

schutzbehörde – geeignet, in ähnlicher Weise den Vollzug und die Wahrung der Belange des Naturschutzes zu gewährleisten wie eine planerische Festlegung. Bei einer einseitigen Verpflichtungserklärung fehlt es an einer ausdrücklichen Bindung gegenüber einem Außenstehenden. Die Gefahr, dass die erklärte Maßnahme des Ausgleichs oder Ersatzes nicht alsbald durchgeführt wird, ist nicht von der Hand zu weisen⁵⁵.

Wie schon geschildert, können die Gemeinden für sonstige geeignete Maßnahmen zum Ausgleich Flächen bereitstellen (§ 1 a Abs. 3 Satz 3 BauGB). Auch diese Flächen können – wie die im Bebauungsplan festgesetzten – den Grundstücken, auf denen Eingriffe zu erwarten sind, ganz oder teilweise zugeordnet werden (§ 9 Abs. 1 a Satz 2 Halbs. 2 BauGB). Die Kosten der Bereitstellung der Flächen und der auf ihnen von der Gemeinde durchgeführten Maßnahmen haben die Vorhabenträger oder Grundstückseigentümer zu erstatten (§ 135 a Abs. 2 und 3 BauGB).

Zum Zeitpunkt der Flächenbereitstellung hat der VGH Baden-Württemberg in dem Urteil vom 14. 9. 2001⁵⁶ wie folgt entschieden: Sollen dauerhafte Eingriffe in Natur und Landschaft durch Maßnahmen »auf von der Gemeinde bereitgestellten Flächen« im Sinne des § 1 a Abs. 3 Satz 3 BauGB ausgeglichen werden, muss die Gemeinde beim Satzungsbeschluss Eigentümerin der betreffenden Flächen sein oder es muss in sonstiger Weise zumindest ein zeitlich unbefristetes Verfügungsrecht der Gemeinde über diese Flächen gesichert sein. – Eine entsprechende Rechtsauslegung findet sich in dem Urteil des Niedersächsischen OVG vom 5. 4. 2001⁵⁷.

55 Zur Sicherung der Durchführung von Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen durch Abschluss eines Vertrags vor dem In-Kraft-

Schließlich ist noch eine Entscheidung zum zeitlichen Bezugspunkt für die Durchführung der festgesetzten Ausgleichsmaßnahmen zu benennen. Das BVerwG hat hierzu in dem Beschluss vom 16. 3. 1999⁵⁸ im Wesentlichen ausgeführt: Die Eingriffsregelung lässt offen, zu welchem Zeitpunkt die Gemeinde festgesetzte (und zugeordnete) Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen durchgeführt haben muss. Aus ihm ergibt sich lediglich, dass die Gemeinde, die von der Möglichkeit Gebrauch macht, zugeordnete Festsetzungen auf Kosten der Vorhabenträger oder der Eigentümer der (Eingriffs-)Grundstücke zu verwirklichen, die Maßnahmen bereits vor dem Eingriff durchführen kann. Dagegen gibt es keine Auskunft darüber, auf welchen Zeitpunkt ansonsten abzustellen ist. Es lässt freilich den Schluss zu, dass den zeitlichen Bezugspunkt nicht das In-Kraft-Treten des Bebauungsplans, sondern der durch den Plan ermöglichte Eingriff in Natur und Landschaft bildet. Der zeitliche Spielraum, über den die Gemeinde verfügt, lässt sich nicht mit Hilfe einer abstrakten Fristbestimmung eingrenzen. Von entscheidender Bedeutung sind vielmehr die jeweiligen naturschutzrechtlichen Erfordernisse. Während es im Regelfall genügen mag, die festgesetzten Ausgleichs- und Ersatzmaßnahmen angemessene Zeit nach der Vornahme der Eingriffe abzuschließen, deren Folgen auszugleichen sie bestimmt sind, steht der Gemeinde lediglich ein engerer zeitlicher Rahmen zur Verfügung, wenn anderenfalls die Gefahr besteht, dass der mit dem Ausgleich verfolgte Zweck verfehlt wird.

Treten des Bebauungsplans s. BVerwG, Beschluss vom 21. 2. 2000 – 4 BN 43.99 –, ZfBR 2000, 424.

56 – 5 S 2869/99 –,

57 – 1 K 2758/00 –, BauR 2001, 1546.

58 – 4 BN 17.98 –, ZfBR 1999, 349.

Berichte

64. Deutscher Juristentag in Berlin

Von Rechtsanwalt und Notar Professor Dr. *Bernhard Stüer*, Münster/Osnabrück

Deutsche Juristentage haben seit dem ersten Berliner Juristenkongress im Jahre 1860 eine lange Tradition. Damals begrüßte der preußische Kronprinz und spätere Kaiser Friedrich die in jener Zeit bereits größte nicht-staatliche Versammlung deutscher Juristen. Die Zeiten wandeln sich. Aber auch heute noch treffen sich alle zwei Jahre Juristen aus allen Berufszweigen zu dem größten deutschen Juristenkongress, um aktuelle Fragen der juristischen Fachwelt zu erörtern und Gesetzgeber, Wissenschaft und Praxis Vorschläge für künftiges Handeln zu unterbreiten¹. Die

1 Zu den vorangegangenen Deutschen Juristentagen *Stüer*, DVBl. 1986, 1140 (56. DJT Berlin); DVBl. 1990, 1333 (58. DJT München); DVBl. 1992, 1415 (59. DJT Hannover); DVBl. 1994, 1283 (60. DJT Münster); DVBl. 1996, 1243 (61. Karlsruhe); DVBl. 1998,

Rechtsgebiete werden in Arbeitskreisen besprochen. Zum Abschluss geben die Juristen Empfehlungen an Gesetzgeber und Rechtsprechung. Der Juristenkongress wird getragen von einem gemeinnützigen Verein mit rund 8000 Mitgliedern und einem 24-köpfigen Vorstand, der Ständigen Deputation. Das alles hat Tradition.

