

Neues aus Wissenschaft und Lehre

Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf 2010

Heinrich Heine

HEINRICH HEINE
UNIVERSITÄT DÜSSELDORF



d|u|p

düsseldorf university press

**Neues aus
Wissenschaft und Lehre
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
2010**

**Neues aus
Wissenschaft und Lehre
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf 2010**

Herausgegeben vom Rektor
der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf
Univ.-Prof. Dr. Dr. H. Michael Piper

Konzeption und Redaktion:
Univ.-Prof. em. Dr. Hans Süßmuth

d|u|p

© düsseldorf university press, Düsseldorf 2010
Einbandgestaltung: Monika Uttendorfer
Titelbild: Blick in den Konrad-Henkel-Hörsaal
Redaktionsassistenz: Sonja Seippel
Beratung: Friedrich-K. Unterweg
Satz: Friedhelm Sowa, L^AT_EX
Herstellung: WAZ-Druck GmbH & Co. KG, Duisburg
Gesetzt aus der Celeste
ISBN 978-3-940671-71-4

Inhalt

Vorwort des Rektors	11
Hochschulrat	13
Rektorat	15
 Medizinische Fakultät	
<i>Dekanat</i>	19
SASCHA FLOHÉ und JOACHIM WINDOLF (Dekan) Bessere Schwerstverletztenprognose in Deutschland – von der <i>Damage-Control</i> -Chirurgie bis zum Traumanetz	23
PETER FEINDT und ARTUR LICHTENBERG Neue Wege – alte Ziele: Was macht moderne Herzchirurgie im Jahr 2010 aus?	31
STEFANIE RITZ-TIMME, ULRIKE BRUNENBERG-PIEL, VOLKER WEUTHEN, ULRICH DECKING, ALFONS HUGGER und MATTHIAS SCHNEIDER O.A.S.E.: Raum und Symbol für eine neue Lern- und Lehrkultur an der Medizinischen Fakultät	51
ANDREAS HIPPE, ANJA MÜLLER-HOMEY und BERNHARD HOMEY Chemokine im Tumor-Mikromilieu	65
WOLFRAM TRUDO KNOEFEL und JAN SCHULTE AM ESCH Die Förderung der Leberproliferation durch therapeutische Applikation von CD133-positive Knochenmarkstammzellen vor erweiterter Leberresektion	85
S. ROTH, P. ALBERS, W. BUDACH, A. ERHARDT, R. FENK, H. FRISTER, H. E. GABBERT, N. GATTERMANN, U. GERMING, T. GOECKE, R. HAAS, D. HÄUSSINGER, W. JANNI, W. T. KNOEFEL, G. KOBBE, H. W. MÜLLER, C. OHMANN, D. OLZEN, A. SALEH und B. ROYER-POKORA Aktuelle Entwicklungen in der interdisziplinären Krebstherapie	111
JOHANNES SIEGRIST und ANDREA ICKS Gesundheit und Gesellschaft – eine neue Initiative an der Medizinischen Fakultät	141
THOMAS BEIKLER Parodontitis – Einblicke in eine unterschätzte Biofilmerkranung	159
MATTHIAS SCHOTT Autoimmune und maligne Schilddrüsenerkrankungen	179

JENS SAGEMÜLLER

- Der Neubau der Krankenhausapotheke
des Universitätsklinikums Düsseldorf 193

Mathematisch-Naturwissenschaftliche Fakultät

Dekanat 213

SABINE ETGES und PETER WESTHOFF

- Biodiversität – Vielfalt des Lebens
Die Vielfalt der Pflanzen und ihre Zukunft 217

EVELYN VOLLMEISTER, ELISABETH STRATMANN und
MICHAEL FELDBRÜGGE

- Langstreckentransport im Mikroorganismus *Ustilago maydis* 235

HELMUT RITTER, MONIR TABATABAI und GERO MAATZ

- Funktionsmaterialien in der Dental- und Augenheilkunde 249

VLADA B. URLACHER und KATJA KOSCHORRECK

- Biokatalyse für die selektive Oxidation 265

HEIKE BRÖTZ-OESTERHELT und PETER SASS

- Molekulare Antibiotikaforschung – Neue Leitstrukturen
und Wirkmechanismen gegen multiresistente Bakterien 283

FRANK MEYER und REINHARD PIETROWSKY

- Risikopotential der exzessiven Nutzung von Online-Rollenspielen:
Fortschritte in der klinischen Diagnostik 295

HOLGER GOHLKE

- Strukturbasierte Modellierung der
molekularen Erkennung auf multiplen Skalen 311

Philosophische Fakultät

Dekanat 329

FRANK LEINEN

- Mexiko 1810 – 1910 – 2010:
Entwicklungen, Perspektiven, Problemfelder 333

SHINGO SHIMADA

- Zum Konzept von Natur im Japanischen – das Eigene und das Fremde.
Eine Skizze..... 355

GERHARD SCHURZ

- Wie wahrscheinlich ist die Existenz Gottes?
Kreationismus, Bayesianismus und das Abgrenzungsproblem 365

