regulierung zugewiesen worden sei, erfordere notwendigerweise die rechtliche Unabhängigkeit der Behörde und bedinge zudem eine bereichsspezifische Verschiebung der verfassungsrechtlichen Grenzen, die dem Verwaltungshandeln namentlich durch den Gesetzesvorbehalt, die normative Ermächtigungslehre und den Bestimmtheitsgrundsatz gezogen sind. Entscheidende Bedeutung wird dabei der Frage zukommen, ob sich die genannten Funktionsmodalitäten als wesensnotwendige Voraussetzung der Regulierung erweisen, deren Einhaltung unumgänglich für die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den regulierten Märkten ist<sup>5</sup>. Oder wird damit das Mandat für eine weitgehend kontrollfreie staatliche Wettbewerbsplanung<sup>6</sup> erstrebt,

---

<sup>4</sup> Siehe v.a. *M. Bullinger*, Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, DVBl. 2003, S. 1355 (1358 ff.); *H.-H. Trute*, Regulierung – am Beispiel der Telekommunikation, in: Festschrift Brohm, 2002, S. 169 (170 ff.); rechtspolitisch argumentierend *K.-H. Ladewig*, Regulierung nach dem TKG, K & R 1998, S. 479 ff.

<sup>5</sup> Dahingehend *E. Schmidt-Aßmann*, Perspektiven der Systembildung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Perspektiven der Systembildung, 2000, S. 405 (426).

<sup>6</sup> So *Th. von Danwitz*, Die gerichtliche Kontrolle der Entgeltregulierung im Post- und Telekommunikationsrecht, DVBl. 2003, S. 1405 (1409).

das im Rahmen der grundgesetzlichen Verfassungsordnung nicht erteilt werden kann?

## II. Rezeption der U.S.-amerikanischen Regulierungskonzeption?

Das Konzept der Regulierung entstammt fraglos dem amerikanischen Recht, wo es als hoheitliche Aufsicht über private Monopolstrukturen der *regulated industries* über eine beachtliche, aber keineswegs bruchlos verlaufene Tradition verfügt<sup>7</sup>. So eindeutig der Herkunftsnachweis für den Begriff der Regulierung daher ausfällt, so unauffindbar sind indes Spuren, die auf eine förmliche Rezeption der amerikanischen Konzeption der *regulation* oder auf eine inhaltliche Übernahme dieser Rechtsvorstellung in einer spezifischen Weise hindeuten könnten. Dies gilt namentlich für die drei Schlüsselemente der amerikanischen Regulierungskonzeption: die selbstgestaltete Rechtsetzung und Anwendung von Regulierungsmaßstäben, die Weisungsfreiheit der Regulierungsbehörde und die Beschränkung der Gerichtskontrolle.

### 1. Gemeinschaftsrechtlicher Befund

Bereits der Befund zu den in diesem Zusammenhang als „Transformationsordnung“ apostrophierten Vorgaben des europäischen Richtlinienrechts<sup>8</sup> fällt eindeutig aus. So fehlt ein eigenständiger Begriff der Regulierung in der sog. Postdiensterrichtlinie noch vollständig. Vielmehr beschreibt sie die Aufgaben der Regulierungsbehörde nur lapidar mit der Zuständigkeit<sup>9</sup>, die Einhaltung der sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen zu kontrollieren und ggf. Kontrollen und spezifi-

---

<sup>7</sup> Siehe namentlich *J. Masing*, Die US-amerikanische Tradition der *Regulated Industries* und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts, AöR 128 (2003), S. 558 ff.; für den Bereich des Energierechts siehe *S. Ziesak*, Regulierung oder Selbstregulierung, Bd. 37 der Bochumer Beiträge zum Berg- und Energierecht, 2003, S. 58 ff.; aus ökonomischer Sicht *J. Müller/I. Vogelsang*, Staatliche Regulierung, 1979; *M. Horn/G. Knieps/J. Müller*, Deregulierungsmaßnahmen in den USA: Schlussfolgerungen für die BR Deutschland, 1988.

<sup>8</sup> Siehe *Trute*, in: *Trute/Spoerr/Bosch*, Telekommunikationsgesetz mit FTTEG, Kommentar, 2001, § 1 TKG Rn. 10.

<sup>9</sup> Art. 22 UAbs. 3 der Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität (Postdiensterrichtlinie), ABl. EG Nr. L 15, S. 14 ff., geändert durch die Richtlinie 2002/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Juni 2002 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 176, S. 21 ff.



sche Verfahren festzulegen, um die Beachtung der reservierten Dienste sicherzustellen. Umfangreicher regelt die sog. Rahmenrichtlinie für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste die Rechtsstellung der nationalen Regulierungsbehörden und legt regulatorische Grundsätze fest<sup>10</sup>. In diesem Zusammenhang ist von regulatorischen Aufgaben die Rede, die vor allem der Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs dienen. Die Verpflichtung auf die Ziele der Wettbewerbsförderung bei der Bereitstellung elektronischer Kommunikationsnetze und -dienste, auf die Entwicklung des Binnenmarktes und auf die Wahrung der Interessen von Bürgern und Verbrauchern wird sodann im Einzelnen ausgeführt. Jedoch lässt sich den Gemeinschaftsregelungen keine konkrete Aussage über die Natur dieser regulatorischen Aufgaben oder die zu ihrer Erfüllung verfügbaren Handlungsmodalitäten entnehmen. Auch den spezifischen Vorschriften über die Befugnisse der Regulierungsbehörden im Hinblick auf den Netzzugang und die Zusammenschaltung, die Preiskontrolle und die Kostenrechnung in der sog. Zugangsrichtlinie<sup>11</sup> kann man keine Festlegung auf ein bestimmtes Aufgabenverständnis der Regulierung, auf konkrete Handlungs- und Entscheidungsformen der Behörde oder auf ein Mandat zur selbstgestalteten Entwicklung des Wettbewerbs entnehmen.

Desgleichen beschränkt sich die Aufgabenbeschreibung der Regulierungsbehörde für den Elektrizitätsbinnenmarkt auf die näher ausgeführten Verpflichtungen, Nichtdiskriminierung, echten Wettbewerb und ein effizientes Funktionieren des Binnenmarktes sicherzustellen sowie ein Monitoring durchzuführen<sup>12</sup>. Im Übrigen bekennt sich die Richtlinie in subsidiaritätsentsprechender Weise dazu, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, die Aufgaben, Zuständigkeiten und administrativen Befugnisse der Regulierungsbehörden festzulegen<sup>13</sup>. Allerdings werden sie verpflichtet, geeignete und wirksame Mechanismen für die Regulierung, die Kontrolle und die Sicherstellung von Transparenz zu schaffen, um den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zum Nachteil insbesondere der Verbraucher zu verhindern<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Siehe v.a. Art. 3 und 8 der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108, S. 33 ff.

<sup>11</sup> Siehe v.a. Art. 5, 12 und 13 der Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie), ABl. EG Nr. L 108, S. 7 ff.

<sup>12</sup> Siehe Art. 23 der Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. EG Nr. L 176, S. 37 ff.

<sup>13</sup> So Erwägungsgrund Nr. 15 der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. EG Nr. L 176, S. 37 ff.

<sup>14</sup> So Art. 23 Abs. 8 der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. EG Nr. L 176, S. 37 ff.

Diesen Gemeinschaftsvorschriften sind keine zureichenden Anhaltspunkte zu entnehmen, um auf eine förmliche Rezeption oder eine inhaltliche Übernahme der amerikanischen Regulierungskonzeption schließen zu können, vor allem in Bezug auf die Erteilung eines Mandates zur selbständigen Wettbewerbsgestaltung mit entsprechender Zurücknahme der gerichtlichen Kontrolle. Eindeutig ist dieser Befund gerade auch in der Frage der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde. Die entsprechende Forderung der EG-Richtlinien bezieht sich nur auf die rechtliche und funktionale Unabhängigkeit von den Unternehmen, die Leistungen auf regulierten Märkten anbieten<sup>15</sup>. Eine Weisungsfreiheit der Regulierungsbehörde ist damit ebenso wenig zu begründen wie mit der weitergehenden gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung, ihre Befugnisse unparteiisch und transparent auszuüben<sup>16</sup>. Denn selbstredend müssen auch weisungsgebundene Behörden diese Anforderungen unabhängig von gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben erfüllen. Damit wird überdies ein bedenklicher Gegensatz zwischen der Gesetzmäßigkeit und der Weisungsgebundenheit der Verwaltung konstruiert, der für den demokratischen Rechtsstaat unannehmbar ist. Vielleicht beruht sie aber nur auf einer schlichten Verwechslung der Weisungsbefugnis mit den Rechtmäßigkeitsanforderungen an die Weisungserteilung, die fraglos zu beachten sind. Die umfassende, nun auch Einzelweisungen erfassende Veröffentlichungspflicht nach § 117 TKG genügt den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben vollauf. Für das Gemeinschaftsrecht wird man daher eine schlichte Fehlanzeige im Hinblick auf eine Verpflichtung zur Schaffung weisungsfreier Regulierungsinstanzen nach dem amerikanischen Vorbild der independent agencies zu bilanzieren haben.<sup>17</sup>

## 2. Nationalrechtlicher Befund

Dem gemeinschaftsrechtlichen Befund entsprechend sucht man auch in den Gesetzesmaterialien zum TKG, zum PostG und nun auch zum neuen EnWG vergeblich nach Aussagen oder konkreten Hinweisen auf ein Grundverständnis von der Regulierung als einer Aufgabe, die in der Form selbständiger Wettbewerbsgestaltung durch eine rechtlich weisungsfreie Behörde unter entsprechender Zurück-

---

<sup>15</sup> Siehe Art. 22 UABs. 1 der sog. Postdienstrichtlinie 97/67/EG, ABl. EG Nr. L 15, S. 15 geändert durch die Richtlinie 2002/39/EG vom 10.06.2002, ABl. EG Nr. L 176, S. 21; Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2002/21/EG, ABl. EG Nr. L 108, S. 33 ff. und Art. 23 Abs. 1 der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. EG Nr. L 176, S. 37 ff.

<sup>16</sup> So aber *Trute* (o. Fußn. 4), in: Festschrift Brohm, 2002, S. 169 (184 ff.).

<sup>17</sup> Dazu auch *K. Ritzgen*, Regulierung, noch unveröffentlichtes Manuskript, 2004, § 5.

nahme der gerichtlichen Kontrolle erfüllt werden soll<sup>18</sup>. Im Gegenteil geht namentlich das neue TKG von dem klassischen Grundverständnis der Notwendigkeit einer spezifischen gesetzlichen Einräumung von Letztentscheidungsbefugnissen der Verwaltung aus, wie sie prototypisch in § 71 Abs. 5 Satz 2 GWB für die Würdigung der gesamtwirtschaftlichen Lage Ausdruck gefunden hat. Dies ergibt sich in aller Deutlichkeit aus der entsprechenden Regelung in § 10 Abs. 2 Satz 2 des neuen TKG, wonach die Regulierungsbehörde die Marktdefinition im Rahmen eines ihr zustehenden Beurteilungsspielraums vornimmt. Wenn der Gesetzgeber es für notwendig erachtet, die REGTP insoweit ausdrücklich mit einem Beurteilungsspielraum auszustatten, so belegt diese gesetzliche Einräumung, dass sich ein solcher nicht schon aus der Natur der Regulierungsaufgabe selbst ergibt, wie dies verbreitet angenommen wird.

Auch den übrigen gesetzlichen Grundlagen des deutschen Regulierungsrechts, welche die Befugnisse der Regulierungsbehörde im Einzelnen festlegen, ist ein ausdrückliches Bekenntnis zur Regulierungskonzeption des amerikanischen Rechts ebenso wenig wie eine sachliche Übernahme ihrer wesensbestimmenden Schlüsselemente zu entnehmen.

### 3. Heterogenität der regulierten Marktstrukturen

Im Hinblick auf die Frage nach der Verwirklichung einer bestimmten Regulierungskonzeption, die sich gleichsam begriffsnotwendig aus einem metarechtlichen Regulierungsverständnis ergibt, ist ein weiterer allgemeiner Gesichtspunkt zu beachten: die Heterogenität der betroffenen Marktstrukturen. Da die Notwendigkeit hoheitlicher Regulierung ihre primäre Rechtfertigung in der Öffnung ehemals als natürlich angesehener Monopole findet, wie sie namentlich von der ökonomischen Theorie monopolistischer Bottlenecks<sup>19</sup> begründet wird, ist nach dem Bestehen solcher Bottleneck-Ressourcen zu fragen. Diese sind vor allem in der Flughafen- und Schienenverkehrsinfrastruktur auszumachen. Für die der Regulierung durch

---

<sup>18</sup> Siehe BT-Drucks. 13/3609, S. 34 zu Ziffer 2, 35 zu Ziffer 4 und 36 zu § 2 Abs. 2 für das TKG und BT-Drucks. 13/7774, S. 17 für das PostG sowie die ebenso unspezifische Aussage in § 1 Abs. 2 E-EnWG mit Begründung, ebenda, S. 1.

<sup>19</sup> Siehe namentlich G. Knieps, Der disaggregierte Regulierungsansatz der Netzökonomie, in: Knieps/Brunekreeft (Hrsg.), Zwischen Regulierung und Wettbewerb. Netzsektoren in Deutschland, 2000, S. 7 ff.; ders., Ist das logistische Briefbeförderungssystem eine wettbewerbliche bottleneck-Ressource, in: Herdegen/Immenga/Knieps, Die Teilleistungsregelung des § 28 PostG, 2002, S. 71 (76 ff.); A. Eisenkopf, Zur Rolle von sektorspezifischen Regulierungsinstitutionen in Netzindustrien, in: Perspektiven der Wirtschaftspolitik, 2003, S. 449 ff.

die REGTP unterworfenen Bereiche werden Bottlenecks im Telekommunikationssektor indes nur im lokalen Netzbereich und im Elektrizitätssektor für die Transport- und Verteilnetze festgestellt<sup>20</sup>. Diese werden jedoch nach den im Referentenentwurf zum neuen Energiewirtschaftsgesetz genannten Zahlen von mehr als 1.600 privatwirtschaftlich organisierten Netzbetreibern unterhalten<sup>21</sup>. Demgegenüber stellen die wesentlichen Postdienstleistungen, also das Einsammeln, das Sortieren, der Transport und die Zustellung aus Sicht der Ökonomen schon deshalb keine Bottleneck-Ressourcen dar, weil sie keine irreversiblen Kosten verursachen<sup>22</sup>.