Zum diesjährigen Juristenkongress hatten sich die Vertreter ihrer Zunft in der Zeit vom 17. bis 20. 9. 2002 im Berliner Internationalen Congress Centrum versammelt. Damit tagte der DJT nach der Berliner Gründungsveranstaltung im Jahre 1860 und den weiteren Berliner Tref-

1211 (62. Bremen); DVBl. 2000, 1672 (63. DJT Leipzig); vgl. auch <http://www.djt.de>.

fen in den Jahren 1902, 1955, 1980 und 1986 bereits zum sechsten Mal in der deutschen Hauptstadt. In den Jahren 1980 und 1986 musste sich das Rahmenprogramm des 53. und 56. Juristentages allerdings auf den Westteil des geteilten Berlin beschränken, weil Versuche der damaligen Organisatoren, auch den Ostteil der Stadt mit einzubeziehen, scheiterten.

Der diesjährige Deutsche Juristentag befasste sich u. a. mit der Neuregelung des Unterhalts-, Pflichtteils- und Sozialhilferechts, einer Neuregelung des Kapital- und Börsenrechts im Interesse des Anlegerschutzes und zur Förderung des Finanzplatzes Deutschland. Erstmals beschäftigte sich ein Forum für Europäisches Informationsrecht mit den Wechselwirkungen zwischen Kommunikation, Information, Technik und Recht. Die Beratungen in den Abteilungen wurden von einer Eröffnungsveranstaltung mit einem Festvortrag von Prof. Dr. Dr. h. c. *Hasso Hoffmann* (Berlin) zum Thema »Recht und Ethik« und einer Schlussveranstaltung eingerahmt, bei der auf einer Podiumsdiskussion das Thema »Braucht Europa eine Verfassung« zur Diskussion stand. Aus der Fülle der Beratungsgegenstände soll über die Abteilungen Medienrecht², Öffentliches Recht³ und das Aktuelle Forum⁴ berichtet werden.

Konvergenz der Medien?

Das Medienrecht steht vor neuen Herausforderungen. Mehr als in der Vergangenheit sind in den letzten Jahren neue Medien auf den Plan getreten, die einen tief greifenden Wandel der Medienlandschaft bewirkt haben. Aber auch das wegbrechende Anzeigengeschäft der Printmedien und die dadurch bewirkten strukturellen Veränderungen bleiben nicht ohne Folgen. Neue Dienstleistungsangebote entstehen bei der technischen Umwandlung von analogen in digitale Signale und umgekehrt, bei der Navigation durch die vergrößerte Zahl an Medienangeboten, bei der Bündelung mehrerer Programme in einem Gesamtangebot, bei Marketing sowie bei Mehrwertleistungen wie Abrechnung, Installation und Schulung. Die meisten großen Medienkonzerne beschränken sich im Gegensatz zu anderen Wirtschaftsbereichen dabei nicht auf ein eng begrenztes Kerngeschäft, sondern versuchen, integrierte Lösungen aus einer Hand anzubieten und möglichst viele Glieder der Wertschöpfungskette zu besetzen. Neben den technischen Innovationen und dem Marketingverhalten der Unternehmen bestimmt das Nutzerverhalten Tempo und konkrete Formen des Wandels von der Industrie- zur postindustriellen Informationsgesellschaft. Das Nutzerverhalten wird seinerseits durch die Faszination neuer Techniken und Marktstrategien der Medienunternehmen geprägt. Daneben spielen die Medienkompetenz, die Funktionalität der Angebote sowie verschiedene Nutzungsparadigmen eine ausschlaggebende Rolle.

2 Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?

3 Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?

4 Mehr Selbstständigkeit für die Dritte Gewalt?

In dieser Umbruchphase hatte bereits der Gutachter der medienrechtlichen Abteilung Prof. Dr. *Georgios Gounalakis* (Marburg) gefragt, ob nicht eine Neuordnung des Medienrechts mit dem Ziel der Harmonisierung erforderlich ist. Denn die normativen Vorgaben sind unübersichtlich über eine Vielzahl von Gesetzen des Bundes und der Länder verteilt. Die Unterschiede in der Medienregulierung sind wohl vor allem darauf zurückzuführen, dass Presse, Rundfunk, Medien und Teledienste eigenständig entstanden sind und unterschiedliche Funktionen erfüllen. Am stärksten wird dabei der Rundfunk reguliert. Medien- und Teledienste haben gegenüber dem Rundfunk geringere Bedeutung, was auf die schwächere Suggestivkraft und Verbreitung zurückzuführen ist. Wegen der historisch gewachsenen Vielfalt der Presselandschaft wird dort weitgehend auf Regelungen verzichtet.