RICARDA BAUSCHKE-HARTUNG

- Liegt der Rheinschatz in Düsseldorf? 377

PETER INDEFREY	
Wie entsteht das gesprochene Wort?	391
HARTWIG HUMMEL	
Europa als Friedensprojekt: Der internationale Masterstudiengang <i>European Studies</i> an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf	401
SUSANNE BRANDT und BEATE FIESELER	
Zum Projekt „Studierende ins Museum“	411
GABRIELE GLOGER-TIPPELT	
Warum wir Bindung brauchen – Empirisches Wissen und einige Mythen	427
Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät	
<i>Dekanat</i>	445
NADINE MÜLLER und BERND GÜNTER (Dekan)	
Kunstvermittlung und Marketing für Kunst – ein interdisziplinäres Fachgebiet	449
Gastbeitrag	
CHRISTOPH INGENHOVEN	
Rede anlässlich der Eröffnungsfeier des Oeconomicum der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf am 30. November 2010	463
RAIMUND SCHIRMEISTER	
Der MBA Gesundheitsmanagement als innovativer Weiterbildungsstudiengang	469
STEFAN SÜSS	
Fassaden, Mythen und Symbole? Wie Managementkonzepte eingesetzt und bewertet werden	481
JUSTUS HAUCAP	
Eingeschränkte Rationalität in der Wettbewerbsökonomie	495
HANS-THEO NORMANN	
Experimentelle Ökonomik für die Wettbewerbspolitik.....	509
RÜDIGER HAHN	
Corporate Responsibility in betriebswirtschaftlicher Diskussion – Kritische Reflexion und Begründungsgrundlagen unternehmerischer Gesellschaftsverantwortung	525
Juristische Fakultät	
<i>Dekanat</i>	541
RALPH ALEXANDER LORZ	
Die neue Blaupause für Europa Der Vertrag von Lissabon und seine wesentlichen Neuerungen.....	543

CHRISTIAN KERSTING Wettbewerb der Rechtskulturen: Der Kampf um das beste Recht.....	557
ANDREAS FEUERBORN, SUSANNE LEITNER und SUSANNE SCHILLBERG Fünf Jahre integrierter Grundstudienkurs Rechtswissenschaften Düsseldorf/Cergy-Pontoise – eine erfolgreiche Basis für den neuen deutsch-französischen Aufbaustudienkurs im Wirtschafts-, Arbeits- und Sozialrecht	583
JOHANNES DIETLEIN und FELIX B. HÜSKEN Spierschutz im gewerblichen Automatenpiel Rechtsprobleme der Bauartzulassung neuartiger Geldspielgeräte	593
CHRISTIAN KERSTING Zur Zweckmäßigkeit eines Entflechtungsgesetzes	613
Gesellschaft von Freunden und Förderern der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf e. V.	
OTHMAR KALTHOFF Gesellschaft von Freunden und Förderern der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf e. V.....	625
Private Stiftungen und die Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf	
ESTHER BETZ Ziele und Arbeit der Anton-Betz-Stiftung der Rheinischen Post	631
Forscherguppen an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf	
DIETER HÄUSSINGER und RALF KUBITZ Klinische Forschergruppe KFO 217 „Hepatobiliärer Transport und Lebererkrankungen“	637
Sofja Kovalevskaja-Preisträger	
PHILIPP ALEXANDER LANG Wie man virale Infektionen untersuchen kann.....	649
Graduiertenausbildung an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf	
AXEL GÖDECKE und URSULA KESSEN Strukturierte Promotion an der Medizinischen Fakultät: Die <i>Medical Re- search School Düsseldorf</i>	661
CHRISTIAN DUMPITAK, ANDREAS WEBER und CHRISTEL MARIAN Shaping the Future of Doctoral Training: iGRAD – Interdisciplinary Graduate and Research Academy Düsseldorf ..	671

SIGRUN WEGENER-FELDBRÜGGE, RÜDIGER SIMON und ANDREAS P. M. WEBER iGRAD-Plant – An International Graduate Program for Plant Science „The Dynamic Response of Plants to a Changing Environment“	679
Nachwuchsforschergruppen an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf	
M. BEURSKENS, S. KEUNEKE, M. MAHRT, I. PETERS, C. PUSCHMANN, A. TOKAR, T. VAN TREECK und K. WELLER Wissenschaft und Internet	693
Ausgründungen aus der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf	
CORD EBERSPÄCHER Kennen Sie Konfuzius? Über 300 Konfuzius-Institute verbreiten chinesische Kultur und Sprache weltweit – das Düsseldorfer Institut gehörte zu den ersten	705
Ausstellungen	
STEFANIE KNÖLL Narren – Masken – Karneval Forschungsprojekt und Ausstellung der Graphiksammlung „Mensch und Tod“	721
Geschichte der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf	
ULRICH KOPPITZ, THORSTEN HALLING und JÖRG VÖGELE Geschichten und Geschichtswissenschaft: Zur Historiographie über die Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf	739
Forum Kunst	
STEFAN SCHWEIZER Gartenkunst als Städtebau Zur Konvergenz der Disziplinen im Diskurs um den sozialhygienischen Beitrag urbaner Grünanlagen 1890–1914	759
Chronik der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf	
ROLF WILLHARDT Chronik 2010	783



Prof. Dr. Christian Kersting, LL.M. (Yale)

Christian Kersting studierte von 1992 bis 1997 Rechtswissenschaften in Bonn und Lausanne sowie von 1992 bis 1998 Wirtschaftswissenschaften (Teilzeitstudium) an der FernUniversität Hagen. 1997 legte er das Erste, 2001 das Zweite Juristische Staatsexamen ab. Im Jahr 2000 erfolgte die Promotion an der Universität Bonn. Von 2001 bis 2002 studierte er an der Yale Law School (LL.M.). Von 2002 bis 2007 arbeitete er als Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht in München. 2006 habilitierte er sich an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München. Im Sommersemester 2007 war er Vertreter des Lehrstuhls für Deutsches Recht an der Universität Lausanne. Er erhielt parallel Rufe an die Universitäten Düsseldorf, Kiel, Mannheim und an die European Business School.