Während diese ökonomische Betrachtung also einen sektorspezifischen Regulierungsbedarf in Teilen der Telekommunikations- und der Elektrizitätsversorgung, nicht aber für das Postwesen aufzeigt, fehlt es bisher nur auf den Telekommunikations- und den Postmärkten an marktstarken Wettbewerbern der Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost. Demgegenüber fällt die bestehende Wettbewerbssituation auf dem deutschen Elektrizitätssektor schon wegen der Vielzahl der Marktakteure günstiger aus<sup>23</sup>. Eine Zusammenschau dieser beiden unterschiedlichen Aspekte zeigt, dass die Herstellung funktionsfähigen Wettbewerbs auf den jeweils betroffenen Marktsegmenten in durchaus unterschiedlicher Weise von verschiedenen Regulierungsnotwendigkeiten bestimmt wird. Einerseits dominiert der sektorspezifische Regulierungsbedarf, der sich aus dem Bestehen monopolistischer Bottlenecks ergibt, andererseits tritt der Aspekt wirksamer Wettbewerbsförderung in den Vordergrund. Daher erscheint es geboten, den sektorspezifisch unterschiedlichen Regulierungsbedürfnissen durch spezifische rechtliche Vorgaben und entsprechende Anwendungsgrundsätze in der Regulierungspraxis Rechnung tragen zu können, ohne auf ein metajuristisches Vorverständnis von der Aufgabe der Regulierung festgelegt zu sein<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> So *Knieps*, (Fn. 19), in: Herdegen/Immenga/Knieps (Hrsg.), Teilleistungsregelung, S. 71 (76 f.).

<sup>21</sup> So die Begründung zum Referentenentwurf (o. Fußn. 1), S. 1.

<sup>22</sup> Siehe *Knieps*, (Fn. 19), in: Herdegen/Immenga/Knieps (Hrsg.), Teilleistungsregelung, S. 71 (82 ff.).

<sup>23</sup> Siehe dazu den Bericht des BMWA an den Deutschen Bundestag über die energiewirtschaftlichen und wettbewerblichen Wirkungen der Verbändevereinbarung (Monitoring-Bericht) vom 31. August 2003, <http://www.bmwi.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/monitoringbericht,property=pdf.pdf>, S. 9 ff.

<sup>24</sup> Im Übrigen wäre es gemeinschaftsrechtlich fraglos zulässig, mit der Wettbewerbsregulierung und der auf die Durchsetzung von Gemeinwohlbelangen zielenden Regulierung jeweils eigenständige Regulierungsbehörden zu betrauen, wie dies in Italien bereits ansatzweise geschehen ist. Siehe dazu *A. Argentati*, Relations between the Competition Authority and Sectoral Regulators: Italy's Experience, E.C.L.R. 2004, S. 304 ff.

### III. Konzeptionelle Grundlagen des deutschen Regulierungsrechts

Im Gegensatz zu der Feststellung fehlender Anhaltspunkte für eine Orientierung des europäischen und des deutschen Regulierungsrechts an U.S.-amerikanischen Vorstellungen erschließen sich die konzeptionellen Grundlagen, die das deutsche Regulierungsrecht inhaltlich prägen und insbesondere seine rechtspraktische Anwendung anleiten sollen, mit großer Deutlichkeit aus den Gesetzesmaterialien.

#### 1. Konzeptionelles Grundverständnis des deutschen Regulierungsrechts

So betonen die Begründungen zum TKG und zum PostG die Notwendigkeit einer besonderen ex-ante Regulierung marktbeherrschender Unternehmen mit dem Ziel der Förderung eines funktionsfähigen Wettbewerbs<sup>25</sup>. Danach werden die bestehenden wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des GWB als unzureichend für die Umwandlung eines traditionell monopolistisch geprägten Marktes angesehen. Neben dem Netzzugang wird auch die ex-ante Genehmigung von Zugangs- und Endkundertarifen marktbeherrschender Unternehmen für erforderlich gehalten, um potenziellen Wettbewerbern den Einstieg in den Markt tatsächlich zu ermöglichen<sup>26</sup>. Namentlich die Anlehnung der Entgeltregulierung im Post- und Telekommunikationsrecht an die wettbewerbsrechtliche Perspektive des GWB ist in der Begründung zu den Gesetzentwürfen besonders betont worden. Danach entsprechen die Kriterien der Entgeltregulierung im Wesentlichen den Beurteilungsmaßstäben des GWB<sup>27</sup>. Gleichsinnig fasst der Referentenentwurf für das neue EnWG die konzeptionelle Grundeinstellung zur energierechtlichen Regulierung in wünschenswerter Klarheit mit folgenden Worten zusammen: „Die Aufsicht über die wirtschaftliche Tätigkeit der Betreiber von Energieversorgungsnetzen ist auf Bundesebene bisher durch das Bundeskartellamt ausgeübt worden. Bewährte Grundsätze der kartellrechtlichen Aufsicht werden bei der Ausgestaltung des Ordnungsrahmens übernommen und im notwendigen Umfang durch zusätzliche Eingriffs-

---

<sup>25</sup> Begründung zum Entwurf eines PostG, BT-Drs. 13/7774, Allgemeiner Teil, S. 17; Begründung zum Entwurf eines TKG, BT-Drs. 13/3609, Allgemeiner Teil, S. 33 f. Siehe auch Begründung zum Entwurf eines TKG (neu), BT-Drs. 15/2316, S. 1, wonach die Schaffung von Wettbewerb durch sektorspezifische Regulierung ein zentrales Anliegen bleibt; siehe auch S. 56, wo der Begriff „wettbewerbsorientierte Regulierung“ verwandt wird.

<sup>26</sup> So BT-Drs. 13/3609, S. 34 und S. 43 zu § 24 der Entwurfsfassung für das TKG und BT-Drs. 13/7774, S. 18 f. für das PostG.

<sup>27</sup> So BT-Drs. 13/3609, S. 43 zu § 23 der Entwurfsfassung für das TKG und BT-Drs. 13/7774, S. 24 zu § 19 Abs. 2 für das PostG. Dies gilt auch für die Neufassung von § 26 Abs. 1 TKG 2004, namentlich im Hinblick auf die Anpassung an § 19 GWB in Ziffer 2, siehe BT-Drs. 15/2316, S. 27.

rechte der neuen Bundesregulierungsbehörde ergänzt. Dies ermöglicht eine effiziente Aufsicht über die Energieversorgungsnetze, die vorhandenes Wissen einbindet und durch die Gewährleistung umfassenden Rechtsschutzes der Beteiligten in behördlichen und gerichtlichen Verfahren ergänzt wird<sup>28</sup>.

Demnach geht es also bei der Regulierung um die Übernahme bewährter Grundsätze der kartellrechtlichen Aufsicht, verbunden mit der Schaffung zusätzlicher Eingriffsbefugnisse, die sich für eine effiziente Aufsicht als notwendig erweisen.<sup>29</sup> Mit dieser Charakterisierung, gerade im Hinblick auf das Bekenntnis zu umfassendem Rechtsschutz, ist aber eine Konzeption markiert, die in erkennbarem Gegensatz zur amerikanischen Vorstellung einer selbstgestalteten und weitgehend kontrollfrei gestellten Wettbewerbsförderung durch regulation steht.

## *2. Zielfindende Gestaltungsaufträge und regulatorische Handlungsermächtigungen*

Betrachtet man die Normstrukturen des neuen Regulierungsverwaltungsrechts einmal näher, so erschließt sich die eigentliche „Besonderheit“ dieser Materie recht bald. Das Spezifische der gesetzlichen Vorschriften über die Regulierung besteht darin, dass sie ausdrückliche Bestimmungen über die verschiedenen Regulierungsziele enthalten. Während vor allem das neue TKG einen ausführlichen Katalog vielfältiger, mitunter gegenläufiger Zielsetzungen aufweist, begnügt sich der Referentenentwurf zum EnWG mit der vergleichsweise schlichten Bezeichnung der Sicherstellung wirksamen Wettbewerbs unter gleichzeitiger Gewährleistung des leistungsfähigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen als Orientierungspunkte der Regulierung. Die immerhin noch überschaubaren Regulierungsziele des Postgesetzes nehmen insofern eine mittlere Position ein.

So wohlthuend die asketische Zurückhaltung bei den Zielsetzungen der Regulierung im EnWG-Entwurf ist, so wenig verbürgt der ausladende gesetzliche Zielkatalog des TKG eine Abkehr vom Leitbild der normativ dirigierte Rechtsanwendung unter Hinwendung zur Vorstellung selbstgestalteter Zielverwirklichung. Denn diese Zielbestimmungen führen nicht zu der oft postulierten Wesensveränderung der gesamten Verwaltungsaufgabe, die der REGTP unter dem Signum der Regulierung gestellt ist. Zunächst ist festzuhalten, dass einleitende Bestimmungen über die mit

---

<sup>28</sup> Referentenentwurf EnWG (o. Fußn. 1), Begründung S. 1 f.

<sup>29</sup> In diesem Sinne auch *A. Groebel*, Die Entgeltgenehmigungspraxis der RegTP – Erfahrungen aus dem Telekommunikationsbereich, in: TKMR-Tagungsband 2004, S. 39.

einem Gesetz verfolgten Ziele schon zum guten Ton jeder modernen Gesetzgebung gehören<sup>30</sup>. Auch für ausführliche Beschreibungen und Zielvorgaben der Aufgabe, die der Verwaltung durch den Gesetzesvollzug konkret gestellt wird, gibt es genügend Vorbilder<sup>31</sup>, ohne dass daraus jemals auf eine pauschale Ermächtigung zur selbstgestalteten Verwirklichung der gesetzlichen Zielvorgaben geschlossen worden wäre. Denn für die Erfassung der Verwaltungsaufgabe sind nicht die allgemeinen Zielvorgaben des Gesetzes, sondern die konkreten Handlungsermächtigungen der Verwaltung maßgeblich. Aus dem Entscheidungsprogramm der jeweiligen Handlungsermächtigung muss sich also ergeben, welche Aufgabe die Verwaltung konkret zu bewältigen hat<sup>32</sup>.

a) Analyse der Handlungsermächtigungen

Wendet man sich indes den einzelnen Handlungs- und Genehmigungstatbeständen der Regulierungsverwaltung zu, so fällt auf, dass sich diese in aller Regel gerade nicht durch eine bloße Finalstruktur auszeichnen. Ihnen kann daher auch kein lediglich zieldirigierter Gestaltungsauftrag entnommen werden. Vor allem weisen die einzelnen Handlungsermächtigungen grundsätzlich keine Bezugnahme Klauseln auf die verschiedenen Regulierungsziele auf, so dass diese auch nicht zum Bestandteil des administrativen Entscheidungsprogramms werden. Eine Ausnahme bilden nur die Lizenzierungsvorschriften in § 6 Abs. 2 Satz 1 PostG und § 8 Abs. 2 Satz 1 TKG, die in der Regulierungspraxis bisher jedoch ohne Bedeutung geblieben sind. Im neuen TKG ist diese Vorschrift ohnehin entfallen und die Parallelbestimmung in § 4 des EnWG-Entwurfs ist eindeutig als gebundene Erlaubnis ausgestaltet. Gleiches gilt für den Teilleistungszugang nach § 28 PostG, für den Zugang zu Energieversorgungsnetzen und für den Netzanschluss nach § 20 bzw. § 14 EnWG-Entwurf, deren Normstruktur für wettbewerbsgestaltende Regulierungsmaßnahmen keinen Raum belässt.

---

<sup>30</sup> Siehe nur § 1 GenTG, § 1 UIG, § 1 UVP, § 1 BImSchG, § 1 StrVG, § 1 KrW-/AbfG, § 1 EnWG, § 1 Ziffer 1 bis 4 AtG, § 1 Ziffer 1 bis 5 PflSchG, § 1 Abs. 1 Ziffer 1 bis 4 BNatSchG.

<sup>31</sup> Siehe § 1 SGB I, § 1 Abs. 1 BauGB, § 1 Abs. 2 BSHG, § 2 HRG, § 1a WHG, § 1 BGS.

<sup>32</sup> Insoweit bleibt es bei der grundlegenden Erkenntnis der sog. normativen Ermächtigungslehre, dass administrative Letztentscheidungsbefugnisse dem Gesetz nur spezifisch für eine bestimmte Handlungsermächtigung entnommen werden können. Siehe *von Danwitz* (o. Fußn. 6), DVBl. 2003, S. 1405 (1411) m.w.N. v.a. auf die einschlägige Rechtsprechung; ebenso schon *E. Schmidt-Aßmann*, in: *Mauz/Dürig*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 197a (Loseblatt; Stand der Bearbeitung: Februar 2003), der indes den Gegensatz zu den von ihm zitierten pauschalen Kennzeichnungen der hoheitlichen Regulierung nicht behandelt.

Eine nähere Analyse der kommunikationsrechtlichen Entgeltregulierung nach dem PostG und dem TKG ergibt das gleiche Bild<sup>33</sup>. Eine anderweitige Betrachtung vermag auch die spezifisch für die Entgeltregulierung in das neue TKG aufgenommene Zielbestimmung nicht zu rechtfertigen, denn bei der Entgeltregulierung handelt es sich weiterhin um eine der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht funktional entsprechende Preisaufsicht, die lediglich aus Effizienzgründen zur Schaffung neuen Wettbewerbs als ex-ante Genehmigung ausgestaltet ist<sup>34</sup>. Daran vermag vor allem der Umstand nichts zu ändern, dass es selbstverständlich keinen „einzig richtigen“ Preis geben kann<sup>35</sup>. Die Aufgabe der Entgeltregulierung besteht aber natürlich auch nicht in der Festlegung des „richtigen“ Preises, sondern darin, über die „Angemessenheit“ der geforderten Preise zu befinden<sup>36</sup>. Dass es bei der Entgeltregulierung ebenso wie in der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht um einen hypothetischen Wettbewerbspreis geht, ist kaum deutlicher als mit der Regierungsbegründung zur Neufassung des TKG zum Ausdruck zu bringen, in der die Entgeltregulierung als „Ersatzinstrument für funktionsfähigen Wettbewerb“ bezeichnet wird, durch das „Preissetzungsspielräume von Anbietern mit beträchtlicher Marktmacht“ beschränkt werden sollen<sup>37</sup>, diese also im Kern anerkannt bleiben.