Defizite hatte der Gutachter besonders bei der unterschiedlichen Behandlung verschiedener Dienste wie Rundfunk, Mediendienste und Teledienste oder dem Internet-Radio ausgemacht. Als Konsequenz drohe eine asymmetrische Entwicklung zu Gunsten weniger regulierter Angebote, die das Regulierungsziel freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung und möglichst umfassender gesellschaftlicher Integration gefährden. Auch sei die gegenwärtige Aufsichtsstruktur nicht im Stande, die Defizite des materiellen Rechts aufzufangen.

In drei Referaten hatten Justiziar Prof. Dr. *Carl-Eugen Eberle* (Mainz), Rechtsanwalt Dr. *Jörg Soehring* (Hamburg) und Prof. Dr. *Gerald Spindler* (Göttingen) zu Beginn der Beratungen der etwa 380 Teilnehmer das breite Spektrum dargelegt. In der von Prof. Dr. *Rolf Stürner* geleiteten Diskussion gingen allerdings die Meinungen darüber, ob es eine Konvergenz der Medien überhaupt gibt, bereits deutlich auseinander. Zwar können unterschiedliche Mediendienste wie Fernsehen, Internet oder elektronische Presse durch ein Gerät abgerufen werden. Der Konvergenzprozess verläuft jedoch vielleicht langsamer als noch vor einigen Jahren angenommen. Die bisherige Konvergenz hat nach Auffassung einer Mehrheit der Teilnehmer die herkömmlichen Medienformen mit ihren verschiedenen Märkten noch nicht verschmolzen, sondern nur den Grenzlinien zwischen den Medien ihre Schärfe genommen. Vor diesem Hintergrund wurde bei einer Harmonisierung ein eher behutsames Vorgehen für richtig gehalten. Die operative Stellung des öffentlichen Rundfunks soll einschließlich seiner Gebührenfinanzierung erhalten werden, war die mehrheitliche Auffassung. Der private Rundfunk solle allerdings von den Fesseln einer zeitlichen Begrenzung der Werbung befreit werden. Auch bei der steuerlichen und preisrechtlichen Beurteilung sprach sich eine Mehrheit für die Gleichstellung von neuen elektronischen und Printmedien aus.

Die wirtschaftliche und publizistische Macht müsse allerdings begrenzt werden. Dies gilt vor allem dort, wo sie auf einer technischen Konvergenz der Medien beruht. Monopole bei technischen Übertragungskapazitäten sollen durch Durchleitungsrechte gebrochen werden. An der unterschiedlichen Dichte der Regulierung mit ihrem Gefälle vom öffentlichen Rundfunk über den Privatrundfunk, die Mediendienste bis hin zu den Printmedien will

eine Mehrheit festhalten. Sie hält es nach wie vor für richtig, dass der öffentliche Rundfunk viele programmatische Vorgaben erfüllen muss, die Printmedien hingegen nur sehr wenige. Der private Rundfunk soll allerdings von qualitativ-quantitativen Programmvorgaben entlastet und die elektronische Presse den Regeln für Printmedien unterworfen werden. Am harmonisierungsfreudigsten gab sich die Mehrheit bei medienbegünstigenden Regelungen, also z. B. beim betriebsverfassungsrechtlichen Tendenzschutz, dem Zeugnisverweigerungsrecht und dem Datenschutz, die allen Medien unabhängig von ihrer Form zugute kommen sollen. Auch im Bereich der Haftung für Werbung, fremde Inhalte und bei der Gegendarstellung wird eine Harmonisierung für erforderlich gehalten. »Die Revolution ist angedacht, aber in großer Umsicht und Weißheit vertagt worden«, fasste *Stürmer* die Beratungen treffend zusammen. Das schließt allerdings nicht aus, dass das Thema der Abteilung vielleicht künftig noch für einigen Sprengstoff sorgen können.

Neuordnung der öffentlichen Unternehmen im Wettbewerb?

Die Kommunalwirtschaft steht schon lange im Umbruch. Sparzwänge und europarechtliche Vorgaben zwingen aus der Sicht der Kommunen zu einer Neupositionierung am Markt. Von der privaten Wirtschaft wird dies mit Argwohn beobachtet. Die traditionell privatwirtschaftlichen Märkte werden zum Spielball der öffentlichen Hände. Wo der private Handwerksmeister in der Vergangenheit unangefochten seine Leistungen angeboten hat, treten die Kommunen auf den Plan. Bedenklich ist dabei vor allem die Gefahr einer Quersubventionierung kommunaler Angebote mit marktverdrängenden Auswirkungen, befürchtet die gewerbliche Wirtschaft. Mittelständische Betriebe und Kleinbetriebe werden durch kommunale Großorganisationen verdrängt. Die öffentliche Hand sieht das natürlich völlig anders. Sie möchte in Zeiten einer angespannten Konjunkturlage neue Märkte erschließen und durch kombinierte Angebote in Bereiche vorstoßen, die bisher der Privatwirtschaft vorbehalten waren. Zudem werden übergreifende Zusammenschlüsse für eine stärkere Marktpräsenz der kommunalen Betriebe verantwortlich gemacht. Wo große Stromkonzerne nur noch europaweit auftreten können, da ist für den kleinen Handwerksmeister vor Ort kein Platz mehr. Schwierige Zeiten daher für kleinere und mittlere Betriebe.