Seit September 2007 ist Christian Kersting Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht sowie deutsches und internationales Unternehmens-, Wirtschafts- und Kartellrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Darüber hinaus lehrt er an der Wirtschaftsuniversität Wien im Studiengang Postgraduate International Tax Law.

CHRISTIAN KERSTING

Zur Zweckmäßigkeit eines Entflechtungsgesetzes

Einleitung

Kartellbehördliche Eingriffe in die Struktur eines Unternehmens sind im deutschen Kartellrecht ausdrücklich nur für den Fall vorgesehen, dass ein zu untersagender Zusammenschluss entgegen dem Verbot des § 41 Abs. 1 GWB vollzogen wurde (vgl. § 41 Abs. 3, 4 GWB). Gleiches gilt im europäischen Recht (vgl. Art. 8 Abs. 4, 5 FKVO). Darüber hinaus sind strukturelle Maßnahmen der Kartellbehörden, das heißt Eingriffe in die Unternehmensstruktur, nur als Reaktion auf Verstöße gegen die Vorschriften über wettbewerbsbeschränkende Absprachen beziehungsweise den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung erlaubt; und auch das nur, wenn verhaltensorientierte Maßnahmen nicht ausreichen, um solche Verstöße für die Zukunft zu verhindern (§ 32 Abs. 2 GWB, Art. 7 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003).¹ Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Entflechtungsbefugnis von Anfang 2010 sollte die Handlungsmöglichkeiten des Bundeskartellamts ergänzen und auch Eingriffe in die Unternehmensstruktur allein aufgrund von Marktbeherrschung erlauben.² Auch wenn der Entwurf derzeit wohl nicht weiter verfolgt wird, ist die Frage nach der Zweckmäßigkeit einer solchen Entflechtungsregel weiterhin von großem wissenschaftlichem Interesse. Daher sollen die vorgeschlagenen Regelungen nachfolgend zunächst vorgestellt und dann einer Bewertung unterzogen werden.

Entflechtungsmittel des Referentenentwurfs zur Änderung des GWB Klarstellung in § 32 GWB

Der Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten des Bundeskartellamts dient zunächst eine Klarstellung in § 32 Abs. 2 GWB: Während das europäische Recht in Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 zur Abstellung von Kartellrechtsverstößen ausdrücklich auch strukturelle Maßnahmen für zulässig erklärt, spricht der geltende § 32 Abs. 2 GWB nur von erforderlichen und verhältnismäßigen Maßnahmen.³ Hiermit sollen nach der Reg. Begr. zur 7. GWB-Novelle freilich auch strukturelle Maßnahmen erfasst sein.⁴ Es ist daher wenig

¹ Reg. Begr. (7. GWB-Novelle), BT-Drs. 15/3640, S. 33; vgl. auch Anweiler, in: Loewenheim, Meessen und Riesenkampff (²2009: Art. 7 VerfVO Rn. 57 ff.); Emmerich, in: Immenga und Mestmäcker (⁴2007: § 32 Rn. 36); Rehbinder, in: Loewenheim, Meessen und Riesenkampff (²2009: § 32 Rn. 17); Bornkamm, in: Lange und Bunte (¹⁰2006: § 32 Rn. 25); Karl und Reichelt (2005: 1441).

² Siehe hierzu 58. Sondergutachten der Monopolkommission (2010: Rn. 1 ff.).

³ Vgl. hierzu Reg. Begr. (7. GWB-Novelle), BT-Drs. 15/3640, S. 33; Bechtold (2010: 451); Emmerich, in: Immenga und Mestmäcker (⁴2007: § 32 Rn. 37 ff.); Klees (2005: § 6 Rn. 78); dazu auch Haus (2001: 659 ff.); Karl und Reichelt (2005: 1441); Fuchs (2005: 1389); Lutz (2005: 725).

⁴ Reg. Begr. (7. GWB-Novelle), BT-Drs. 15/3640, S. 33.

spektakulär, aber im Interesse der Rechtsklarheit zu begrüßen, wenn § 32 Abs. 2 GWB auch ausdrücklich an den Wortlaut des Art. 7 Abs. 1 VO 1/2003 angepasst wird.⁵

Einführung einer Entflechtungsbefugnis

Von erheblich größerer Bedeutung ist demgegenüber ein anderer Reformgedanke (vgl. §§ 41a, 42a GWB-E): Das geltende Recht unterwirft Unternehmenszusammenschlüsse ab einer bestimmten Größenordnung der Fusionskontrolle, um das Entstehen von marktbeherrschenden Stellungen zu vermeiden. Gleichzeitig existiert keine Regelung, welche auf die Beseitigung von marktbeherrschenden Stellungen abzielt, die durch internes Wachstum entstanden sind.⁶ Der Gesetzgeber hat sich bewusst darauf beschränkt, in diesen Fällen lediglich das Marktverhalten solcher Unternehmen einer Missbrauchskontrolle zu unterwerfen.⁷ Diese Entscheidung des Gesetzgebers würde durch ein Entflechtungsgesetz revidiert. Nach dem Referentenentwurf von Anfang 2010 soll das Bundeskartellamt nicht mehr nur das Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung durch Zusammenschlüsse, das heißt durch externes Wachstum, verhindern dürfen. Es soll vielmehr auch die Möglichkeit erhalten, eine Entflechtung anzuordnen, wenn ein Unternehmen durch internes Wachstum, das heißt durch gute Leistung am Markt, eine marktbeherrschende Stellung erlangt hat.