#### b) Letztentscheidungsbefugnisse der REGTP

Während diesen zentralen Handlungsermächtigungen der REGTP also kein Mandat zur eigenständigen Gestaltung der Wettbewerbsverhältnisse auf den ihrer Aufsicht unterworfenen Märkten zu entnehmen ist, erkennt das neue TKG in § 10 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich an, dass die Marktdefinition auf der Grundlage eines Beurteilungsspielraums erfolgt. Obwohl es für die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach § 21 TKG an einer solch ausdrücklichen Bestätigung einer Letztentscheidungsbefugnis der REGTP fehlt, legt die ratio legis dieser Neufassung ein solches Verständnis zumindest nahe. Denn die Bestimmung sieht nicht nur eine ausdrückliche Bezugnahme auf die allgemeinen Regulierungsziele vor, sondern enthält zudem noch einen umfangreichen Katalog von spezifischen Berücksichtigungsgeboten, die es der REGTP ermöglichen sollen, „eine angemessene Balance

---

<sup>33</sup> Dazu im Einzelnen von Danwitz, DVBl. 2003, S. 1405 ff.

<sup>34</sup> Siehe F. Schuster/S. Stürmer, Beck'scher TKG Kommentar, 2. Auflage 2000, § 24 Rn. 3 ff.; J. Sedemund, in: Beck'scher PostG Kommentar, 2. Auflage 2004, § 20 Rn. 8 ff.; V. Großkopf/K. Rügen, Entgeltgenehmigung nach dem TKG, CR 1998, 81 (88); auch G. Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, Kommentar, § 24 TKG Rn. 1 (Loseblatt; Stand der Bearbeitung: August 1999).

<sup>35</sup> Irreführend dagegen R. Breuer, Umsetzung von EG-Richtlinien im neuen Energiewirtschaftsrecht, NVwZ 2004, S. 520 (530).

<sup>36</sup> Siehe schon von Danwitz, (Fn. 6), DVBl. 2003, S. 1405 (1408 ff.).

<sup>37</sup> Siehe BT-Drs. 15/2316, S. 66 linke Spalte.



zwischen Dienstwettbewerb auf der einen Seite und infrastrukturbasiertem Wettbewerb auf der anderen Seite zu erreichen<sup>38</sup>. Daher wird man der REGTP bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe eine Gestaltungsermächtigung konzederen können. Demgegenüber bleibt allerdings irritierend, dass die Entscheidungen des *BKartA* zur allgemeinen Marktabgrenzung ebenso wie für den Zugang zu wesentlichen Einrichtungen nach § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB der vollinhaltlichen Nachprüfung durch die Kartellgerichte unterworfen sind<sup>39</sup>. Dies gilt umso mehr, als die Regulierungsentscheidungen jedenfalls nach dem EnWG der kartellgerichtlichen Überprüfung unterstellt werden sollen. Bedauerlicherweise ist der modernen Gesetzgebung hier die „vorausgesetzte innere Konsequenz des Rechts“<sup>40</sup> verloren gegangen.

### 3. Regulierung beinhaltet kein Mandat zur hoheitlichen Wettbewerbsplanung

Dieser differenzierende Befund zur einfachgesetzlichen Rechtslage führt zu der These zurück, die Aufgabenstellung der Regulierung erfordere im Kern politisch-planerische Entscheidungen<sup>41</sup>, die den fachplanerischen Abwägungsentscheidungen vergleichbar und daher einer vollständigen Nachprüfung durch die Verwaltungsgerichte entzogen seien<sup>42</sup>. Damit erinnert diese Vorstellung in auffälliger Weise an die Deutung der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht als Instrument politisch-gestaltender Wirtschaftslenkung<sup>43</sup>, die zu dem heute „versponnen anmutenden Gedanken“<sup>44</sup> geführt hatte, das GWB sei als Instrument der planenden Verwaltung<sup>45</sup> zu betrachten. Dass die entsprechende Deutung der Regulierung heute v.a. von einem akademischen Protagonisten der damaligen These einer kartellbehördlichen Wirtschaftslenkung angeführt wird<sup>46</sup>, belegt nur die Überzeugungsstärke und Konsequenz deutscher Rechtsgelehrter. Bemerkenswerter ist schon, dass

---

<sup>38</sup> So die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drs. 15/2316, S. 65, linke Spalte.

<sup>39</sup> Siehe aus der diesbezüglichen Rspr. des BGH etwa BGHZ 142, 239 (244) – Flugpreisspaltung; 96, 337 (341 ff.); BGH, WuW/E BGH 2150, 2153 f. – Edelstahlbestecke.

<sup>40</sup> So *W. Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 3. Auflage 1979, S. 295.

<sup>41</sup> Siehe *M. Röhl*, Die Regulierung der Zusammenschaltung, 2002, S. 169 ff.; *Trute* (o. Fußn. 8), in: *Trute/Spoerr/Bosch*, § 1 Rn. 10 ff.; *Schmidt-Aßmann* (o. Fußn. 32), in: *Maunz/Dürig*, Art. 19 Abs. 4 Rn. 197a.

<sup>42</sup> So v.a. *VG Köln*, MMR 2003, S. 814 (818); aus der Sicht der RegTP *Groebel* (o. Fußn. 29), TKMR-Tagungsband 2004, S. 39 (43).

<sup>43</sup> *M. Bullinger*, Staatsaufsicht in Verwaltung und Wirtschaft, VVDStRL 22 (1965), S. 264 (293 ff.; LS 14).

<sup>44</sup> So der bekannte Ausdruck von *Paulus van Husen* über die Entfesselung der Dritten Gewalt, AöR 78 (1952/53), S. 49 (53).

<sup>45</sup> So der damalige Präsident des Bundeskartellamtes, *E. Günther*, Das GWB als Instrument der planenden Verwaltung, in: *Joseph H. Kaiser* (Hrsg.), *Planung II*, 1966, S. 257 ff.

<sup>46</sup> Siehe *Bullinger* (Fn. 4), DVBl. 2003, S. 1355 (1358 ff.)

diese Vorstellung, an der seinerzeit der Präsident des Bundeskartellamtes Gefallen fand<sup>47</sup>, heute vom Präsidenten der REGTP propagiert wird<sup>48</sup>. In solchen Fragen gibt wohl doch eine zuständigkeitsgeprägte Sichtweise.

Ein wenig verwundert diese neuerliche Diskussion schon, da für die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht seit Ende der 60er Jahre in der Rechtsprechung anerkannt ist, dass die Missbrauchsaufsicht nach dem GWB als Rechtsaufsicht konstituiert ist<sup>49</sup>, wie namentlich *Jürgen Baur* in seiner grundlegenden Habilitationsschrift nachgewiesen hat<sup>50</sup>. Auch für die Regulierung bleibt es bei seiner Erkenntnis, dass nicht bereits die Verwendung eines besonders unbestimmten Rechtsbegriffs genügt, um auf eine Letztentscheidungsbefugnis zu behördlicher Wirtschaftslenkung schließen zu können. Vielmehr ist eine konkrete gesetzliche Ermächtigung zur politischen Gestaltung erforderlich<sup>51</sup>.

#### IV. Verfassungsrechtliche Maßstäbe

Während im TKG nur für ganz bestimmte Entscheidungsbefugnisse eine solch abschließende Beurteilungsermächtigung der REGTP festzustellen ist, fehlt es dort ebenso wie im Postrecht und im Energiewirtschaftsrecht an einem allgemeinen Mandat zur kontrollfreien hoheitlichen Wettbewerbsplanung. Dieser einfachgesetzliche Befund entspricht verfassungsrechtlichen Vorgaben, die in zweifacher Weise für eine Fortentwicklung des Regulierungsrechts von Bedeutung sind: Einerseits ziehen sie den Rahmen für die Erteilung regulierungsbehördlicher Gestal-

---

<sup>47</sup> *Güntber* (o. Fußn. 45), in: Kaiser (Hrsg.), Planung II, S. 257 ff.

<sup>48</sup> Siehe den unveröffentlichten Vortrag von *Matthias Kurth*, gehalten auf dem 1. Düsseldorfer Informationsrechtstag am 10.3.2004, Vgl. den Tagungsbericht unter <http://www.jura.uni-duesseldorf.de/dozenten/dietlein/Internetbericht.pdf>.

<sup>49</sup> Siehe *BGHZ* 49, 367 (369, 372, 373) – Fensterglas II mit Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte sowie *KG*, WuW/E OLG 3137, 3141 – „Rheinmetall-WMF“. In der seither ergangenen Rechtsprechung gehen die Kartellgerichte selbstverständlich von einer vollständigen Nachprüfung namentlich von Preismissbrauchsverfügungen des *BKartA* aus. Siehe *BGHZ* 142, 239 (247 ff.); 67, 104 (111) – Vitamin B12; 59, 42 (46 ff.) – Stromversorgung in Ostbayern; 68, 23 ff. – Valium; *BGH*, WuW/E BGH 2967 (2969) – Strompreis Schwäbisch Hall; WuW/E 3140 (3141) – Gaspreis. Aus dem Schrifttum statt vieler siehe nur *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, 1977, S. 565; *E. Schwippert*, Die Ermessensentscheidungen der Kartellbehörden und die Prüfungsbefugnis der Kartellgerichte, Diss jur., Bonn 1974, S. 117 ff., 176 f., 187; *J. Rodegra*, Zum Problem aufsichtsfreier Verwaltung durch das Bundeskartellamt, 1991, S. 67 ff.

<sup>50</sup> *Jürgen Baur*, Der Missbrauch im deutschen Kartellrecht, 1972, S. 66 ff.

<sup>51</sup> Siehe *Ossenbühl*, Festschrift Redeker, 1993, S. 55 (64 ff.).

tungsaufträge und bestimmen andererseits die verfassungsrechtlichen Anforderungen, die von der Regulierung zu erfüllen sind.

### 1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Der verfassungsrechtliche Rahmen für den Erlass gesetzlicher Grundlagen der Regulierungsverwaltung wird durch die Verfassungsgrundsätze der normativen Ermächtigungslehre, des Bestimmtheitsgebots und des Gesetzesvorbehalts gespeist.<sup>52</sup> Mit der Notwendigkeit einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung für administrative Letztentscheidungsbefugnisse wird indes nur auf den ersten Blick die Selbstverständlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass eine solche Einschätzungsprärogative verfassungsrechtlich lediglich durch eine entsprechende gesetzliche Zuweisung legitimiert werden kann. Darüber hinaus bewirkt dieses Erfordernis fraglos eine Rationalisierung und Disziplinierung der Herleitung abschließender Gestaltungsbefugnisse der Verwaltung<sup>53</sup>. Ergänzt wird dieser formale Grundsatz durch das Bestimmtheitsgebot, wonach es dem Gesetzgeber verwehrt ist, sich darauf zu beschränken, allgemeine Grundsätze aufzustellen und „die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit des Bürgers“ einseitig dem Ermessen der Verwaltung anheim zu stellen<sup>54</sup>. In dieser Hinsicht trifft sich das Bestimmtheitsgebot mit der Grundaussage der Lehre vom Gesetzesvorbehalt, wonach der Gesetzgeber die entscheidenden Grundlagen einer Rechtsmaterie, die den Freiheitsbereich der Bürger wesentlich betreffen, bekanntlich selbst festzulegen hat und dies nicht dem Handeln der Verwaltung überlassen darf<sup>55</sup>.

Diese gesicherte verfassungsgerichtliche Erkenntnis zeigt, wie wenig die Wesentlichkeitsrechtsprechung zum Gesetzesvorbehalt es erlaubt, der REGTP eine pauschale Befugnis zur letztverbindlichen Abwägung einzuräumen, die es ihr in Ansehung der bestehenden und der erstrebten Wettbewerbsverhältnisse gestatten würde, gleichsam situative Entscheidungen beispielsweise über die Höhe der genehmigungsfähigen Entgelte zu treffen. Daher stimmen Äußerungen nachdenklich, die *RegTP* solle die ihr eingeräumten Wertungsspielräume z.B. bei der Preisregulierung so lange zu Lasten des alten Monopolisten auslegen, bis die Wettbewerber einen

---

<sup>52</sup> Zu den rechtsstaatlichen Anforderungen an das Regulierungsverwaltungsrecht siehe auch *Ritzen* (o. Fußn. 17), Regulierung, § 8.

<sup>53</sup> Siehe bereits *von Danwitz* (o. Fußn. 6), DVBl. 2003, S. 1405 (1411).

<sup>54</sup> Siehe *BVerfGE* 78, 214 (226); ähnlich *BVerfGE* 80, 137 (161); 56, 1 (12); 20, 151 (155, 157 f.); *BVerwGE* 100, 230 (236).

<sup>55</sup> Siehe nur *BVerfGE* 56, 1 (13).

Marktanteil von 10 % erreicht hätten<sup>56</sup>. Oder gilt der Wesentlichkeitsgedanke auch hier nur umgekehrt, um das bekannte Bonmot von *Salzwedel* aufzugreifen. Finden wir im Recht der Regulierungsverwaltung also nur das Unwesentliche im Gesetz? Im Telekommunikationssektor werden Gesamtjahresumsätze von über 60 Mrd. €, im Postbereich von annähernd 25 Mrd. €<sup>57</sup> sowie in der Elektrizitäts- und Gasversorgung von zusammen über 100 Mrd. € erwirtschaftet<sup>58</sup>. Vergewahrtigt man sich die Bedeutung der Regulierungsverwaltung dieser Sektoren für die gesamte Volkswirtschaft wie für jeden einzelnen Bürger, sollte sich die Frage nach der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit einer gesetzlichen Begründung und Einhegung der regulierungsbehördlichen Befugnisse eigentlich nicht mehr stellen, vor allem wenn es um politisch eigenständige Gestaltungsermächtigungen gehen soll. Ein solches Verständnis würde in der Tat das Verhältnis von erster und zweiter Gewalt auf den Kopf stellen, das im demokratischen Parlamentsvorbehalt verfassungsrechtlich verankert ist<sup>59</sup>. Seine Grenzen findet der gebotene Zugriff des Gesetzgebers indes auch im Bereich der Regulierung dort, wo die Beachtung der besonderen Sachgesetzlichkeiten einer Materie der abstrakt-generellen Normierung durch den Gesetzgeber entgegensteht<sup>60</sup>.

## 2. Verfassungsanforderungen an die Regulierung

Die Betrachtung der verfassungsrechtlichen Notwendigkeit gesetzlicher Grundlagen für die administrative Wahrnehmung der Regulierungsaufgabe führt zu der allgemeinen Frage nach dem verfassungsrechtlichen Grundverständnis von Regulierung, das sich namentlich für das Telekommunikations- und Postwesen aus Art. 87f GG ergibt.<sup>61</sup>

In der grundgesetzlichen Neukonzeption des Kommunikationswesens ist die Erbringung von Post- und Telekommunikationsdienstleistungen eine privatwirt-

---

<sup>56</sup> So *Th. Vesting*, in: AK-GG, Art. 87f Rn. 39 (Loseblatt; Stand der Bearbeitung: 2001).