Zugleich sucht die öffentliche Hand nach neuen Einnahmequellen etwa im Bereich Energie- und Wasserversorgung, bei Verkehrsbetrieben oder im Bereich des Gebäudemanagements oder der Wohnungsverwaltung. Die Gemeinden wollen daher am Wirtschaftsleben teilnehmen, und zwar über die eigenen Gemeindegrenzen hinweg. Sind die Anfangsinvestitionen groß, wird ein Privater mit ins Boot genommen: »Public Privat Partnership« wird das genannt. Ein gemeinschaftsrechtlicher Rahmen fehlt allerdings bisher. Und auch der Bund hat hier nur beschränkte Gesetzgebungskompetenzen.

Die Landesgesetzgeber haben durch Öffnungs- und Experimentierklauseln dem Wunsch der kommunalen Seite nach mehr Marktpräsenz und größerer Flexibilität Rech-

nung getragen. Allerdings hat der Schritt der Kommunen in die Privatwirtschaft auch einen kleinen Haken. Mit der Öffnung der Märkte müssen sich die öffentlichen Unternehmen dem Privatrecht stellen und können besondere Reservate der öffentlichen Organisationsstruktur nicht mehr für sich in Anspruch nehmen. Zugleich sind die kommunalen Unternehmen von den besonderen Bindungen des Kommunalrechts und anderen öffentlich-rechtlichen Sonderbindungen nicht befreit. Schwierige Zeiten daher offenbar für die kommunale aber auch für die gewerbliche Seiten.

Die Beratungen in der Abteilung Öffentliches Recht, die dieses Thema des öffentlichen Wirtschaftsrechts behandelten und für die sich ca. 700 Teilnehmer entschieden hatten, wurden durch ein Gutachten von Prof. Dr. *Dirk Ehlers* (Münster) grundgelegt, der die bisherigen Stärken und Schwächen des deutschen und europäischen Systems analysierte. Im Gegensatz zu vielen Kritikern räumt *Ehlers* der öffentlichen Hand einen weiten Ermessensspielraum ein, in welchem Umfang sie sich wirtschaftlich betätigen will. Zugleich betont *Ehlers* aber auch die Bindungen der öffentlichen Hand an die vielfältigen gesetzlichen Vorgaben, etwa die Vergabe- und Beihilferegelungen, und setzt sich für eine maßvolle gesetzliche Erweiterung der kommunalen Handlungsmöglichkeiten ein. Sein Fazit: Auch wenn der Staat auf Grund der derzeitigen Rechtslage einen weiten Ermessensspielraum hat, inwieweit er sich privatwirtschaftlich betätigt – es bedarf rechts- und ordnungspolitischer Klarstellungen in den Bereichen, die nicht zu den klassischen staatlichen Betätigungsfeldern gehören.

Erwartungsgemäß blieb die Forderung der öffentlichen Hand nach einer Ausweitung ihrer wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten nicht ohne Widerspruch. Vor allem die Vertreter der gewerblichen Wirtschaft machen dagegen Front. Sie sehen die Gefahr, dass die Privaten gegenüber der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Unternehmen schutzlos ausgeliefert sind. Gerade in Bereichen, in denen der Staat rein privatwirtschaftliche Ziele verfolgt, muss die Einhaltung der Chancengleichheit stärker als bisher überwacht werden. Auch besteht die Gefahr, dass durch unterschiedliche Regelungen in den Ländern ein Flickenteppich entsteht, der zu ungleichen Marktchancen der Unternehmen führen kann.

RA Dr. *Rainer Cosson*, Geschäftsführer im Bundesverband der Deutschen Entsorgungswirtschaft e. V. (Köln), machte sich zum Sprecher der Kritiker einer ausufernden Kommunalwirtschaft. Die kommunalwirtschaftliche Betätigung sei an das Vorliegen eines öffentlichen Zwecks gebunden. Eine rein erwerbswirtschaftliche Zwecksetzung könne eine kommunale Wirtschaftsbeschäftigung nicht rechtfertigen. Auch eine bloß mittelbare Gemeinwohlförderung rechtfertige ein wirtschaftliches Engagement der öffentlichen Hand nicht. Zugleich forderte *Cosson* klarstellende gesetzgeberische Regelungen. Arbeitsplätze könnten besser durch die Privatwirtschaft gesichert werden. Auch dürfe sich die öffentliche Hand nicht ungefragt in die wettbewerbliche Ordnung einmischen. Das Territorialprinzip müsse auch weiterhin für die kommunale Betätigung eine Schranke bilden. Kommunale Unternehmen