Voraussetzung für eine Entflechtung nach § 41a GWB-E ist, dass ein oder mehrere Unternehmen auf einem Markt von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung marktbeherrschend sind, das Fortbestehen der Marktbeherrschung auf absehbare Zeit zu erwarten ist, obwohl Wettbewerb technisch und wirtschaftlich möglich ist, und dass eine Anordnung zur Veräußerung von Vermögensteilen oder ihrer Verselbständigung eine wesentliche Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen erwarten lässt. Das Bundeskartellamt muss unter anderem zuvor eine Sektoruntersuchung durchführen sowie eine Stellungnahme der Monopolkommission einholen. Ferner müssen die betroffenen Unternehmen die für die Fusionskontrolle geltenden Umsatzschwellenwerte erreichen. Der Entwurf sieht schließlich die Möglichkeit eines Ministerdispenses (§ 42a GWB-E) vor, gewährt einen fünfjährigen Bestandsschutz für zuvor genehmigte Zusammenschlüsse und nimmt Vermögensteile, die einer sektorspezifischen Regulierung unterliegen, von den Entflechtungsregeln aus.

Ziel dieser Kehrtwende ist es, dem Bundeskartellamt ein Instrument an die Hand zu geben, mit dem es auch unabhängig von der Feststellung eines konkreten Kartellrechtsverstoßes gegen eine verfestigte Marktmacht vorgehen kann. Die Missbrauchskontrolle könne die Folgen fehlenden Wettbewerbs nur dämpfen, insbesondere das Problem hoher Marktzutrittsschranken könne sie hingegen nicht nachhaltig lösen.⁸ Die Entflecht-

⁵ Eine Anpassung der §§ 1 ff. GWB an das europäische Wettbewerbsrecht war bereits Ziel der 7. GWB-Novelle; Reg. Begr. (7. GWB-Novelle), BT-Drs. 15/3640, S. 1 und 21 ff.; vgl. hierzu Lübbig, in: Wiedemann (2008: § 7 Rn. 81); Bechtold und Buntscheck (2005: 2966 und 2968).

⁶ Vgl. Engel (2008: 7); siehe auch die Nachweise in Fußnote 7.

⁷ Siehe nur Reg. Begr. (7. GWB-Novelle), BT-Drs. 15/3640, S. 33; Bechtold (2010: 451); Emmerich, in: Immenga und Mestmäcker (42007: § 32 Rn. 40); Raisch, in: Mestmäcker (1968: 369); Schröter, in: von der Groeben und Schwarze (62003: Art. 82 EG Rn. 19); Schulte-Braucks (1981: 1370).

⁸ So die Begründung des (unveröffentlichten) Referentenentwurfs vom 08.01.2010, unter A. I. 1.; siehe hierzu auch Gesetzentwurf des Landes Hessen, BR-Drs. 76/08, S. 6 f.; Gesetzentwurf der FDP-Fraktion, BT-Drs. 16/8405, S. 5.

tion wird überdies als eine Alternative zu einer permanenten staatlichen Regulierung gesehen, wie sie aus dem Bereich natürlicher Monopole zur Ermöglichung von Wettbewerb auf vor- und nachgelagerten Märkten bekannt sei.⁹

Beurteilung des Gesetzesvorhabens

Wie ist dieses Anliegen nun zu bewerten? Positiv fällt ins Gewicht, dass durch die Einführung einer Entflechtungsmöglichkeit dem Kartellamt in der Tat eine Möglichkeit an die Hand gegeben wird, auch dann wettbewerbsfördernd tätig zu werden, wenn es weder an ein missbräuchliches Verhalten der betroffenen Unternehmen noch an ein Fusionsvorhaben anknüpfen kann. Es ist zwar richtig, dass so Effizienzen, die sich in einem größeren Unternehmen realisieren lassen, verlorengehen.¹⁰ Diesen Bedenken lässt sich jedoch im Rahmen der Ermessensausübung bei der Entscheidung über eine Entflechtungsanordnung oder über einen etwaigen Ministerdispens Rechnung tragen.¹¹ Auch verfassungsrechtliche Bedenken greifen im Ergebnis wohl nicht durch.¹² Eine solche Regelung würde sich als zulässige und auch hinreichend bestimmte¹³ Inhalts- und Schrankenbestimmung¹⁴ des Eigentums ausgestalten lassen. Rechtspolitisch würde durch die Einführung einer Entflechtungsregelung eine Lücke in der Marktstrukturkontrolle geschlossen, die aus der Beschränkung der Fusionskontrolle auf Zusammenschlüsse, das heißt externes Wachstum, resultiert.¹⁵ Insgesamt fällt die Bewertung im Ergebnis dennoch negativ aus.