<sup>57</sup> Der Jahresbericht 2002 der *RegTP* gibt für den Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen Gesamtumsatzerlöse von 61 Mrd. Euro, für den Bereich der Postdienstleistungen von 23 Mrd. Euro an. Siehe den Jahresbericht der *RegTP*, Marktbeobachtungsdaten, S. 14, 64.

<sup>58</sup> *BMWA*, Energie Daten 2003, S. 6; abrufbar auch im Internet unter <http://www.bmwa.bund.de/Redaktion/Inhalte/Downloads/energiedaten-2003-1,property=pdf.pdf>.

<sup>59</sup> Siehe *F. Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* Bd. III, § 62 Rn. 35 ff.

<sup>60</sup> Vgl. *Ossenbühl* (o. Fußn. 59), in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* III, § 62 Rn. 65.

<sup>61</sup> Eingehend *Ritgen* (o. Fußn. 17), *Regulierung*, § 7.

schaftlichen Anbietern zugewiesene Betätigung, während die Gewährleistung der erforderlichen Infrastruktur demgegenüber eine dem Bund vorbehaltene Staatsaufgabe darstellt. Den Kern der verfassungsrechtlichen Reform bildet die grundlegende Wandlung der Rolle des Staates im Kommunikationswesen von der Erbringungs- zur Gewährleistungsverantwortung.<sup>62</sup> Damit geht eine Veränderung der konkreten Aufgabenstellung des Bundes von der Leistungserbringung in staatlicher Eigenregie zur Sicherstellung privatwirtschaftlicher, also in Fremddregie erbrachter Dienstleistungen einher<sup>63</sup>. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive bezeichnet der Begriff der hoheitlichen Regulierung also die Gesamtheit derjenigen Maßnahmen, die vom Bund zur Erfüllung seiner Infrastrukturgewährleistungsverpflichtung getroffen werden. Zugleich ist damit das latente Spannungsverhältnis von privatwirtschaftlicher Leistungserbringung und hoheitlicher Regulierung angesprochen. Gerade im Hinblick auf die Entfaltung funktionsfähigen Wettbewerbs, die im einfachgesetzlichen Telekommunikations- und Postrecht neben der Infrastrukturgewährleistung einen Primärzweck der Regulierung bildet, hat das BVerfG zur Bestätigung der Exklusivlizenz der Deutschen Post AG eine eindeutige Hierarchisierung dieser beiden Ziele vorgenommen und dabei unerwartet deutliche Worte gefunden.

So hat das BVerfG betont, dass die Erbringung von Kommunikationsdienstleistungen als privatwirtschaftliche Tätigkeiten unter dem Vorbehalt des Gewährleistungsauftrags aus Art. 87f Abs. 1 GG steht. Damit wird das Ziel privatwirtschaftlicher Leistungserbringung dem Zweck untergeordnet, flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten. Das Bekenntnis zur Privatwirtschaftlichkeit bewirkt demnach im Bereich der Infrastrukturgewährleistung keine völlige Freigabe an den marktwirtschaftlichen Wettbewerb, sondern nur die Einbettung dieses Wettbewerbs in das Gewährleistungsregime von Art. 87f Abs. 1 GG<sup>64</sup>. Der Infrastruktursicherungsauftrag soll verhindern, dass es bei und nach der Privatisierung zu einer Unterversorgung mit Kommunikationsdienstleistungen kommt, weil der Wettbewerb (noch) nicht funktioniert oder sich auf lukrative Bereiche beschränkt. Die Verpflichtung zur Infrastrukturgewährleistung begründet al-

---

<sup>62</sup> Dazu und zu anderen Grundtypen der Verwaltungsverantwortung (Erfüllungsverantwortung, Aufnahmeverantwortung) grundlegend wohl E. Schmidt-Aßmann, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 11, 43 ff.; ferner W. Hoffmann-Riem, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, 433, 440 ff.; G. F. Schuppert, Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat, in: König/Benz (Hrsg.), Privatisierung und Regulierung, 1997, S. 539 ff.

<sup>63</sup> So bereits Th. von Danwitz, Verfassungsfragen der gesetzlichen Exklusivlizenz der Deutschen Post AG, 2002, S. 26 f.

<sup>64</sup> BVerfGE 108, 370 (392 f.).

so – so führt das Gericht unter Bezugnahme auf *Stern* aus – die staatliche Verantwortung, marktwirtschaftlich bedingte Nachteile für eine Grundversorgung der Bevölkerung zu verhindern<sup>65</sup>. Daraus zieht es den markanten Schluss, dass eine Auslegung des Privatwirtschaftlichkeitsgebots in Abs. 2, die „ausnahmslos auf die Schaffung von Wettbewerb hinausläuft, [...] vom Grundgesetz unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt gestützt“ wird<sup>66</sup>.

Diese in einer solchen Eindeutigkeit vielleicht unerwartete Unterordnung der Wettbewerbsorientierung des Post- und Telekommunikationswesens unter die Infrastrukturgewährleistung sollte jedoch nicht zu pauschalisierenden Folgerungen verleiten. Sie gilt fraglos nur, wenn und soweit Verpflichtungen zur Infrastrukturgewährleistung, vor allem zur Universaldienstleistung, in Rede stehen. Erfahrungsgemäß ist das Postwesen bisher ungleich stärker als der Telekommunikationssektor von den Notwendigkeiten betroffen gewesen, kostenintensive Infrastrukturgewährleistungsmaßnahmen aufrechtzuerhalten. Sektorspezifische Besonderheiten sind fraglos auch für die von Art. 87f GG nicht erfasste Regulierung der Gas- und Energiemärkte zu beachten, jedoch wird man auch für diese Bereiche von einem prinzipiellen Vorrang der Verpflichtung zur Infrastrukturgewährleistung ausgehen können.<sup>67</sup>

Dass man es auch mit der Verpflichtung zu hoheitlich veranlassten Ineffizienzen im Namen der Infrastrukturgewährleistung übertreiben kann, lässt sich besonders plastisch am Beispiel der jüngst geführten Debatte<sup>68</sup> über die dem deutschen Michel zumutbare Briefkastendichte verdeutlichen. Denn die Verpflichtung der Deutschen Post AG nach § 2 Ziffer 1 der Post-Universaldienstleistungsverordnung, Briefkästen so vorzuhalten, dass die Kunden in zusammenhängend bebauten Wohngebieten in der Regel nicht mehr als 1.000 Meter zurückzulegen haben, um zu einem Briefkasten zu gelangen, wurde flugs als unzumutbar gebrandmarkt, nachdem die Deutsche Post AG beschlossen hatte, die bisherige Überversorgung auf das verordnungsrechtlich vorgeschriebene Niveau zurückzuführen. Die Kosten, die es verursacht, die überzähligen 48.000 Briefkästen werktäglich einmal zu leeren, zeigen das Dilemma zwischen privatwirtschaftlicher Dienstleistungserbrin-

---

<sup>65</sup> *BVerfGE* 108, 370 (393 f.).

<sup>66</sup> *BVerfGE* 108, 370 (393).

<sup>67</sup> Vgl. dazu auf EG-Ebene den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Elektrizitätsversorgung und von Infrastrukturinvestitionen vom 10. Dezember 2003, KOM (2003), 740 endg.

<sup>68</sup> Jahresbericht der RegTP 2003, S. 10 f.

gung und einer reichlich überzogenen Vorstellung von der erforderlichen Grundversorgung der Bevölkerung besonders deutlich auf.

### V. Was lehrt uns die Diskussion um das Wesen der Regulierung?

Regulierung bedeutet nach alledem also nichts anderes als die hoheitliche Regelung der Voraussetzungen für die Wirtschaftstätigkeit in den Sektoren der Daseinsvorsorge, die durch ein besonderes öffentliches Interesse an ausreichender Versorgung der Bevölkerung mit bestimmten Dienstleistungen gekennzeichnet sind<sup>69</sup>. To regulate bedeutet eben schlicht „regeln“. Dennoch hat sich die Diskussion um das Wesen der Regulierung als eine lehrreiche Gelegenheit erwiesen, um über die Suggestionskraft innovativer Begrifflichkeiten nachzudenken, die ebenso sympathisch wie unbestimmt daherkommen und von ihren Protagonisten zur Umgestaltung der gesetzlichen Grundlagen eingesetzt werden. Dabei haben sich meine Überlegungen auf das geltende Recht beschränkt. Ausgeklammert wurde weitgehend die rechtspolitische Grundsatzfrage, ob und in welchem Maße eine Rezeption der amerikanischen regulation durch die Einrichtung von independent agencies empfehlenswert erscheint. Insoweit ist jedoch auf die verfassungsrechtlichen Grenzen hingewiesen worden, die es zu beachten gilt. Immerhin sollten die keineswegs uneingeschränkt positiven Erfahrungen mit der amerikanischen Regulierung Anlass genug sein, die Dinge behutsam anzugehen<sup>70</sup>.

#### 1. Folgerungen für die verwaltungsrechtliche Systembildung

Doch liegt der eigentliche Ertrag dieser Diskussion in den Folgerungen, die aus der Kategorie der Regulierung für das System des allgemeinen Verwaltungsrechts zu ziehen sind. So eindeutig die Veränderungen für die Staatsaufgabenlehre zu bezeichnen sind, die der Paradigmenwechsel von der Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung ausgelöst hat, so spurlos ist dieser Wandel der Aufgabenstellung an der Handlungsformenlehre des Verwaltungsrechts vorübergegangen<sup>71</sup>. Der Verwaltungsakt bleibt auch im Recht der Regulierung das hoheitliche Instrument, um im Einzelfall zu bestimmen, was Rechtens sein soll<sup>72</sup>. Damit zeigen sich einmal

---

<sup>69</sup> Siehe aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht dazu das Weißbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374.

<sup>70</sup> Siehe dazu *J. Ziesack*, (Fn. 7), S. 58 ff., 74 ff., 90 ff.

<sup>71</sup> Vgl. bereits *Ruffert*, AöR 124 (1999), S. 237 (245).

<sup>72</sup> Vgl. *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Auflage 1924, S. 93.

mehr die besondere Adaptionfähigkeit der juristischen Methode *Otto Mayers* und die Offenheit der auf ihr gegründeten Systembildung. Vor allem erweist sich jedoch, dass ihr prononciert rechtsstaatlicher Anspruch, der durch die Zurückdrängung einer bloßen Ausrichtung des Verwaltungsrechts auf die Erreichung vorgegebener Verwaltungszwecke verwirklicht wurde, auch im 21. Jahrhundert aktuell bleibt<sup>73</sup>. Dies gilt namentlich für die freiheitssichernde Funktion der Rechtsinstitute des allgemeinen Verwaltungsrechts, rechtsstaatliche Distanz gegenüber einer allzu durchsetzungsorientierten Zweckverwirklichung der hoheitlichen Regulierungsvorgaben zu schaffen.

Demgegenüber entfaltet das Regulierungsrecht sein aufgabenspezifisches Wirkungspotential als neues Referenzgebiet der verwaltungsrechtlichen Systembildung auf einer mittleren dogmatischen Ebene<sup>74</sup>. Insofern geht es vor allem um eine stärkere Berücksichtigung wirtschaftsrelevanter Flexibilitätserfordernisse im Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht. Absehbare dogmatische Konsequenzen zeichnen sich vor allem im Hinblick auf die Fortschreibung verwaltungsverfahrenrechtlicher Beteiligungserfordernisse ab<sup>75</sup>, für weitere Ausdifferenzierungen gestufter Behördenentscheidungen<sup>76</sup> und für sinnvolle Beschränkungen des Regelungsanspruchs administrativer Anordnungen<sup>77</sup> sowie für die Handhabung des einstweiligen Rechtsschutzes<sup>78</sup>. Im Hinblick auf die Zuerkennung administrativer Gestaltungs- und Entscheidungsprärogativen bestätigt die spezifische Aufgabe der hoheitlichen Regulierung, dass dem Grundsatz vollständiger verwaltungsgerichtlicher Nachprüfung weitere Modifikationen durch bestimmte Letztentscheidungsrechte anzufügen sind, ohne jedoch eine allgemeine Bereichsausnahme von der verwaltungsgerichtlichen Vollkontrolle beanspruchen zu können. Auch für die Regulierung bleibt es also bei der grundlegenden Erkenntnis, die *Ossenbübl* bereits 1968 in

---

<sup>73</sup> Vgl. *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, 1992, S. 382, 384.

<sup>74</sup> Siehe eingehend *R. Wahl*, Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Alßmann (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 177 (211 ff.); für das Regulierungsrecht *Ritgen* (o. Fußn. 17), Regulierung, Dritter Teil, §§ 10 – 12.

<sup>75</sup> *Trute*, Das Telekommunikationsrecht – Eine Herausforderung für die Verwaltungsgerichte, in: Festschrift 50 Jahre BVerwG, 2003, S. 857 (865 f.); *Ladewig* (o. Fußn. 4), K & R 1998, S. 479 (486).

<sup>76</sup> *Trute*, (o. Fußn. 4), in: Festschrift Brohm, S. 169 (181).

<sup>77</sup> Erste Ansätze dazu finden sich in § 78 TKG bzw. § 128 TKG n.F., durch die die REGTP ermächtigt wird, bis zur endgültigen Entscheidung einstweilige Anordnungen zu treffen. Dazu etwa *Th. Mayen*, Einstweilige Anordnungen der RegTP als Sonderfall des vorläufigen Verwaltungsakts, CR 2000, S. 155 ff. Man wird freilich weitergehend fragen müssen, ob sich aus der Bezogenheit von Regulierungsverwaltungsakten auf eine bestimmte Marktsituation nicht gleichsam immanente Grenzen ihres Regelungsanspruchs ergeben. Näher zu Regulierungsverwaltungsakten *Ritgen* (o. Fußn. 17), Regulierung, § 10.

<sup>78</sup> Siehe insb. *VG Köln*, CR 2003, S. 831 ff. – T-DSL.



seinem Habilitationsvortrag vor dieser Fakultät formuliert hat, „dass es hier nicht um ein Ja oder Nein zum Rechtsschutz schlechthin geht, sondern um das Letztentscheidungsrecht in extremen Zweifelsfällen“<sup>79</sup>.