dürften sich nicht regional, national oder sogar international betätigen, weil damit der Wirkungskreis der örtlichen Gemeinschaft überschritten werde. Auch im interkommunalen Bereich sei die Gemeinde entsprechend begrenzt, ebenso wie sie nicht allgemeine Annex- oder Arrondierungsbetätigungen für sich in Anspruch nehmen könne. Die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen sei am Subsidiaritätsgrundsatz ausgerichtet. Die öffentliche Hand dürfe sich daher nur dann wirtschaftlich betätigen, wenn die Privatwirtschaft einen vergleichbaren Standard nicht leisten könne. Vor einer Erschließung neuer Betätigungsfelder sei eine Markterkundung unverzichtbar. Beim Vergabeverfahren dürften vergabefreie In-House-Geschäfte nicht zugelassen werden. Zugleich sprach sich *Cosson* dafür aus, den Individualrechtsschutz von Konkurrenten zu verstärken. Der private Unternehmer müsse einen Unterlassungsanspruch haben, wenn das öffentliche Unternehmen die Grenzen der zulässigen wirtschaftlichen Betätigung überschreite. Einer anders lautenden Rechtsprechung des BGH erteilte *Cosson* eine klare Absage. Gemischtwirtschaftliche Unternehmen könnten sich bei einem maßgeblichen kommunalen Einfluss von den Bindungen des Kommunalrechts nicht befreien.

Die stärkere Bindung kommunaler Unternehmen an das öffentliche Recht blieb allerdings nicht ohne Widerspruch. Geschäftsführer *Michael Schöneich* vom Verband kommunaler Unternehmen (Köln) sprach sich dafür aus, die althergebrachten Beschränkungen des Gemeindefinanzrechts aufzubrechen und den kommunalen Unternehmen neue Märkte zu öffnen. Der Gegensatz von Privatwirtschaft und Kommunalwirtschaft sei ohnehin weitgehend überholt, weil die ehemals kommunalen Betriebe mehr und mehr Partner der Privatwirtschaft aufgenommen hätten. Die Bindung an das kommunale Wirtschaftsrecht sei daher nicht mehr zeitgemäß. Auch das Europarecht schließe eine Diskriminierung von Wettbewerbern aus. Die kommunalen Unternehmen müssten daher mit den Unternehmen der Privatwirtschaft gleichgestellt werden. Der öffentliche Zweck könne bei einer entsprechend weiten Auslegung als Legitimationsgrund zwar beibehalten werden. Die kommunalen Unternehmen müssten aber weitgehend selbst definieren können, was sie darunter verstehen und ihre klassischen Produktpaletten im Kerngeschäft entsprechend den Wünschen der Kunden durch Annexkompetenzen um verwandte Geschäftsfelder erweitern können.

Prof. Dr. *Klaus-Dieter Borchardt* (Brüssel) machte klar, dass das Gemeinschaftsrecht den Marktzutritt öffentlicher Unternehmen nicht begrenzt, aber auch keinen Anspruch auf Gleichbehandlung mit privaten Unternehmen und auf Befreiung von den Bindungen des Gemeindefinanzrechts begründet.

In der von RA Prof. Dr. *Klaus-Peter Dolde* (Stuttgart) geleiteten Diskussion meldeten sich vor allem die Vertreter der kommunalen Seite zu Wort. Die Bindung an den öffentlichen Zweck wurde zwar allgemein bejaht und auch die ausschließliche Ausrichtung an einem Gewinnstreben wurde für die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen nicht für ausreichend gehalten. Zugleich wurde aber von kommunaler Seite eine Aufgabe des Örtlichkeitsprinzips

gefordert. Nicht Prognosen und Aufsichtsbehörden, sondern der Markt solle darüber entscheiden, welcher Wettbewerber die Aufgabe am besten erfülle. Andere Teilnehmer setzten sich für eine Ausdehnung des Rechtsschutzes der betroffenen Unternehmen der Privatwirtschaft ein. Es könne nicht angehen, dass die öffentlichen Unternehmen in ihrer wirtschaftlichen Betätigung den gesetzlich vorgegebenen Rahmen eindeutig überschreiten und dies von privaten Unternehmen nicht geltend gemacht werden könne.

In der Abstimmung behielten die Vertreter der kommunalen Unternehmen noch stärker als in der Diskussion die Oberhand. Kommunale Unternehmen sollen danach auch ohne Zulassung durch den Gesetzgeber auf fremdem Gebiet tätig werden können, wenn eigene Aufgaben und Zwecke wahrgenommen werden und die Interessen der betroffenen Kommune gewahrt sind. Rechtsschutzmöglichkeiten von privaten Unternehmen bei einer Verletzung der öffentlich-rechtlichen Marktzugangsbestimmungen wurden nicht gesehen. Einig war sich die Runde, dass die erweiterten Möglichkeiten einer kommunalwirtschaftlichen Betätigung eine angemessene Finanzausstattung der Kommunen im Rahmen des kommunalen Finanzausgleichs nicht ersetzen kann. Zugleich wurde aber einem Subsidiaritätsprinzip der Kommunalwirtschaft gegenüber der Privatwirtschaft eine deutliche Absage erteilt und die Streichung des Markterkundungsverfahrens gefordert. Auch die interkommunale wirtschaftliche Betätigung ist nach einer Mehrheitsmeinung bereits dann erlaubt, wenn die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer kommunalwirtschaftlichen Betätigung gegeben sind. Ob die Beschlüsse der Abteilung Öffentliches Recht allerdings schon bald Gesetz werden, steht auf einem anderen Blatt. Denn neben den kommunalen Unternehmen wird auch die gewerbliche Wirtschaft und vor allem das örtliche Handwerk ein wichtiges Wort mitzusprechen haben.