⁹ So die Begründung des (unveröffentlichten) Referentenentwurfs vom 08.01.2010, unter A. I. 1.; siehe hierzu auch Gesetzentwurf des Landes Hessen, BR-Drs. 76/08, S. 6; Gesetzentwurf der FDP-Fraktion, BT-Drs. 16/8405, S. 5; vgl. auch Haus (2001: 661); Schulte-Braucks (1981: 1370); Müller (2004: 32).

¹⁰ Vgl. Herrmann (1981: 68 ff.); Scholz (1981: 53 f.); kritisch zur Bedeutung der verlorenen Effizienzen Schulte-Braucks (1980: 205 ff.).

¹¹ Vgl. Scholz (1981: 53), mit Verweis auf Möschel (1979a: 309); a. A. Bechthold (2010: 452), der darauf hinweist, dass die Ermessensausübung des Bundeskartellamtes nicht gerichtlich überprüfbar ist – anders das 58. Sondergutachten der Monopolkommission (2010: Rn. 39), in dem ausdrücklich auf mögliche Rechtsmittel hingewiesen wird – und Schulte-Braucks (1981: 1374), demzufolge *economies of scale* im Rahmen der Ermessensabwägung unberücksichtigt bleiben müssen.

¹² Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit einer Entflechtungsregelung siehe ausführlich und bejahend Gesetzentwurf des Landes Hessen, BR-Drs. 76/08, S. 10 ff.; bejahend Gesetzentwurf der FDP-Fraktion, BT-Drs. 16/8405, S. 6 f.; bejahend Engel (2008); bejahend Kerber (1987: 66 ff.); bejahend Monopolkommission, Drittes Hauptgutachten, BT-Drs. 8/4404, Rn. 775 ff.; bejahend Möschel (1979b: 131 ff.); ablehnend Müller (2004: 191 ff.); bejahend Scholz (1981); bejahend Schulte-Braucks (1980: 260 ff.); ablehnend Selmer (1981); i. E. bejahend auch das 58. Sondergutachten der Monopolkommission (2010: Rn. 94 ff.), in welchem über den Gesetzentwurf hinaus eine uneingeschränkte Entflechtung auch für den Fall der Veräußerung für einen 50 Prozent unter dem Marktwert liegendem Preis vorgeschlagen wird. Die Wertdifferenz sei durch den Staat zu kompensieren (a. a. O., Rn. 101).

¹³ Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit gesetzlicher Entflechtungsermächtigungen Müller (2004: 209); Gotthold (1980: 347 f.); für unzureichend bestimmt erachtet den Referentenentwurf Bechthold (2010: 453); Satzky (2010: 624 f.); Sondergutachten der Monopolkommission (2010: Rn. 105 ff.).

¹⁴ Gesetzentwurf des Landes Hessen, BR-Drs. 76/08, S. 15 (bejahend); Gesetzentwurf der FDP-Fraktion, BT-Drs. 16/8405, S. 6 f.; Engel (2008: 26 ff.); Kaiser und Wischmeyer (2010: 34 und 43 ff.); Kerber (1987: 80 ff. und 94 ff.); 58. Sondergutachten der Monopolkommission (2010: Rn. 94 ff.); wohl auch Möschel (1979b: 141); differenzierend Papier, in: Maunz und Dürig (2009: Art. 14 GG, Rz. 506 ff.); erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken äußert Bechthold (2010: 453); kritisch auch Fuchs (2010: 479); eine Entgegnung annehmend Becker (2010: 107); Müller (2004: 195 ff.).

¹⁵ Vgl. 58. Sondergutachten der Monopolkommission (2010: RN. 2).

Abschreckungseffekt

Zunächst ist nämlich zu berücksichtigen, dass schon die Möglichkeit einer Entflechtung abschreckend wirken und Leistungsanreize mindern kann.¹⁶ Diese Vorfeldwirkung steigt bei zunehmender Rechtsunsicherheit über die Anwendung der Entflechtungsregelung.¹⁷ Insofern ist zu betonen, dass in der Abschreckung von dem Bestreben, eine marktbeherrschende Stellung überhaupt zu erlangen, nicht das Ziel der Neuregelung erblickt werden kann.¹⁸ Es wäre geradezu widersinnig, wollte die Entflechtungsregelung darauf abzielen, einen wettbewerbsdämpfenden Effekt auf Märkten mit funktionierendem Wettbewerb auszuüben.¹⁹

Das faktische Bestehen eines solchen Abschreckungseffekts gibt vielmehr Anlass, die Zweckmäßigkeit der Regelung insgesamt zu hinterfragen.²⁰ Bislang wurde der Grund für die unterschiedliche wettbewerbsrechtliche Behandlung internen und externen Wachstums gerade darin gesehen, dass Unternehmen kein Leistungsanreiz im Wettbewerb genommen werden sollte.²¹ Während das Bestehen einer Fusionskontrolle gerade nicht zu Befürchtungen Anlass gibt, dass Unternehmen in ihren Anstrengungen am Markt nachlassen, ist dies bei einer „Sanktionierung“²² von zu erfolgreichem internem Wachstum durch die Anordnung einer Entflechtung gerade anders. Auch das US-amerikanische Recht verzichtet vor diesem Hintergrund darauf, allein in der Größe eines Unternehmens einen Grund zur Entflechtung zu sehen²³, obwohl es – insofern sprachlich weitergehend als das deutsche und europäische Recht – allgemein die „Monopolisierung“ verbietet und damit vom Wortlaut her potentiell auch das interne Wachstum erfasst.²⁴

Gegenüber diesen Bedenken lässt sich nicht einwenden, dass der Referentenentwurf hohe Voraussetzungen an eine Entflechtungsanordnung stelle und diese nur als *ultima ratio* und nur auf einem Markt mit „gesamtwirtschaftlicher Bedeutung“ zulässig sei. Die unbestritten hohe Eingriffsschwelle ändert nämlich nichts an der Wahrnehmung von Unternehmen, möglicherweise für ihren wirtschaftlichen Erfolg mit Entflechtung be-

¹⁶ Vgl. Möschel (1979b: 82 ff.); eine detaillierte wettbewerbstheoretische Analyse findet sich im 58. Sondergutachten der Monopolkommission (2010: Rn. 46 ff.).