## *2. Zur Entwicklung eines Regulierungsverwaltungsrechts*

Dass der Beruf unserer Zeit darin besteht, die Entwicklung eines Regulierungsverwaltungsrechts zu befördern, bedarf nach alledem eigentlich keiner besonderen Betonung. Wer sich dieser Aufgabe stellt, sollte indes nicht der Versuchung erliegen, rechtsbegriffliche Innovation und dogmatische Neukonzeption um jeden Preis zu erstreben, sie sogar für ein Synonym rechtswissenschaftlicher Erkenntnis zu halten und im Ergebnis mit leeren Händen vor so viel selbst erzeugter Komplexität zu stehen. Vielmehr sollte die Notwendigkeit einer stärkeren Berücksichtigung wirtschaftsrelevanter Entscheidungsfaktoren bei der dogmatischen Entfaltung des Regulierungsverwaltungsrechts gerade von Seiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der Rechtslehre erkannt und in den Dienst einer Rechtsentwicklung gestellt werden, die sich den Zielen der Rechtsklarheit, der Voraussehbarkeit und der Rechtsvereinfachung verpflichtet fühlt. Daher erweist die Rechtswissenschaft der Praxis einen wirklichen Dienst, wenn sie bei der Verarbeitung der dogmatischen Herausforderungen, die mit der Integration des Regulierungsrechts in das verwaltungsrechtliche System fraglos verbunden sind, die Kontinuität der Rechtsentwicklung als einen eigenständigen Rechtswert besonders achtet.

---

<sup>79</sup> So F. Ossenbühl, Tendenzen und Gefahren der neueren Ermessenslehre, in: *Ausgewählte Abhandlungen*, 1994, S. 499 (520) – Hervorhebung im Original.



### III. Fakultätsnachrichten

Herr Prof. Dr. Bernhard Kempen wird im März 2004 zum Präsident des Deutschen Hochschulverbandes ernannt.

Am 22. April 2004 hält Herr Prof. Dr. Schroeder seine Antrittsvorlesung zum Thema „Schnittstellen der Kooperations- und Oligopolanalyse im Fusionskontrollrecht – Gedanken zur Anwendung von Art. 2 Abs. 4 und 5 FKVO“.

Am 05. Juli 2004 hält Herr Prof. Dr. von Danwitz seine Antrittsvorlesung zum Thema „Was ist eigentlich Regulierung?“.

Am 16. Juli 2004 hält Herr Prof. Dr. Ehrlicke seine Antrittsvorlesung zum Thema „Die Rolle des Staates in der Krise eines Unternehmens“.

Am 20. Juli 2004 hält Herr Prof. Dr. Kempen seine Antrittsvorlesung zum Thema „Die Bundesrepublik Deutschland auf dem Weg zur einer Europäischen Verfassung“.

Frau Prof. Dr. Anja Steinbeck nimmt – zur Freude des Konvents – trotz attraktiver Angebote von außen den Ruf auf den C-4-Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht und Gewerblichen Rechtsschutz an.

Herr Prof. Dr. Otto Depenheuer wird im Oktober 2003 zum Vizepräsidenten der Görres-Gesellschaft gewählt.

Die Fakultät und damit in der Sache die Orientierungsstelle für ausländische Studenten gewinnt im Sommersemester 2004 einen ersten Preis des Auswärtigen Amtes für besondere Verdienste um die Betreuung ausländischer Studierender.

Herr Richter am Amtsgericht Dr. Heinz Vallender wird im März 2004 der Titel Honorarprofessor verliehen.

Nach dem CHE-Forschungsranking der Bertelsmann-Stiftung gehört die Kölner Fakultät zu den drei juristischen Fakultäten, die im Jahre 2002/2003 alle fünf Indikatoren für Forschungsstärke erfüllen und damit Platz 1 erobern.

Für ein Projekt zur Strafverteidigung, das Herr Prof. Dr. Thomas Weigend zusammen mit Frau Prof. Dr. Barbara Grunewald und Frau Prof. Dr. Susanne Walther durchführen wird, wird ein DFG-Antrag genehmigt. Das Projekt wird rechtsvergleichend die Stellung des Strafverteidigers im Ermittlungsverfahren beleuchten.

Herr Prof. Dr. Dr. h.c. mult. em. Hans Joachim Hirsch wird zum Sekretär (Vorsitzenden) der Klasse für Geisteswissenschaften und zum Vizepräsidenten der Nordrhein-westfälischen Akademie der Wissenschaften für die Jahre 2004 und 2005 gewählt.

Im WS 2003/2004 sind zwischen 61.000 und 63.000 Studierende an der Universität zu Köln immatrikuliert. Zu Beginn des Sommersemesters 2004 werden 20.000 Gebührenbescheide verschickt. Ein Viertel zahlt, zu etwa einem Viertel wird Widerspruch eingelegt, ein Viertel exmatrikuliert sich, und ein Viertel reagiert nicht. Nach den Exmatrikulationsfällen hat die Universität Köln derzeit ca. 50.000 Studierende.

Ehrenpromotion für Prof. Dr. Eisenberg, Berkeley. Der Vorschlag auf Verleihung einer Ehrenpromotion für Herrn Prof. Dr. Eisenberg findet einstimmige Zustimmung.

Herr Prof. Dr. Ulrich Ehrlicke wird Nachfolger von Frau Prof. Dr. Barbara Dauer-Lieb in der Senatskommission Forschung und Lehre.

Auf der Jahresversammlung des Vereins zur Förderung der Rechtswissenschaft wird Herr Prof. Dr. Otto Depenheuer zum Vorsitzenden gewählt. Herr Prof. Dr. Kohlmann ist nun Stellvertreter. Herr Prof. Dr. Prütting ist wie bisher Schatzmeister, Herr Prof. Dr. Muckel ist Schriftführer.

**IV. LEHRBERICHT**  
**des Dekans der Rechtswissenschaftlichen**  
**Fakultät der Universität zu Köln**  
**(gemäß § 91 Abs. 1 HG)**  
**von WS 2001/02 bis SS 2003**

Die Fakultät teilt sich traditionell nicht in unterschiedliche Lehr- und Fachbereiche auf. Bundes- und Landesgesetzgeber schreiben (auch nach der Reform von 2003) eine einheitliche Juristenausbildung vor, die mit dem ersten Examen endet. Dementsprechend war die Lehre im Berichtszeitraum ganz überwiegend durch den Studiengang mit Abschluss Erste juristische Staatsprüfung geprägt. Daneben hat die Fakultät eingerichtet:

- einen deutsch-französischen Magisterstudiengang (DFM)
- einen Magisterstudiengang für Ausländer
- einen Weiterbildungsstudiengang für Wirtschaftsjuristen
- einen Magisterstudiengang Medienwissenschaften, Teilgebiet Medienrecht (in Zusammenarbeit mit der Philosophischen Fakultät)

Sie ist außerdem mit der Studienrichtung Rechtswissenschaft an dem Studiengang Regionalwissenschaften Ostasien (China) beteiligt und bietet die Möglichkeit, ein Teilgebiet des Rechts als Wahlfach für den Studiengang Regionalwissenschaften Lateinamerika sowie als Nebenfach für die Magisterprüfung an der Philosophischen Fakultät oder für die Diplomprüfung an der Mathematisch-Naturwissenschaftlichen Fakultät (Geographie) zu wählen.

#### **I. Studentenzahlen\***

##### **1. Staatsexamensstudiengang**

Im Berichtszeitraum nahmen 1403 Anfängerinnen und Anfänger\*\* an unserer Fakultät das Studium mit dem Ziel „Staatsexamen“ auf. Ihre Zahl schlüsselt sich wie folgt auf:

	Ges.	davon weibl.	im 1. Sem.	Ausländer
WS 01/02	482	282 (58,5%)	422	100
SS 02	241	112 (46,5%)	165	29
WS 02/03	472	240 (50,8%)	388	85
SS 03	208	98 (47,1%)	149	28

\* Die Zahlen zu den Abschnitten I und II beruhen auf Angaben der ZVS und der Universitätsverwaltung, Stelle 01. Siehe auch <http://verwaltung.uni-koeln.de/stabsstelle01> (Statistik/Studierendenstatistik)

\*\* Im Interesse der Lesbarkeit wird im Folgenden auf die Anwendung der weiblichen neben der männlichen Form verzichtet.

Sie erhielten ihre Zuweisungen bis SS 02 in einem bundesweit geltenden Verteilungsverfahren, ab WS 02/03 in einem auf NRW beschränkten Auswahlverfahren („numerus clausus“) über die Zentralstelle für die Vergabe von Studienplätzen. Wegen zahlreicher Unzuträglichkeiten dieses Verfahrens hat die Fakultät sich für ein örtliches Auswahlverfahren eingesetzt, leider vergeblich.

Die Bewerberzahlen (WS 01/02: 854; SS 02: 457; WS 02/03: 1174; SS 03: 507) berstiegen die Zulassungszahlen jeweils deutlich. Sie hatten bis SS 2002 sinkende Tendenz, was der bundesweiten Entwicklung entsprach. Die Fakultät lag aber weiterhin an der Spitze der bundesweiten „Beliebtheitsskala“ (jeweils Platz 2 knapp hinter Münster bzw. Hamburg).

Für die Fakultät galten auch regelmäßig (örtliche) Zulassungsbeschränkungen zum 2. Semester. Sie verhinderten, daß Studenten, denen ein Studienplatz an einem anderen Hochschulort zugewiesen worden war, gleich nach dem ersten Semester hierher wechseln konnten.

Bei der Kapazitätsberechnung für das Studienjahr 01/02 wurde ein Schwundausgleichsfaktor von 1/0,94 berücksichtigt, das entspricht einer durchschnittlichen semesterlichen Verbleibequote von 98,53 %. Zum Studienjahr 02/03 betrug der Schwundausgleichsfaktor 1/0,97, die Verbleibequote 99,13%. Das bedeutet: Die Studentenzahlen blieben innerhalb der kapazitätsrechtlich relevanten Studienzzeit (8 Semester) nahezu konstant. Da in diese Berechnung Abgänge / Zugänge von Studienortwechslern allerdings ebenso eingehen wie Studienabbrecher, ist die Quote der letzteren leider nicht zu ermitteln.

### 2. Magister- und Nebenfachstudiengänge

In Magister- und Nebenfachstudiengängen begannen insgesamt 148 Studenten einen rechtswissenschaftlichen (Teil)studiengang.

### 3. Gesamtzahl

Die Gesamtzahl der eingeschriebenen Studenten der Fakultät betrug:

	insgesamt	davon weiblich	1. - 8. Semester Staatsex. stud.
WS 01/02	6539	3004 (45,9%)	2692
SS 02	6363	2961 (46,5%)	2724
WS 02/03	6453	2990 (46,3%)	2697
SS 03	6209	2931 (47,2%)	2625

Jew. mehr als 21% der Gesamtzahl der Studenten waren im 13. und höheren FS des Staatsex.studiengangs u. ca. 17% im Promotionsstudiengang eingeschrieben.

## II. Auslastung

### 1. „Wissenschaftlicher Dienst“

An der Fakultät gab es im Berichtszeitraum 33 Professorenstellen und 71 „Mittelbaustellen“ (Wissenschaftliche Assistenten und Wissenschaftliche Mitarbeiter); somit 104 Stellen für den wissenschaftlichen Dienst.

### 2. Lehrangebot

Das für die Kapazität maßgebliche Lehrangebot, berechnet aus Stellenzahl und Lehrdeputaten, betrug im Studienjahr 2001/02 534,79 und im Studienjahr 2002/03 530,93 Deputatstunden pro Semester.

Während die aufgrund dieser Berechnung erfolgende Festsetzung der Kapazität davon ausgeht, dass unter Höchstlastbedingungen auf jeden Professor ca. 76 Studenten des 1. bis 8. Fachsemesters zu kommen hätten, waren es in Wirklichkeit durchschnittlich 81. Die Ursachen liegen in den geringen Abgängen und hohen Zugängen von Studenten in höheren Semestern (s. oben I. b dd). Die Lehrauslastung lag dementsprechend im Berichtszeitraum bei 113 %.

## III. Absolventenzahlen und Notenspiegel

### 1. Staatsexamen

Nach verschiedenen Quellen aufgestellte Übersichten über die Absolventen der Fakultät sind nicht deckungsgleich, da Berechnungsmaßstäbe und -zeiträume divergieren. Die vom Wissenschaftlichen Sekretariat für die Studienreform im Land NRW erstellte Tabelle "Studienerfolg 2001" (erschieden im März 2003) weist folgende Zahlen aus:

	Absolventen	weibl. (%)	Alter (Ø)	Gesamtnote*	Fachstudien-dauer (Sem.)	Anteil Regelstudienzeit
Studienjahr 2001 Köln	555	49,4	26	3,2	8,5	54,4
NRW	2365	46,6	25,8	3,2	8,4	56,2

\* sehr gut = 0, gut = 1, voll befriedigend = 2, befriedigend = 3, ausreichend = 4  
(Nähere Erläuterungen im Internet unter [www.wss.nrw.de/Publikationen](http://www.wss.nrw.de/Publikationen))

Aktuellere Tabellen (Studienjahre 2002 und 2003) liegen leider nicht vor.

Die im Folgenden zu Grunde gelegten Statistiken des Landesjustizprüfungsamtes NRW (<http://www.justiz.nrw.de/JM/landesjustizpruefungsamt/statistiken/index.html>) und der Justizprüfungsämter bei den OLG Köln und Düsseldorf beziehen sich auf die jeweiligen Kalenderjahre, nicht Studienjahre.

Im Jahr 2001 wurden durch die Justizprüfungsämter beim OLG Köln und beim OLG Düsseldorf 607 Studenten der Fakultät geprüft (davon 304 Frauen = 50,08 %), 2002 waren es 679 (davon 311 Frauen = 45,80 %), 2003 564 (davon 286 Frauen = 51,71 %)\*.