Mehr Selbstständigkeit für die Dritte Gewalt?

Die Justiz fühlt sich durch Sparzwänge und Personalentscheidungen der Politik mehr und mehr in die Ecke gedrängt. Zwar gibt es ein Einwirken auf die richterliche Sachentscheidung im konkreten Einzelfall in Deutschland allenfalls ganz vereinzelt. Als Problem wird jedoch die Verknüpfung der Gerichtsbarkeit und ihre organisatorische Abhängigkeit von der Exekutive empfunden. Eine eigenständige »Dritte Gewalt«, die ausschließlich sich selbst verantwortlich ist, steht wohl nur auf dem Papier. Der Justizminister, bei dem auch die Gerichtsbarkeit traditionell ressortiert, unterliegt als Mitglied der Regierung der Kabinettsloyalität und -disziplin. Die Sensibilität für den Fragenkreis einer unabhängigen dritten Gewalt ist durchaus gewachsen. Die Auflösung gesonderter Justizministerien auf Landesebene, Kritik an Bundesrichterwahlen, die politische Verantwortung der Generalstaatsanwälte oder Diskussionen um neue haushaltswirtschaftliche Steuerungsinstrumente haben dazu beigetragen, das traditionelle Richterbild auf den Prüfstand zu stellen. Der Ruf nach mehr Selbstständigkeit für die Dritte Gewalt ist vor allem von der Richterschaft selbst erhoben worden. Sie sieht sich zum Teil durch verkrustete Strukturen zu sehr in ihrer eigentlichen Aufgabe eingeengt.

So lag es nahe, dass auch der DJT das Thema »Mehr Selbstständigkeit für die Dritte Gewalt« in seinem aktuellen Forum aufgriff und in Anwesenheit von mehr als 400 Teilnehmern kontrovers behandelte. Als engagierter Verfechter einer stärkeren Eigenständigkeit hatte sich der Vorsitzende des Deutschen Richterbundes *Geert Mackenroth* (Berlin/Itzehoe) zu Wort gemeldet. Die bisherige Struktur mit ihren Abhängigkeiten von der Exekutive habe die Justiz in den letzten 50 Jahren abweichend vom Idealbild der Verfassung in der Rechtswirklichkeit nie gute, selten zufrieden stellende und überwiegend schlechte Ergebnisse beschert. Die Ursachen für diese Bilanz waren schnell ausgemacht: Die Justiz ist flächendeckend Not leidend und überbelastet, die Personalausstattung vielfach unzureichend. Haushaltsengpässe verstärken den Eindruck, dass die Justiz nur noch bedingt zukunftstauglich ist. Der gegenwärtige Aufbau der Judikative sei geprägt von einem Systembruch, weil an ihrer Spitze der Justizminister, also ein Repräsentant der Exekutive, steht. Dem vom GG gewollten, wahrhaft unabhängigen Richter und den nur Gesetz und Recht unterworfenen Staatsanwalt gibt es nach Meinung von *Mackenroth* so lange nicht, wie die Justizminister den Staatsanwaltschaften Weisungen erteilen können, die Exekutive die Mittel verteilt und die Regierung Personalentscheidungen trifft bzw. maßgeblich beeinflusst. Die undurchsichtige und bisweilen als Vetternwirtschaft anmutende Bundesrichterwahl sei ein Skandal.

Eine geringere Zahl von Richtern sieht sich einer ständig steigenden Zahl von Anwälten gegenüber. Denn die Zahl der Richter ist seit dem Jahre 1995 um etwa 2000 auf gut 20 000 zurückgegangen, während die Zahl der Anwälte in dieser Zeit von ca. 65 000 sich mit ca. 115 000 fast verdoppelt hat. Auch in Europa sind Veränderungen eingetreten. Deutschland ist nach den Worten von *Mackenroth* umzingelt von selbstverwalteter Justiz und würde in dieser Hinsicht kaum die EU-Beitrittskriterien erfüllen. In der aktuellen Diskussion führe die Justiz nahezu nur noch Abwehrschlachten. Sie wehre sich gegen Forderungen eines neuen Verständnisses der richterlichen Unabhängigkeit, Kernarbeitszeiten, Präsenzpfllichten, obligatorische Fortbildung, Leistungselemente in der Richterbesoldung oder neue Steuerungsmodelle. An die Stelle des traditionellen Richterverständnisses setzte *Mackenroth* auf mehr Eigenverantwortlichkeit, eine organisatorische Stärkung der Justiz vor allem durch Deregulierung, eine echte Gewaltenteilung und einen schlanken Staat mit mehr Selbstständigkeit, mehr Eigenverantwortlichkeit, mehr Eigensteuerung und weniger Fremdbestimmung. Hierdurch könnten schlummernde Reserven aufgedeckt, die starren Regeln gelockert, mehr Vertrauen in das richterliche Ethos gegeben und damit effizienter und besser gearbeitet werden. Eine größere Eigenständigkeit der Richterschaft sei zum Nulltarif zu haben. Der Einsatz von Personal- und Sachmitteln, die Personalauswahl und die Beurteilungen und Beförderungen sowie die Dienstaufsicht könnten ebenso gut den Richtern selbst überlassen werden. Zugleich sprach sich *Mackenroth* für die Ablösung der Kabinettsdisziplin des Justizministers durch einen Justizverwaltungsrat aus. Das vorwiegend aus Richtern bestehende Gremium könne entweder ein selbständiges Verfassungsorgan sein oder un-

mittelbar dem Landtagspräsidenten zugeordnet werden. Der Justizverwaltungsrat könne auch das Vorschlagsrecht für Richterernennung erhalten.