¹⁷ 58. Sondergutachten der Monopolkommission (2010: Rn. 54).

¹⁸ Vgl. hierzu Satzky (2010: 620 f.).

¹⁹ Vgl. auch Scholz (1981: 47 f.).

²⁰ So auch Fuchs (2010: 479).

²¹ Dahin gehend Schröter, in: von der Groeben und Schwarze (⁶2003: Art. 82 EG Rn. 19); Schulte-Braucks (1981: 1371); Schulte-Braucks (1980: 227); für eine derartige Differenzierung auch Scholz (1981: 49 f. und 51); ausführlich Möschel (1979b: 45 ff.).

²² Explizit gegen die Annahme eines „Sanktionscharakters“, der tatsächlich jedoch zumindest emotional seitens der Adressaten empfunden wird, wendet sich das 58. Sondergutachten der Monopolkommission (2010: Rn. 27 und 38).

²³ Vgl. Bloch, Kamann, Brown und Schmidt (2005: 333 ff. und 337); Schulte-Braucks (1980: 50 ff.); Schulte-Braucks (1981: 1371); Müller (2004: S. 60 ff.); siehe auch U.S. v. U.S. Steel Corp. 251 U.S. 417, 451 (1920); U.S. v. Aluminum Co. of America 148 F. 2D 416, 429 ff.; U.S. v. Grinnell Corp. 384 U.S. 563, 570 f. und 576 (1966).

²⁴ Vgl. Sec. 2 Sherman Act: “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

strafte zu werden.²⁵ Nun mag man hierin eine unbegründete Furcht sehen, welche dem Gesetzgeber nicht die Hand führen darf. Doch ist auch ein von einer unbegründeten Furcht bestimmtes Verhalten von Marktteilnehmern Bestandteil des Wirtschaftslebens und kann nicht als unerwünscht aus der Realität ausgeblendet werden.²⁶

Betrachtet man zudem, welchen Unternehmen in der Finanzkrise plötzlich systemische Bedeutung zugestanden wurde, mag man sich durchaus fragen, wie die Eingriffsvoraussetzungen unter geänderten wirtschaftlichen oder politischen Umständen verstanden würden und ob nicht plötzlich auch Märkten eine gesamtwirtschaftliche Bedeutung zugesprochen werden könnte, die bei Abfassung des Gesetzes niemand so eingestuft hätte.

Aber selbst wenn man rechtlich nicht fundierte Befürchtungen ausblenden will, so bleibt es doch dabei, dass negative Vorfeldwirkungen und eine Minderung der Attraktivität des Standortes Deutschland zumindest für solche Unternehmen real sind, welche auf Märkten mit gesamtwirtschaftlicher Bedeutung tätig sind. Gerade wegen der Bedeutung solcher Märkte sollte sehr sorgfältig abgewogen werden, ob eine Regelung, die für den unwahrscheinlichen Extremfall geboten sein mag, aber im Normalfall kontraproduktive Auswirkungen zeitigt, sinnvoll ist²⁷: Wollen wir es in Kauf nehmen, auf bedeutenden Märkten Wettbewerbsanreize generell zu mindern, nur um für den seltenen Ausnahmefall einer verfestigten Marktbeherrschung gewappnet zu sein?

Europäischer und internationaler Abstimmungsbedarf

Gegen die Einführung einer Entflechtungsbefugnis, die nicht eine Sanktion für Kartellverstöße darstellt, sondern allein an die marktbeherrschende Stellung anknüpft, spricht ferner der Umstand, dass diese ohne eine europäische und internationale Abstimmung kaum praktikabel ist.

Europäischer Abstimmungsbedarf: FKVO

Zunächst bedarf die Einführung einer nationalen Entflechtungsbefugnis der Abstimmung mit europäischen Regelungen. Im Hinblick auf Art. 3 Abs. 3 VO 1/2003, Art. 21 FKVO wird man dem nationalen Gesetzgeber zwar nicht die Kompetenz versagen können, eine Entflechtungsmöglichkeit zu schaffen, die nicht als Sanktion wirkt, sondern allein an das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung anknüpft. Denn insofern greift der nationale Gesetzgeber weder in den Regelungsbereich der Art. 101 f. AEUV noch in den Bereich der europäischen Fusionskontrolle über. Doch hat Bechtold zu Recht darauf hingewiesen, dass es dennoch zu Konflikten zwischen der FKVO und einer nationalen Entflechtungsbefugnis kommen kann; beispielsweise wenn eine Entflechtungsanordnung mit einer zeitlich vorhergehenden oder nachfolgenden Freigabeentscheidung der Kommission zusammentrifft²⁸: Unter welchen Umständen darf das deutsche Recht ein aufgrund einer europäischen Freigabeentscheidung entstandenes Unternehmen entflechten? Darf das deutsche Recht es den Teilen eines entflochtenen

²⁵ Siehe Fußnote 22.