Die „Kölner“ haben folgende Ergebnisse erzielt, die zu den Ergebnissen im Land Nordrhein-Westfalen in Vergleich gesetzt werden können. Die Anzahl der weiblichen Prüflinge findet sich jeweils in Klammern; die entsprechenden Prozentzahlen beziehen sich auf die Gesamtsumme der weiblichen Prüflinge:

2001:

	Köln	= %	NRW	= %
Sehr gut	/ (/)	/ (/)	3	0,10 (/)
gut	21 (7)	3,46 (2,30)	66 (27)	2,28 (1,99)
vollbefriedigend	70 (39)	11,53 (12,83)	374 (164)	12,91 (12,08)
befriedigend	177 (88)	29,16 (28,95)	831 (392)	28,68 (28,87)
ausreichend	239 (126)	39,38 (41,45)	1065 (512)	36,76 (37,70)
nicht bestanden	100 (44)	16,47 (14,47)	558 (263)	19,26 (19,37)
bestanden insgesamt	507 (260)	83,52 (85,53)	2339 (1095)	80,74 (80,63)

2002:

	Köln	= %	NRW	= %
Sehr gut	/ (/)	/ (/)	2 (1)	0,07 (0,07)
Gut	11 (4)	1,62 (1,29)	57 (18)	1,91 (1,31)
Vollbefriedigend	92 (35)	13,55 (11,25)	353 (134)	11,83 (9,72)
Befriedigend	210 (88)	30,93 (28,29)	824 (378)	27,62 (27,41)
Ausreichend	258 (129)	38 (41,48)	1113 (549)	37,31 (39,81)
Nicht bestanden	108 (55)	15,9 (17,68)	634 (299)	21,25 (21,68)
bestanden insgesamt	571 (256)	84,09 (82,31)	2349 (1080)	78,75 (78,32)

\* ohne Verbesserungsversuche



2003:

	Universität Köln	= %	NRW	= %
Sehr gut	1 (1)	0,18 (0,35)	5 (1)	0,20 (0,08)
Gut	16 (9)	2,84 (3,13)	58 (24)	2,34 (1,92)
Vollbefriedigend	70 (31)	12,41 (10,8)	316 (136)	12,73 (10,88)
Befriedigend	177 (88)	31,38 (30,66)	666 (323)	26,82 (25,84)
Ausreichend	213 (114)	37,76 (39,72)	931 (493)	37,49 (39,44)
Nicht bestanden	87 (44)	15,42 (15,33)	507 (273)	20,42 (21,84)
bestanden insgesamt	477 (243)	84,57 (84,67)	1976 (977)	79,58 (78,16)

Kölner Studenten, die eventuell an anderen Justizprüfungsämtern ihr Examen absolvierten, konnten nicht erfaßt werden.

Die durchschnittliche Studiendauer (Mittelwert) aller - also nicht nur der Kölner - erfolgreichen Absolventen (ohne Wiederholer) bei dem JPA Köln betrug im Jahre 2001 10,03 Semester, 2002 10,32 und 2003 9,98 Semester, jeweils ohne Examen. Das Examen nahm im Durchschnitt weniger als 5 Monate in Anspruch.

Das durchschnittliche Alter aller erfolgreichen Absolventen (ohne Wiederholer) beim Justizprüfungsamt Köln lag am Tag der mündlichen Prüfung 2001 bei 26 Jahren 3 Monaten, 2002 bei 26 Jahren 6 Monaten und 2003 bei 26 Jahren 3 Monaten .

## 2. Magisterstudiengänge

Im deutsch-französischen Magisterstudiengang erlangten im SS 2002 51 Absolventen den akademischen Grad „Magister legum Köln / Paris“, davon 20 Deutsche. Im SS 2003 gab es 46 Absolventen, darunter 14 Deutsche. Sie schlossen mit folgenden Noten ab:

	SS 2002	SS 2003
sehr gut	/	/
gut	3	/
vollbefriedigend	11	8
befriedigend	32	26
ausreichend	5	12

Im Magisterstudiengang für ausländische Juristen schlossen im WS 2001/02 14, im SS 2002 11, im WS 2002/03 16 und im SS 2003 10 Absolventen ihre Zusatzausbildung im deutschen Recht erfolgreich ab. Sie erreichten die folgenden Noten:

summa cum laude:	12
magna cum laude:	28
cum laude:	9
rite:	2

### 3. Rechtswissenschaftliche Teilstudiengänge

Im Berichtszeitraum haben 10 Kandidaten des Studiengangs Regionalwissenschaften Ostasien (China), Studienrichtung Rechtswissenschaft, Abschlussklausuren jeweils im Öffentlichen und Privaten Wirtschaftsrecht erfolgreich absolviert. Im Studiengang Medienwissenschaften / Medienrecht, der erst zum WS 2002/03 eingerichtet wurde, kam es noch nicht zu Abschlüssen.

### 4. Erasmus / Sokrates

Insgesamt 83 ausländische Studenten studierten im Rahmen des Erasmus / Sokrates-Programms ein oder zwei Semester lang erfolgreich einzelne Fachgebiete der Rechtswissenschaft in Köln. (Im Gegenzug gingen 67 Studierende an eine unserer mittlerweile 27 Erasmus-Partnerfakultäten.)

### 5. „Teilgebiete der Rechtswissenschaft“ (als Nebenfach)

Das Studium eines Teilgebietes der Rechtswissenschaft als Nebenfach für die Magisterprüfung an der Philosophischen Fakultät und für die Diplomprüfung an der Mathematisch-Naturwissenschaftlichen Fakultät (Studiengang Geographie) wurde im Berichtszeitraum von insgesamt ca. 35 Kandidaten abgeschlossen.

### 6. Europazertifikat Proteus-Projekt

Im interdisziplinären Programm des Proteus-Projekts über das Recht und die Politik der EU (Politikwissenschaft/Jura) erlangten im SS 2002 und SS 2003 jeweils 10 Juristen die entsprechende Zusatzqualifikation in Form eines Europa-Zertifikats.

### 7. Wirtschaftsjurist

In dem seit WS 2002/03 neu eingerichteten Weiterbildungsstudiengang Wirtschaftsjurist hat es zum Ende des SS 2003 die ersten 25 Absolventen gegeben.

### 8. Promotionen

Insgesamt 236 Promotionen kamen zum Abschluß, davon 75 von Doktorandinnen. Folgende Noten wurden vergeben:

summa cum laude:	47	(19,92 %)
magna cum laude:	133	(56,35 %)
cum laude:	53	(22,46 %)
rite:	3	(1,27 %)

#### IV. Unterrichts- und Korrekturleistungen

##### 1. Staatsexamensstudiengang

Inhalt und Struktur des Lehrangebots orientierten sich im wesentlichen an den Vorgaben des Juristenausbildungsgesetzes und der Juristenausbildungsordnung NRW, die gemäß §§ 2, 3 des (alten) Studienplanes umgesetzt wurden. Das am 01.07.2003 in Kraft getretene neue Juristenausbildungsgesetz wirkte sich auf die Lehrveranstaltungen im Berichtszeitraum noch nicht aus. (Im Folgenden sind mit „JAG“ und „JAO“ jeweils die bis 30.06.2003 geltenden Normen, mit „StudO“ die bis 31.03.2004 geltende Studienordnung gemeint.) In allen Pflichtfächern wurden in jedem Semester alle vorgesehenen Lehrveranstaltungen angeboten. In den Wahlfachgruppen wurden regelmäßig (meist jedes Semester, z.T. jedes zweite Semester) alle vorgesehenen Veranstaltungen angeboten.

Folgende Gesamtzahlen an Vorlesungen wurden durchgeführt:

- in den Pflichtfächern gem. § 3 II JAG, §§ 4a-c JAO (einschließlich Vorlesungen zum Erwerb des „Grundlagenscheins“, gem. § 8 I Nr. 5 JAG): 167
- zu den Wahlfachgruppen gem. § 3 III JAG: 95
- in sonstigen Rechtsgebieten: 60

Hinzu kamen regelmäßig fachspezifische Fremdsprachenkurse (Englisch, Italienisch, Spanisch sowie Latein). Gastdozenten hielten Vorträge zu Themen ausländischen Rechts in ihrer Muttersprache.

Außerdem wurden insgesamt 209 Arbeitsgemeinschaften für Studenten vom 1. bis zum 5. Fachsemester (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 JAG) im BGB AT, Schuldrecht AT und BT I, II, Sachenrecht, Strafrecht AT und BT I, II, Staatsrecht I, II sowie Verwaltungsrecht AT und BT angeboten. Zusätzliche Arbeitsgemeinschaften unter der Leitung von fortgeschrittenen Studenten – bei fachlicher Koordination durch einen Hochschullehrer – wurden im Strafrecht durchgeführt. Speziell für ausländische Studenten gab es zu Beginn jedes Semesters einen Terminologiekurs zur Einführung in die deutsche Rechtssprache, zusammenfassende Einführungen in die wichtigsten Rechtsgebiete sowie vorlesungsbegleitende gesonderte Arbeitsgemeinschaften im Privatrecht und im öffentlichen Recht.

In allen Grundkursen der Pflichtfächer konnten Abschlusstests gem. § 11 Abs. 2, 3 StudO abgelegt werden. Insgesamt wurden mehr als 16800 Abschlusstests korrigiert. Diese Zahl schlüsselt sich wie folgt auf:

## Lehrbericht

---

Abschlusstests in Grundkursen im Fach:	WS 01/02	SS 02	WS 02/03	SS 03
BGB AT	461	300	467	246
Schuldrecht AT	414	300	407	200
Schuldrecht BT	454	456	404	368
Sachenrecht	257	246	279	249
Arbeitsrecht	300	220	328	162
Handels- und Gesellschaftsrecht	90	103	108	199
Familien- und Erbrecht	87	143	136	160
Zivilprozeßrecht	67	41	56	58
StGB AT	415	269	405	247
StGB BT I	326	440	343	384
StGB BT II	229	220	165	130
Strafprozeßrecht	65	79	109	86
Staatsrecht I	305	391	297	404
Staatsrecht II	460	263	472	225
Europarecht	129	238	110	137
Verwaltungsrecht AT	64	154	110	145
Verwaltungsrecht BT	24	14	33	29
Verfassungsprozeßrecht	279	246	370	251
Verwaltungsprozeßrecht	53	32	42	65
GESAMT	4479	4155	4641	3556

In jedem Semester wurde ein Vorbereitungskurs gem. §§ 8 II Nr. 4a, 11 II StudO und eine Übung gem. § 8 I Nr. 3 JAG in den Gebieten Bürgerliches Recht, Strafrecht und Öffentliches Recht durchgeführt, integriert in die Grundkurse Schuldrecht Besonderer Teil, Strafrecht Besonderer Teil II und Staatsrecht II.

In den Vorbereitungskursen wurden neben den Abschlusstests im Berichtszeitraum noch mehr als 2600 weitere Klausuren zu Übungszwecken geschrieben und korrigiert. Zudem wurden 1805 Hausarbeiten abgegeben und bewertet:

Hausarbeiten in Vorbereitungskursen im Fach:	WS 2001/02	SS 2002	WS 2002/03	SS 2003
Bürgerliches Recht	376	154	406	171
Strafrecht	115	151	105	136
Öffentliches Recht	69	43	54	25
GESAMT	560	348	565	332

Die Gesamtsumme der Klausuren in den Pflichtübungen betrug im Berichtszeitraum 8137, die Summe der Hausarbeiten 3110.

Übung im Fach:	WS 2001/02 Klaus./HA	SS 2002 Klaus./HA	WS 2002/03 Klaus./HA	SS 2003 Klaus./HA
Bürgerliches Recht	801/368	1009/260	483/0	1201/319
Strafrecht	456/298	446/214	583/356	667/321
Öffentliches Recht	647/360	232/0	992/344	620/270
GESAMT	1904/1026	1687/474	2058/700	2488/910

In den Wahlfächern wurden 24 Übungen gem. § 8 I Nr. 4b JAG angeboten. An Korrekturleistungen dafür fielen insgesamt 1014 Klausuren und 335 Hausarbeiten an.

Wahlfachübungen im Fach:	WS 2001/02 Klaus./HA	SS 2002 Klaus./HA	WS 2002/03 Klaus./HA	SS 2003 Klaus./HA
Arbeitsrecht	40/19	65/33	90/35	45/15
Zivilrecht	37/29	59/19	8/2	112/18
Wirtschaftsrecht	30/0	36/26	25/0	6/0
IPR und Rechts- vergleichung	0/0	50/0	39/0	39/0
Sozialrecht	0/0	0/0	6/0	0/0
Steuerrecht	33/14	7/2	0/29	132/10
Strafrecht	31/11	50/16	50/42	24/15
GESAMT	171/73	267/96	218/108	358/58

Zur Erlangung des sogenannten Grundlagenscheins gem. § 8 I Nr. 5 JAG haben Studenten der Fakultät im Berichtszeitraum insgesamt 1752 Klausuren abgegeben.

Für den Staatsexamensstudiengang wurden außerdem ca. 2500 „sonstige“ Korrekturleistungen, z.B. Probeklausuren für das erste Fachsemester, erbracht.

Insgesamt 124 Seminare (§ 8 I Nr. 4b JAG) wurden zu den verschiedensten Themen veranstaltet, in deren Rahmen Hochschullehrer der Fakultät über 1800 Referate betreuten. Hinzu kam die Ausrichtung und Betreuung mehrerer Moot Courts mit sehr erfreulichen Ergebnissen. U.a. wurde das Kölner Team Gesamtpunktsieger im Telders Moot Court 2003.

Im „Großen Klausurenkurs“, der die Möglichkeit bietet, Klausuren unter Examenbedingungen zu schreiben, wurden insgesamt 262 Klausuraufgaben angeboten. 94 zivilrechtliche, 79 strafrechtliche und 89 öffentlich-rechtliche Aufgaben wurden gestellt, nach Examenmaßstäben korrigiert und in jeweils zweistündigen Besprechungen erläutert. Dazu wurden insgesamt 19.573 Bearbeitungen einge-

reicht. Darüber hinaus fanden mit guter Resonanz ergänzende Veranstaltungen (Hausarbeits-Workshop, Simulation von mündlichen Examensterminen) statt.

## 2. Andere Studiengänge der Fakultät

Studenten des deutsch-französischen Studiengangs nehmen an den Leistungsnachweisen des Grundstudiums wie Staatsexamensstudenten teil, die auf sie entfallende Zahl von Abschlusstests etc. konnte nicht gesondert ausgewiesen werden. Entsprechendes gilt für die Teilnehmer des Magisterstudiengangs für Ausländer und für Studierende in Teil- und Nebenfachstudiengängen der Rechtswissenschaft. Für den Studiengang Wirtschaftsjurist wurden ca. 250 zusätzliche Klausurbearbeitungen korrigiert.

## V. Prüfungsleistungen

### 1. Staatsexamen

Hochschullehrer der Fakultät haben im Berichtszeitraum ca. 1120 Staatsexamenshausarbeiten und 1600 Staatsexamensklausuren bewertet. Sie waren ca. 200mal an mündlichen Prüfungsterminen des Staatsexamens beteiligt.

### 2. Magister

Im Magisterstudiengang (für ausländische Juristen) begutachteten Hochschullehrer 102 mal als Referent oder Korreferent je eine Magisterarbeit. 51 Magisterprüfungen (in jeweils zwei Abschnitten) wurden abgehalten.

### 3. Promotion

Es wurden insgesamt 236 Dissertationen jeweils vom Erstreferenten und vom Korreferenten begutachtet. Im WS 01/02 wurden 64 Doktoranden in Form der Disputation, an der beide Referenten teilnahmen, geprüft. Im SS 2002 waren es 59, im WS 02/03 58, im SS 03 55.

### 4. Habilitation

Je 7 Erst- und Zweitgutachten zu Habilitationsarbeiten wurden erstellt.