Gegenargumente ließ der Landgerichtspräsident nicht gelten. Dass die Justiz durch den Justizminister formal nicht mehr am Kabinetttisch vertreten sei, könne nicht als Nachteil verbucht werden. Denn eine geringere Politisierung der Justiz könne sich nur als Vorteil erweisen. Auch die Staatsanwaltschaft könne durch ein solches Modell in ihrer eigenständigen Rolle gestärkt werden.

Die Reformvorstellungen des Deutschen Richterbundes blieben jedoch erwartungsgemäß nicht ohne Widerspruch. Aus der Sicht der Anwaltschaft ließ der langjährige Generalsekretär des DJT und frühere Präsident des DAV RA *Felix Busse* (Bonn) keinen Zweifel daran, dass die Einführung eines Justizverwaltungsrates entsprechend dem Modell der Arbeitsgruppe des Richterbundes die rechtsprechende Gewalt als einzige Staatsgewalt von jeglicher Außenkontrolle ausnehme. Hierfür fehle es an einer inneren Rechtfertigung. »Das Gewaltenteilungsprinzip ist im GG nicht rein verwirklicht. Es bestehen vielmehr zahlreiche Gewaltverschränkungen und -balancierungen. Nicht absolute Trennung, sondern gegenseitige Kontrolle, Hemmung und Mäßigung der Gewalten ist dem Verfassungsaufbau des GG zu entnehmen«, urteilte schon früh das BVerfG⁵. Die Anbindung an das Justizministerium sei daher nicht ein Relikt des Obrigkeitsstaates, sondern Ausdruck des gewollten Prinzips von »checks and balances«. Nicht die Gerichtsverwaltung, sondern der Richter als Teil der rechtsprechenden Gewalt genieße richterliche Unabhängigkeit. Justizverwaltungsangelegenheiten seien davon nicht erfasst. Auch das Gebot einer ausreichenden demokratischen Legitimation spreche gegen einen Justizverwaltungsrat. Überhaupt stand *Busse* einer Änderung des bisherigen Systems eher kritisch gegenüber. Eine Justizselbstverwaltung verstoße nicht nur gegen Art. 110 Abs. 3 GG, sondern sei auch justizpolitisch nicht empfehlenswert. Vorbilder im Ausland könnten nicht ohne weiteres nach Deutschland übertragen werden. Die richterliche Unabhängigkeit werde auch unter einer stärkeren Selbstverwaltung nicht steigen, meinte *Busse* und setzte sich dafür ein, »alte Zöpfe« etwa bei der Freistellung des Richters von der Anwesenheitspflicht außerhalb der Sitzungszeit und von der Arbeitszeitordnung oder Urlaubssonderregelungen abzuschneiden. Auch der Richter müsse sich in die staatliche Organisation einfügen und könne keine Sonderregelungen für sich beanspruchen.

Ähnlich argumentierte RiBVerfG Prof. Dr. *Wolfgang Hoffmann-Riem* (Karlsruhe/Hamburg) und sprach sich dagegen aus, die dritte Gewalt als Eigenwert zu verstehen, der gegenüber den anderen Staatsgewalten ausgespielt werden könne. Denn die Gewaltenteilung im GG sei vor allem durch ein komplexes System von Zuordnungs- und Verkehrsregeln gekennzeichnet. Ausländische Beispiele seien nur bedingt heranzuziehen, zumal wegen der vielfach niedrigeren Richterdichte in anderen Ländern Vergleiche nur bedingt tauglich seien. Bei der internen Ge-

5 BVerfGE 34, 52.

richtsverwaltung machte *Hoffmann/Riem* allerdings durchaus handfeste Defizite aus. Hier könnten die Leistungspotenziale besser genutzt und Arbeitsabläufe durchgängig effektiver gestaltet werden. Auch spreche viel dafür, dass die finanzielle und personelle Eigenständigkeit der Justiz maßvoll erweitert werde. Dies setze aber eine verbesserte innere Organisationsstruktur und Kontrolle voraus. Eine klare Absage erteilte auch *Hoffmann-Riem* dem Modell eines Justizverwaltungsrates. Die Anbindung der Justiz an das Justizministerium habe sich bewährt. Die ausgeprägte Kultur des wechselseitigen Misstrauens müsse durch eine Koalition des Vertrauens überwunden werden.