²⁶ Auch das 58. Sondergutachten der Monopolkommission (2010: Rn. 48 ff.) bezieht die Gefahr einer potentiellen Entflechtung in die Analyse der Investitionsentscheidungen des Unternehmens mit ein.

²⁷ Vgl. hierzu auch Möschel (1979b: 82 ff.); einen Wettbewerbsnachteil des Wirtschaftsstandorts Deutschland befürchtet auch Satzky (2010: 621).

²⁸ Vgl. Bechtold (2010: 452).

Unternehmens auch dann untersagen, sich wieder zusammenzuschließen, wenn eine europäische Freigabeentscheidung vorliegt? Insofern ist in der Tat offen, ob die rein zeitliche Kollisionsregel des deutschen Entwurfs, derzufolge eine Entflechtungsanordnung frühestens 5 Jahre nach einer Freigabeentscheidung erfolgen kann (§ 41a Abs. 2 GWB-E) und ein Rückwerb veräußerter Unternehmensteile frühestens 10 Jahre nach einer Entflechtungsanordnung gestattet ist (§ 41a Abs. 4 S. 5 GWB-E), den Vorrang des Europarechts hinreichend beachtet.²⁹

Internationaler Abstimmungsbedarf: Auswirkungsprinzip

Ferner muss man sich noch mit der Frage auseinandersetzen, ob das Auswirkungsprinzip (§ 130 Abs. 2 GWB), nach dem sich die Anwendbarkeit nationalen Kartellrechts richtet,³⁰ auch eine Zuständigkeit zur Entflechtung von fremdem Recht unterliegenden Gesellschaften tragen kann. Dies kann man deswegen bezweifeln, weil Eingriffe in die Struktur von sich rechtskonform verhaltenden und nach fremdem Recht organisierten Unternehmen eine deutlich höhere Eingriffsqualität aufweisen und die Belange fremder Staaten deutlich stärker beeinträchtigen als die Durchsetzung verhaltensbezogener kartellrechtlicher Verbote, einschließlich der Untersagung eines Zusammenschlusses.³¹ Wären ausländische Unternehmen der Entflechtungsbefugnis des deutschen Kartellamts vor diesem Hintergrund entzogen, so brächte dies erhebliche Gleichbehandlungsprobleme insbesondere in Fällen kollektiver Marktbeherrschung mit sich.³²

Aber auch wenn man zu dem Ergebnis kommt, dass Entflechtungsanordnungen auch gegenüber fremden Unternehmen möglich sind,³³ so stellt sich, nicht zuletzt weil solche Anordnungen in fast keiner anderen Rechtsordnung bekannt sind, doch die Frage nach ihrer rechtlichen und politischen Durchsetzbarkeit gegenüber ausländischen Unternehmen. Im Ergebnis droht eine doppelte Benachteiligung deutscher Unternehmen.³⁴ Diese dürften nicht nur die einzigen sein, die ernsthaft mit einer Entflechtungsanordnung rechnen müssten, sondern sie wären auch gerade auf ihrem Heimatmarkt betroffen und hätten daher vielfach keine Rückzugsmöglichkeit, mit der sie einer Entflechtung entgegen könnten. Der (teilweise) Rückzug marktstarker ausländischer Unternehmen vom deutschen Markt könnte eine weitere unerwünschte Nebenfolge sein. All dies spricht dafür, einen nationalen Alleingang zu vermeiden.³⁵

Einer sorgfältigen Abwägung bedarf allerdings auch die Frage, ob eine europäische Lösung sinnvoll ist. Zwar ließe sich auf diese Weise eine Benachteiligung deutscher Unternehmen zumindest gegenüber anderen europäischen Unternehmen vermeiden. Doch würde eine europäische Lösung an der Minderung von Leistungsanreizen auch nichts ändern. Zudem würde der Europäischen Kommission ein weiteres, sehr schnei-

²⁹ Bejahend indes 58. Sondergutachten der Monopolkommission (2010: Rn. 119).

³⁰ Vgl. Richter, in: Wiedemann (2008: § 19 Rn. 7 ff.); Emmerich, Reh binder und Markert, in: Immenga und Mestmäcker (42007: § 130 Rn. 117 ff.); Stockmann, in: Loewenheim, Meessen und Riesenka mpff (22009: § 130 Rn. 45 ff.).

³¹ Tendenziell anders wohl 58. Sondergutachten der Monopolkommission (2010: Rn. 40).

³² Vgl. zu einer Benachteiligung deutscher Unternehmen Bechthold (2010: 451 und 452); Satzky (2010: 614 und 623); kritisch auch Fuchs (2010: 479). Siehe aber 58. Sondergutachten der Monopolkommission (2010: Rn. 40), wo dies nicht für ausschlaggebend erachtet wird.

³³ So Bechthold (2010: 452).

³⁴ So auch Bechthold (2010: 452).

³⁵ Vgl. auch Bechthold (2010: 452).

diges Instrument der Wettbewerbspolitik an die Hand gegeben, ohne dass ersichtlich wäre, wie das Korrektiv eines Ministerdispenses im europäischen Recht zu verankern wäre.