### 5. Sonstiges

Darüber hinaus nahmen Hochschullehrer der Fakultät in erheblichem Umfang weitere Leistungskontrollen und Prüfungen, die rechtswissenschaftlichen Studiengängen zuzuordnen sind, ab. Als Beispiele genannt seien Aufnahmeprüfungen für den deutsch-französischen Studiengang oder Klausuren in fachspezifischen Fremdsprachenkursen. Zu erwähnen ist an dieser Stelle auch die Erstattung von zahlreichen

Gutachten für Studienstiftungen, Erasmus-Bewerbungen u.ä. sowie Bewertungen von Gaststudenten.

## **VI. Dienstleistungen für andere Fächer**

### **1. WiSo-Fakultät**

Für Studierende der WiSo-Fakultät bot die Fakultät insgesamt 11 gesonderte Lehrveranstaltungen an. Darunter waren 8 Vorlesungen mit integrierter Übung. Die je 300 bis 600 Teilnehmer hatten in der Regel die Möglichkeit, mehrere Klausuren anzufertigen. Im Grundkurs und im Vertiefungskurs Steuerrecht, der sowohl für Juristen als auch für WiSo-Studenten gehalten wurde, waren die Teilnehmer überwiegend WiSo-Studenten. Auf sie entfielen insgesamt etwa zwei Drittel der Klausurkorrekturen.

Für das Vordiplom der wirtschaftswissenschaftlichen Diplomstudiengänge fielen 1528 Klausurkorrekturen im Privatrecht und 2307 im Öffentlichen Recht an. Im Hauptstudium wurden 23 Fachprüfungen im Arbeitsrecht und 263 im Steuerrecht abgenommen, sie bestanden aus je einer vierstündigen Klausur.

### **2. Rechtswissenschaftliche Teilstudiengänge/„Teilgebiete der Rechtswissenschaft“ (Nebenfächer)**

Die Lehrangebote für die Studiengänge Regionalwissenschaften Ostasien (China), Studienrichtung Rechtswissenschaften und Medienwissenschaft / Medienrecht sind überwiegend in die Angebote für Staatsexamensstudenten integriert. Das gleiche gilt für das Angebot für Nebenfachstudenten der Philosophischen Fakultät und der Mathematisch-Naturwissenschaftlichen Fakultät (Geographie). In diesen Bereichen bestand ein großer Teil des Dienstleistungsaufwands aus Beratung und Betreuung und war daher zeitintensiv, aber nicht exakt messbar. Die auf diese Studentengruppen entfallenden studienbegleitenden Klausuren und Hausarbeiten wurden nicht gesondert von denjenigen der Staatsexamensstudenten erfaßt (s. oben IV. 2a). Die Abnahme von Prüfungsleistungen (insgesamt ca. 50) war allerdings im Verhältnis zur vergleichsweise geringen Zahl der Kandidaten sehr aufwändig, da entsprechend den Vorschriften der jeweiligen Prüfungsordnungen oft gesonderte Termine anberaumt, gesonderte Aufgaben gestellt und gesonderte Bewertungen vorgenommen werden mussten.

## VII. Rahmenbedingungen für Lehre und Studium

### 1. Räumliche Ausstattung

Die räumliche Ausstattung der Universität mit Unterrichtsräumen und Hörsälen ist nach wie vor unzulänglich. Sowohl besonders große Veranstaltungen (Grundkurse für Anfänger, Übungen) als auch kleine (z.B. Wahlfachvorlesungen, Arbeitsgemeinschaften) konnten oft nur schwer oder gar nicht in einen einigermaßen vernünftigen Stundenplan eingepasst werden. Auch mehrere Institute und Seminare sowie das Dekanat sind mangelhaft und sehr beengt untergebracht.

### 2. Sachmitteletat

Der Sachmitteletat für die gesamte Fakultät belief sich 2002 auf 541.240,- € (Literatur, Geräte, sonstige Sachmittel), 2003 auf 571.025,- €.

Regelungen unter dem Stichwort „Globalhaushalt“, aus dem die Fakultät und einzelne Institute einen Teil der Mittel schöpfen konnten, die wegen Stellenvakanz nicht für Personal verbraucht wurden, entlasteten den Haushalt der Fakultät. Die Entlastung fiel auf Fakultätsebene aber geringer aus als in früheren Zeiträumen, weil weniger Professorenstellen vakant waren.

Im gesamten Berichtszeitraum wurde die Fakultät anteilmäßig mit dem der Universität auferlegten Sparvolumen belastet.

### 3. Bibliotheken

Die zentrale Präsenzbibliothek der Fakultät, das Rechtswissenschaftliche Seminar („Hauptseminar“, Hauptgebäude, Bauteil IX), weist einen Bestand von ca. 198.000 Bänden und derzeit 234 laufend gehaltenen, teilweise mehrfach vorhandenen Zeitschriften sowie 246 Loseblattsammlungen auf. Auf drei Etagen stehen insgesamt 514 Arbeitsplätze zur Verfügung, davon 68 Examenshausarbeitsplätze, die zu den „Freischussterminen“ auf 98 erweitert werden können. Trotz der komfortablen Öffnungszeiten (Mo.-Fr.: 8.00 Uhr – 23.45 Uhr, Sa.: 8.00 Uhr – 17.45 Uhr) kommt es in den Spitzenzeiten (ca. 1.500 Benutzer pro Tag) tagsüber zu einer Überfüllung der Bibliothek, selbst wenn von der durch die Benutzerordnung des Rechtswissenschaftlichen Seminars eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht wird, Fakultätsfremde zeitweise von der Benutzung der Bibliothek auszuschließen. Auch im Hinblick auf die Unterbringung der Literatur stößt das Hauptseminar an die Grenzen seiner Platzkapazität.

Ab Erscheinungsjahr 2002 wird der Bücherbestand des Hauptseminars ausschließlich digital im KUG (KölnerUniversitätsGesamtkatalog) erfasst, an dem sich mittlerweile 17 Institute/Lehrstühle der Fakultät beteiligen. Der Zettelkatalog ist abgeschafft worden. Zur Katalogrecherche steht ein Netzwerk mit inzwischen 18 Abfrageplätzen zur Verfügung. Hierüber ist auch die Recherche in juristischen Daten-



banken (u.a. Juris, Beck-Online) möglich. Darüber hinaus besteht an vielen Arbeitsplätzen des Hauptseminars für die Benutzer die Möglichkeit, sich mit dem eigenen Rechner (Laptop, Notebook) an das UKLAN-Netz der Universität anzuschließen, um die vielfältigen Informationsmöglichkeiten des Internets zu nutzen. Die notwendige Authentifizierung erfolgt über den universitären S-Mail-bzw. Unix/Mitarbeiter-Account.

Neben dem Hauptseminar haben fast alle Seminare und Institute der Fakultät eine für Studenten frei zugängliche Bibliothek. Sie bieten insgesamt ca. 560 Arbeitsplätze. Ihre Öffnungszeiten variieren je nach Größe und Ausstattung (in aller Regel mindestens von 9 bis 17 Uhr, evtl. abzüglich Mittagspause).

Möglichkeiten der Nutzung der juristischen Datenbanken des privaten Anbieters „juris GmbH“ bestehen für Studierende nicht nur im Hauptseminar, sondern in vielen Lehrstühlen und Instituten. Ferner haben die Studenten über ihren universitären E-Mail-Account die Möglichkeit, von zu Hause aus externen Zugriff zu nehmen.

Die Ausstattung der Bibliotheken mit wissenschaftlicher Literatur leidet unter Geldmangel. Der jährliche Sachmitteletat beispielsweise des Hauptseminars von € 129.860,- wird zu einem beträchtlichen Teil für Periodika (Zeitschriften, Loseblattsammlungen, Fortsetzungswerke) und Buchbinderarbeiten verbraucht. Aufgrund gestiegener Kosten bei gleichbleibendem Etat waren demzufolge die Mittel in den letzten Jahren regelmäßig schon im September erschöpft. Notwendige Anschaffungen wurden danach aus Drittmitteln finanziert, um deren Akquisition sich vor allem der Verein zur Förderung der juristischen Ausbildung an der Universität zu Köln („JAK e.V.“) bemüht.

#### 4. Information und Beratung

Vielfältiges schriftliches Informationsmaterial (z.B. Studienordnung, Studienplan, diverse Merkblätter) ist im Dekanat erhältlich, in großem Umfang auch bei der Studentenschaft. Die Veröffentlichung des jeweils aktuellen Angebots an Lehrveranstaltungen erfolgt außer im allgemeinen Vorlesungsverzeichnis in der zum Ende einer Vorlesungszeit jeweils für das kommende Semester erscheinenden Broschüre „Juristische Lehrveranstaltungen“. Sie enthält u.a. Erläuterungen der Hochschullehrer zu den geplanten Veranstaltungen. Zusätzlich erstellt die Studentenschaft ein kommentiertes Vorlesungsverzeichnis, das jeweils kurz vor Vorlesungsbeginn im Internet und als gedruckte Ausgabe erhältlich ist. Die Fakultät bietet vielfältige Auskünfte und Hinweise auf eigenen Webseiten im Internet ([www.uni-](http://www.uni-)

koeln.de/jur-fak). Auch alle Institute und anderen Einrichtungen sind dort inzwischen präsent. Informationen der Studentenschaft sind unter [www.fachschaft.de](http://www.fachschaft.de) abrufbar.

Studienberatung erfolgt bei der „Zentralen Studienberatung“ und der Studentenschaft einerseits sowie bei allen Lehrstühlen andererseits und hat einen Schwerpunkt im Dekanat. Es gibt insbesondere ein breites Angebotsspektrum zur Information von Schülern sowie zur Orientierung in der Phase des Übergangs zwischen Schule und Hochschule und zu Studienbeginn. Hervorgehoben werden muss das Engagement der Studentenschaft sowie eine gut funktionierende Aufgabenteilung und Zusammenarbeit zwischen Studentenschaft und Dekanat bei allen Fragen, die Orientierung und Beratung betreffen.

Im Dekanat werden jährlich tausende Auskünfte zu Studienfragen erteilt – schriftlich, mündlich, telefonisch und per e-mail – sowie hunderte von Informations- und Beratungsgesprächen geführt. Die Nachfrage nach Information auf dem Postweg hat mit Ausbau der Internetpräsenz deutlich abgenommen. Die Wissenschaftlichen Mitarbeiter des Dekans boten außerdem Gesprächskreise für Studieninteressenten und -anfänger an, die jährlich mehrere hundert Teilnehmer hatten.

Auch bei der Studentenschaft kann man sich persönlich, telefonisch oder per e-mail zu Studienfragen beraten lassen. Die Studentenschaft veranstaltete jeweils in der Woche vor Vorlesungsbeginn Informationstage für Erstsemester. Weitere studentische Angebote konnten aufgrund des Programms „Studienreform 2000plus“ ausgebaut werden. In den ersten acht bis zehn Wochen der Vorlesungszeit erhielten die Anfänger in Kleingruppen („Orientierungseinheiten“) Hilfestellung bei der Eingewöhnung in Universität und Studium. Daneben gab es eine regelmäßige spezielle Erstsemestersprechstunde, Computerkurse und ähnliches.

Im Herbst jedes Jahres beteiligte sich die Fakultät an den von Universität und Arbeitsamt gemeinsam gestalteten Informationstagen für Abiturienten mit einem Vortrag und vertiefenden Gruppenangeboten.

Im Februar 2002 richtete das Dekanat in Zusammenarbeit mit der Fachschaft und dem Arbeitsamt Köln zum drittenmal einen Studentenkongress unter dem Titel „Jura-Perspektiven“ aus. Ca. 300 Studenten nutzten die Gelegenheit, mit arrivierten Juristen der verschiedensten Tätigkeitsbereiche in persönlichen Kontakt zu treten und sich über Ausbildungsschwerpunkte, Berufsbilder und –chancen zu informieren.

## VIII. Internationales

### 1. Studentenaustausch

Die 1999 gegründete „Orientierungsstelle für Internationalen Austausch der Rechtswissenschaftlichen Fakultät“ ist mit Hilfe von Mitteln des Programms „Studienreform 2000+“ und des „Innovationsfonds“ als zentraler Ansprechpartner für die internationalen Kooperationen der Fakultät und insbesondere der Socrates / Erasmus Programme ausgebaut worden. Ausländische Jura-Studenten, die in Köln für ein oder zwei Semester studieren, deutsche Erasmus-Stipendiaten der Fakultät sowie alle Interessierten an einem Jurastudium im Ausland werden hier beraten und betreut (siehe auch oben III.4.). Eine umfangreiche Informations- und Broschürensammlung mit Erfahrungsberichten zu den mittlerweile 27 ausländischen Partneruniversitäten sowie zu attraktiven LL.M.-Programmen liegt vor. Die Webseite ([http://www.uni-koeln.de/jur-fak/Dekanat\\_de/orientst/hinweise.htm](http://www.uni-koeln.de/jur-fak/Dekanat_de/orientst/hinweise.htm)) ist mehrsprachig. Es wurden zahlreiche Informations- und Vorbereitungsveranstaltungen durchgeführt, u.a. zu Beginn jedes Semesters eine „Internationale Orientierungswoche“, zweimal jährlich eine Socrates / Erasmus Informationsveranstaltung und jeweils im Frühjahr dreitägige Seminare zur Vorbereitung auf einen Studienaufenthalt im romanischen Rechtsraum. Daneben gab es Initiativen gemeinsam mit anderen Einrichtungen der Universität zu Köln, insbesondere mit dem Akademischen Auslandsamt, dem Studentenwerk, der Fachschaft Jura und Studienvereinigungen wie z. B. Elſa und AEGEE. Für die ausländischen Studierenden besonders wichtig sind Terminologiekurse und spezielle Arbeitsgemeinschaften (siehe oben IV. 1.b bb). Das ursprünglich von der Orientierungsstelle initiierte Sprach-Tandem zur Vermittlung von Sprachlernpartnern zwischen deutschen und ausländischen Studierenden wurde aufgrund seines Erfolgs seit 2002 fakultätsübergreifend organisiert.

### 2. Internationalisierung der Lehre

Die Fakultät hat die internationalen Bezüge in der Lehre weiter ausgebaut. Sie hat beschlossen, dem deutsch-französischen Studiengang eine vergleichbare Einrichtung zwischen Köln und London zur Seite zu stellen. Die Promotionsordnung der Fakultät wurde an internationale Standards angeglichen. Im gemeinsamen Promotionsverfahren mit Paris („cotutelle de thèse“) hat es bereits erste erfolgreiche Abschlüsse gegeben. Ein gleiches gemeinsames Promotionsverfahren zwischen Köln und Bologna ist in Vorbereitung. Eine feste Einrichtung ist mittlerweile die „Deutsche Rechtsschule Danzig“, bei der Kölner Dozenten in jedem Sommersemester in Kurseinheiten die Danziger Studenten im deutschen Recht unterrichten.