Fazit

Als Fazit bleibt: Mit der Einführung einer Entflechtungsbefugnis als *ultima ratio* soll das Bundeskartellamt für eng definierte Ausnahmefälle in die Lage versetzt werden, erstarrten Wettbewerb zu beleben. Diesen Vorteilen im derzeit nicht absehbaren Ausnahmefall stehen erhebliche Nachteile für den Regelfall gegenüber. Auf die Einführung einer Entflechtungsmöglichkeit sollte daher verzichtet werden. Sollte sich doch einmal ein Bedarf hierfür zeigen, so wird sich eine Lösung finden, die auch in einer Neubefassung mit dem vorliegenden Entwurf bestehen könnte.

Literatur

- BECHTHOLT, Rainer und Martin BUNTSHECK (2005). „Die 7. GWB-Novelle und die Entwicklung des deutschen Kartellrechts 2003 bis 2005“, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2966–2973.
- BECHTHOLT, Rainer (2010). „Zum Referentenentwurf einer Entflechtungsregelung“, *Betriebs-Rater*, 451–454.
- BECKER, Florian (2010). „Entflechtung im Wettbewerbsrecht und Eigentumsgrundrecht“, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 105–108.
- BLOCH, Robert, Hans-Georg KAMANN, Jay S. BROWN und Jens Peter SCHMIDT (2005). „A Comparative Analysis of Art. 82 of the EC Treaty and Sec. 2 of the Sherman Act“, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 325–358.
- ENGEL, Christoph (2008). *Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellgesetz*. Baden-Baden.
- FUCHS, Andreas (2005). „Die 7. GWB-Novelle-Grundkonzeption und praktische Konsequenzen“, *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 1384–1396.
- FUCHS, Andreas (2010). „Entflechtung ohne Kartellrechtsverstoß?“, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 479.
- GOTTHOLD, Jürgen (1980). „Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen“, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Gesellschaftsrecht*, 341–349.
- GROEBEN, Hans VON DER und Jürgen SCHWARZE (⁶2003). *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*. Baden-Baden.
- HAUS, Florian (2001). „Entflechtung nach der KartellVO?“, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 659–664.
- HERRMANN, Armin (1981). *Die Entflechtung als Instrument der Wettbewerbspolitik*. Berlin.
- IMMENGA, Ulrich und Ernst-Joachim MESTMÄCKER (⁴2007). *Wettbewerbsrecht*, Bd. 2. München.
- KAISER, Anna-Bettina und Thomas WISCHMEYER (2010). „Eigentumsrechtliche Entflechtung im Energiebereich“, *Verwaltungsarchiv*, 34–57.
- KARL, Matthias und Daniel REICHELT (2005). „Die Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die 7. GWB-Novelle“, *Der Betrieb*, 1436–1444.
- KERBER, Markus (1987). *Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB*. Baden-Baden.
- KLEES, Andreas (2005). *Europäisches Kartellverfahrensrecht*. Köln.
- LANG, Eugen und Hermann-Josef BUNTE (¹⁰2006). *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Bd. 1. Köln.
- LOEWENHEIM, Ulrich, Karl M. MEESSEN und Alexander RIESENKAMPFF (²2009). *Kartellrecht*. München.

- LUTZ, Martin (2005). „Schwerpunkte der 7. GWB-Novelle“, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 718–732.
- MONOPOLKOMMISSION (1977). *Hauptgutachten 1973/1975: Mehr Wettbewerb ist möglich*. Baden-Baden.
- MONOPOLKOMMISSION (2010). *Sondergutachten 58: Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung*. Bonn.
- MÖSCHEL, Wernhard (1979a). „Die Idee der rule of law und das Kartellrecht heute“, in: Walter EUKEN und Franz BÖHM (Begr.). *ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft Bd. 30*. Stuttgart und New York, 295–312.
- MÖSCHEL, Wernhard (1979a). *Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*. Tübingen.
- MÜLLER, Birgit (2004). *Entflechtung und Deregulierung*. Berlin.
- PAPIER, Hans-Jürgen (2009), in: Theodor MAUNZ und Günter DÜRIG (Begr.). *Kommentar zum Grundgesetz*, Bd. 1. München.
- RAISCH, Peter (1968). „Zum Begriff des Mißbrauchs im Sinne von § 22 GWB“, in: Ernst-Joachim MESTMÄCKER (Hrsg.). *Wettbewerb als Aufgabe nach zehn Jahren gegen Wettbewerbsbeschränkungen*. Bad Homburg vor der Höhe, Berlin und Zürich, 357–397.
- SATZKY, Horst (2010). „Novellierung des GWB: Entflechtung von Großkonzernen?“, *Wirtschaft und Wettbewerb*, 614–626.
- SCHOLZ, Ruprecht (1981). *Entflechtung und Verfassung*. Baden-Baden.
- SCHULTE-BRAUCKS, Reinhard (1980). *Die Auflösung marktbeherrschender Stellungen*. Baden-Baden.
- SCHULTE-BRAUCKS, Reinhard (1981). „Die Entflechtung als Aufgabe der Wettbewerbspolitik“, *Betriebs-Berater*, 1369–1374.
- SELMER, Peter (1981). *Unternehmensentflechtung und Grundgesetz*. Köln, Berlin, Bonn und München.
- WIEDEMANN, Gerhard (²2008). *Handbuch des Kartellrechts*. München.

ISBN 978-3-940671-71-4



9 783940 671714