### **IX. Ausblick**

Die Fakultät sieht sich in der Lehre zunehmenden Herausforderungen gegenüber. Die durch Bundes- und Landesgesetzgeber 2003 geschaffenen neuen Rahmenbedingungen für die juristische Ausbildung sind in eine Studien- und Prüfungsordnung eingegangen, die zum SS 2004 in Kraft tritt. Davon ist der Aus- und Umbau des Lehrprogramms stark bestimmt. Wichtig sind besonders die künftigen Schwerpunktbereiche, die mit weitem Abstand den größten Umfang aller deutschen Fakultäten aufweisen. Ohne den Sonderbereich des deutsch-französischen Magisterstudiengangs handelt es sich um folgende Gebiete:

1. Unternehmensrecht
2. Rechtspflege und Notariat
3. Gewerblicher Rechtsschutz / Urheberrecht und Wettbewerbsrecht
4. Finanzdienstleistungen und Verbraucherschutz
5. Arbeits- und Sozialrecht
6. Internationales Privat-, Wirtschafts- und Verfahrensrecht
7. Privatrechtsgeschichte und Privatrechtsvergleichung
8. Staatsrecht
9. Verwaltungsrecht
10. Völker- und Europarecht
11. Steuer- und Bilanzrecht
12. Religion, Kultur und Recht
13. Medien- und Kommunikationsrecht
14. Kriminologie, Jugendkriminalität, Strafvollzug
15. Strafrechtliche Sondergebiete

Eine erfolgreiche Weiterentwicklung der Fakultät in der Lehre setzt allerdings zwingend räumliche Erweiterungen voraus. Da es in Zukunft vermehrt Veranstaltungen mit geringer Teilnehmerzahl (Schwerpunktbereiche) geben wird, wächst der Bedarf an kleinen Hörsälen. Ungeklärt ist noch die Unterbringung des nach der Studienreform einzurichtenden Prüfungsamtes. Weiterhin bedürfen das Dekanat, insbesondere die „Orientierungsstelle“, das Rechtswissenschaftliche Seminar und verschiedene Institute dringend räumlicher Verbesserung.

Die personelle Ausstattung der Fakultät wird sich durch Stellenabbau im Rahmen des sog. „Qualitätspakts“ in Zukunft noch weiter verschlechtern. Bereits durch die Stelleneinsparungen der vergangenen Jahre ist allerdings bei den wissenschaftlichen Mitarbeitern und bei den wissenschaftlichen Hilfskräften eine bedrohliche Verknappung eingetreten. Unabweisbar ist der Bedarf an personeller Ausstattung für

das Prüfungsamt und für die Weiterführung der „Orientierungsstelle“. Die dazu erforderlichen finanziellen Ressourcen werden jedenfalls zum Teil durch Umschichtungen aufgebracht werden müssen.

Die Fakultät ist bemüht, die Studentenzahlen nicht weiter ansteigen zu lassen. Sie setzt sich für die Beibehaltung einer Zulassungsbeschränkung im 1. sowie im 2. Fachsemester ein. Wegen des allgemeinen Rückgangs der Bewerberzahlen hält sie Zulassungsbeschränkungen im dritten und in höheren Semestern gegenwärtig für verzichtbar. Die Entwicklung wird allerdings sorgfältig zu beobachten sein.

Der für die Berechnung der Aufnahmekapazität maßgebliche Curricularnormwert für Rechtswissenschaft ist im Zuge der Studienreform bundesweit auf 2,2 heraufgesetzt worden. Dementsprechend kam es im Wintersemester 2003/04 erstmals zu einer Absenkung der Zulassungszahlen. Spürbar bemerkbar machen wird sie sich allerdings erst in einigen Jahren, zunächst einmal hat sich die Lehrauslastung der Fakultät rechnerisch auf ca. 135 % erhöht.

Nicht abzusehen ist gegenwärtig, in welchem Umfang die beabsichtigte Erhöhung der Lehrverpflichtung die Aufnahmekapazität wieder heraufsetzen und damit die Zahl der Studienplätze vergrößern wird.



## V. Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft

### SATZUNG vom 20. Dezember 1984 in der Fassung vom 11. November 1999

#### § 1

- (1) Der Verein führt den Namen „Verein zur Förderung der Rechtswissenschaft“.
- (2) Er hat seinen Sitz in Köln.
- (3) Geschäftsjahr ist das Kalenderjahr.

#### § 2

- (1) Zweck des Vereins ist die Förderung der Rechtswissenschaft. Dieser Zweck wird verwirklicht durch Beschaffung von Mitteln für die wissenschaftliche Arbeit des Juristischen Hauptseminars und der rechtswissenschaftlichen Institute und Lehrstühle der Universität zu Köln sowie durch wissenschaftliche Veranstaltungen und Forschungsvorhaben.
- (2) Der Verein verfolgt damit ausschließlich und unmittelbar gemeinnützige Zwecke im Sinne des Abschnitts „Steuerbegünstigte Zwecke“ der Abgabenordnung.
- (3) Der Verein ist selbstlos tätig; er verfolgt nicht in erster Linie eigenwirtschaftliche Zwecke. Die Mittel des Vereins dürfen nur für die satzungsmäßigen Zwecke verwendet werden. Die Mitglieder erhalten keine Zuwendungen aus Mitteln des Vereins. Niemand darf durch Ausgaben, die dem Vereinszweck fremd sind, oder durch unverhältnismäßig hohe Vergütungen begünstigt werden.

§ 3

- (1) Mitglied des Vereins kann jede Person werden, die das 18. Lebensjahr vollendet hat. Über den schriftlichen Beitrittsantrag entscheidet der Vorstand.
- (2) Die Mitgliedschaft endet durch
  - a) Tod;
  - b) Austrittserklärung zum Schluß des Geschäftsjahres unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten;
  - c) Ausschluß durch den Vorstand, wenn das Mitglied mit der Zahlung von Mitgliedsbeiträgen länger als ein Jahr in Verzug ist und die Zahlung trotz Androhung des Ausschlusses nicht binnen Monatsfrist erfolgt;
  - d) Beschluß des Vorstands, wenn ein Mitglied seinen Beitrag für drei aufeinanderfolgende Jahre nicht bezahlt hat; der Beschluß bedarf keiner Ankündigung und keiner Mitteilung, wenn das Mitglied des Vereins eine Adreßänderung nicht angezeigt hat und seine Anschrift dem Verein nicht bekannt ist.
- 3) Ein ausgeschiedenes Mitglied hat keinen Anspruch auf einen Anteil am Vermögen.

§ 4

Von den Mitgliedern werden Beiträge erhoben. Die Höhe des Beitrages und dessen Fälligkeit werden von der Mitgliederversammlung bestimmt.



§ 5

- (1) Der Vereinsvorstand besteht aus dem Vorsitzenden, dem stellvertretenden Vorsitzenden, dem Schatzmeister und dem Schriftführer. Der Verein wird gerichtlich und außergerichtlich vom Vorsitzenden vertreten.
- (2) Der Vorstand wird von der Mitgliederversammlung auf die Dauer von zwei Jahren gewählt. Die Vorstandsmitglieder erhalten keine Vergütung.
- (3) Dem Vorstand obliegen alle Angelegenheiten des Vereins, für die nicht die Mitgliederversammlung zuständig ist.

§ 6

- (1) Ordentliche Mitgliederversammlungen finden alle 2 Jahre statt. Eine außerordentliche Mitgliederversammlung ist einzuberufen, wenn der 5. Teil der Mitglieder es verlangt.
- (2) Zur Mitgliederversammlung ist mit einer Frist von mindestens 2 Wochen zu laden.
- (3) Die Mitgliederversammlung ist zuständig für die Festsetzung des Beitrages, die Wahl des Vorstands, die Änderung der Satzung, die Auflösung des Vereins.

§ 7

Im Falle der Auflösung des Vereins oder bei Wegfall seines bisherigen Zwecks fällt das Vermögen des Vereins an die Universität zu Köln, die es unmittelbar und ausschließlich für die wissenschaftliche Arbeit des Juristischen Hauptseminars zu verwenden hat.

### Veröffentlichungen\*

1. Akademische Feier aus Anlaß der Überreichung einer Festschrift zum 70. Geburtstag von Herrn Prof. Dr. Heinz Hübner am 7. November 1984
2. Akademische Feier aus Anlaß der Überreichung einer Festschrift zum 70. Geburtstag von Herrn Bundespräsident a. D. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karl Carstens am 18. Dezember 1984
3. Ernst von Hippel (1895 – 1984) zum Gedächtnis. Reden anläßlich der Akademischen Trauerfeier für Herrn Prof. Dr. Ernst von Hippel am 7. Februar 1985
4. Akademische Feier aus Anlaß der Überreichung einer Festschrift zum 70. Geburtstag von Herrn Prof. Dr. Dietrich Oehler am 4. Oktober 1985
5. Akademische Gedächtnisfeier für Prof. Dr. Erwin Seidl (1905 – 1987) am 9. Dezember 1988
6. Von der „sozialistischen Gesetzlichkeit“ zum „sozialistischen Rechtsstaat“. Anmerkungen zur aktuellen Rechtsentwicklung in der Sowjetunion. Vortrag von Univ.-Prof. Dr. Georg Brunner, gehalten am 7. Dezember 1989 in der Mitgliederversammlung des Vereins zur Förderung der Rechtswissenschaft
7. Ehrenpromotionen (*Felix Emacora, Hiroshi Shiono, Friedrich Kessler*) anlässlich der 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln (*Erscheinungsjahr: 1989*)
8. Akademische Feier aus Anlaß der Überreichung einer Festschrift zum 70. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Gottfried Baumgärtel am 24. September 1990
9. Ehrenpromotion Dr. Dr. h.c. Adolf Klein, 18. Oktober 1990
10. Akademische Feier aus Anlaß der Überreichung einer Festschrift zum 70. Geburtstag von Herrn Prof. Dr. Bodo Börner am 8. Mai 1992
11. Peter Weides (1934-1991) zum Gedächtnis. Reden anläßlich der Akademischen Trauerfeier für Herrn Prof. Dr. Weides am 17.12.1992
12. Reden anläßlich der akademischen Trauerfeier für Herrn Bundespräsident a. D. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karl Carstens am 29. April 1993
13. Hermann Jahrreis (19.8.1894 – 23.10.1992) zum Gedächtnis. Reden anläßlich der Akademischen Trauerfeier für Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hermann Jahrreis am 28. Oktober 1993 Ehrenpromotion Birgit Breuel an der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln am 22. Juni 1994. Reden in der akademischen Feier
14. Ulrich Klug (1913 – 1993) zum Gedächtnis. Reden anlässlich der Akademischen Trauerfeier für Herrn Prof. Dr. Ulrich Klug am 8.12.1994
15. Reden anlässlich der Akademischen Trauerfeier für Herrn Professor Dr. Bodo Börner am 4.5.1995
16. Großer Klausurenkurs im Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität zu Köln Akademische Feier zum 25jährigen Bestehen. Ansprachen und Festvortrag, 22. Juni 1995

17. Akademische Gedenkfeier für Prof. Dr. Richard Lange (1906 – 1995) am 7. November 1996
18. Akademische Feier aus Anlaß des 80. Geburtstages von Herrn Prof. Dr. Heinz Hübner (1996)
19. Akademische Feier aus Anlaß der Überreichung einer Festschrift zum 65. Geburtstag von Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Klaus Stern am 14. Februar 1997.
20. Jahresfeiern Doktoranden 1997 und 1998
21. Antrittsvorlesung vor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln von Herrn Professor Dr. Stephan Hobe am 14. Mai 1998
22. Reden anläßlich der Akademischen Gedenkfeier für Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Gottfried Baumgärtel am 25. Juni 1998
23. Symposium und Überreichung seiner „Gesammelten Schriften“ zum 65. Geburtstag von Prof. Dr. Dieter Strauch am 30. Oktober 1998
24. Antrittsvorlesung vor der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln von Herrn Professor Dr. Peter J. Tettinger am 4. Februar 1999
25. Akademische Feier aus Anlaß der Verleihung der Würde eines Ehrendoktors der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln an die Herren Prof. Dr. László Sólyom, Präsident des Verfassungsgerichts der Republik Ungarn a. D. und Rechtsanwalt Ludwig Koch am 6. Februar 1999
26. Akademische Feier aus Anlaß der Überreichung einer Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans Joachim Hirsch am 16. April 1999
27. Reden anläßlich der Akademischen Gedenkfeier für die Herren Professoren Dr. Herbert Frost und Dr. Hartmut Krüger am 2. Februar 2000
28. Reden anläßlich der Akademischen Gedenkfeier für Herrn Professor Dr. Dr. hc. Alexander Lüderitz am 4. Juli 2000
29. Festakt anläßlich des 65. Geburtstages von Prof. Dr. Jens Peter Meincke, Rektor der Universität zu Köln am Montag, den 23. Oktober 2000, 11 Uhr c.t. in der Aula der Universität zu Köln
30. Ansprachen und Vorträge anlässlich der Amtsübergabe in der Abteilung 2 des Rechtszentrums für europäische und internationale Zusammenarbeit (R.I.Z.) am 15. Juni 2000
31. Antrittsvorlesung Prof. Dr. Otto Depenheuer vor der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln am 31. Januar 2001
32. Akademische Feier der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln am Mittwoch, den 17. April 2002, zur Erinnerung an den am 17. April 1252 ergangenen Kleinen Schied – verfasst von Albertus Magnus und einem päpstlichen Legaten in einem Münzstreit zwischen Staat und Erzbischof –
33. Akademische Feier am 14. Juni 2002 in der Universität zu Köln zur Präsentation des Buches „Klaus Stern ‚Im Dienste von Recht, Staat und Wissenschaft – gesammelte Reden““. Herausgegeben aus Anlass seines 70. Geburtstages

## Veröffentlichungen

---

34. Akademische Feier am 8. November 2002 in der Universität zu Köln zur Übergabe einer Festschrift für Herbert Wiedemann. Herausgegeben aus Anlaß seines 70. Geburtstages
35. Reden anlässlich der Akademischen Gedenkfeier für Prof. Dr. Dr. h.c. Georg Brunner am 06.02.2004 im Musiksaal der Universität

\*Soweit noch vorhanden können die Broschüren gegen eine Schutzgebühr von 2 EUR im Seminar für Staatsphilosophie und Rechtspolitik erworben werden.