Die von Dr. *Peter Macke*, dem Präsidenten des VerfG Potsdam und des OLG Brandenburg, geleitete Diskussion versammelte mehr als 400 Teilnehmer, die sich zwar für einen Wunsch nach mehr Selbstständigkeit der Justiz aufgeschlossen zeigten, zugleich aber einer der demokratischen Gewalt entzogenen Richterschaft eine klare Absage erteilten. Die weiter gehenden Vorstellungen des Deutschen Richterbundes konnten dabei unter den Rednern des Forums keine mehrheitliche Unterstützung finden und es überwog die Skepsis. Indes gab es zahlreiche befürwortende Stellungnahmen in Richtung von mehr Eigenständigkeit der Justiz im Rahmen, manchmal auch unter Ausreizung des geltenden Systems und abzielend auf verstärkte Mitentscheidungsbefugnisse im Dialog mit Legislative und Exekutive, wie es *Macke* formulierte. Auch nach den Beratungen des DJT ist die Diskussion um mehr Selbstständigkeit für die Dritte Gewalt nicht beendet. Gelegentlich konnte man

den Eindruck gewinnen, dass sie jetzt erst so richtig begonnen hat.

Von Berlin nach Bonn

Hinter den Kulissen stellten 250 Helfer, davon 150 Rechtsreferendare und Studenten sowie knapp 40 Schreibkräfte, das Gelingen des Juristenkongresses sicher⁶ und sorgten dafür, dass die 300 000 Blatt Papier ihre Leser fanden. Die knapp 3000 Teilnehmer zwischen 18 und 90 Jahren und ihre 700 Begleitpersonen konnten neben den Beratungen rd. 130 verschiedene Programmpunkte in und um Berlin wahrnehmen. Dafür standen etwa 10 000 Karten zur Verfügung. Reges Interesse fanden auch die Bauten des neuen Berlin, vom Reichstag über die Gauck-Behörde bis zum Bundeskanzleramt und zum Potsdamer Platz. Ausgebucht waren auch die Führungen durch das Jüdische Museum.

Die Fachwelt kann sich bereits die nächsten Termine notieren: Der Zweite Europäische Juristentag wird in der Nachfolge der Gründungsveranstaltung im vergangenen Jahr in Nürnberg in Zeit vom 1. bis 3. 5. 2003 in Athen stattfinden. Der 65. Deutsche Juristentag, zu dem der Vorsitzende der Ständigen Deputation des DJT und scheidende OLG-Präsident Prof. Dr. *Reinhard Böttcher* (Bamberg) die juristische Fachwelt bereits jetzt herzlich einlud, wird vom 21. 9. bis 24. 9. 2004 in der Bundesstadt Bonn durchgeführt.

⁶ Die Leitung der Medienstelle lag in den bewährten Händen von RA *Martin W. Huff*, PräsOLG *Heinz Neusinger* und LOStA Dr. *Ernst Metzger*.

Die Beschlüsse des 64. Deutschen Juristentages Berlin 2002*

Abteilung Medienrecht:
Konvergenz der Medien – Sollte das Recht der Medien harmonisiert werden?

I. Ausmaß gegenwärtiger und künftiger Konvergenz – rechtstatsächliche Analyse

Konvergenz der Übertragungswege und Endgeräte

1. Die technologische Konvergenz in Gestalt konvergierender Kommunikationsplattformen und Endgeräte wird in absehbarer Zeit nicht zu einer vollständigen Kongruenz der Märkte und Dienstleistungen führen. Zunehmende Differenzierung, Individualisierung und Fragmentierung der Angebote werden die Grenzlinien zwischen Medien nicht verschwinden lassen, sie werden aber in Randbereichen an Schärfe verlieren (25:5:2).

Konvergenz der Branchen und Märkte

2. Der Konvergenzprozess verlängert die Wertschöpfungskette bei Vermarktung und Vertrieb von Medien-

inhalten, fördert damit Unternehmen mit integrierten Angeboten aus einer Hand und verschärft den Drang zur vertikalen Konzentration (19:7:10).

Konvergenz des Nutzerverhaltens

3. Ein tief greifender Wandel der Nutzungskultur lässt sich zurzeit noch nicht belegen (20:7:8).

II. Mediale Grundordnung

Unterschiedliche Parameter medialer Betätigung

4. Die an Funktionen ausgerichtete, bereichsspezifische Medienregulierung wird durch Konvergenzerscheinungen nicht in Frage gestellt und sollte beibehalten werden (23:11:2).

Berechtigung und Grenzen des Sonderstatus des öffentlich-rechtlichen Rundfunks Verfassungsgarantie

5. Auch unter den veränderten Rahmenbedingungen konvergierender Medien sind Bestand und Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten durch die Rundfunkfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG weiterhin garantiert (20:10:5).

* Es werden nur die mehrheitlich angenommenen Beschlüsse der Abteilungen Medienrecht und Öffentliches Recht wiedergegeben.

Europäisches Recht

6. Weder das primäre noch das sekundäre Gemeinschaftsrecht fordern derzeit oder in absehbarer Zukunft eine grundlegende Neuausrichtung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Deutschland (21:5:8).

Kernbereich oder umfassende Grundversorgung

7. An dem dualen System mit einer Koexistenz von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk ist festzuhalten (25:2:8).
8. Der Tätigkeitsbereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks ist nicht auf klassische Vollprogramme zu beschränken. Eine solche Beschränkung ist weder praktisch sinnvoll noch verfassungsrechtlich zulässig (19:10:4).
9. Im Rahmen ihres dynamisch zu verstehenden Funktionsauftrags sollten den Rundfunkanstalten auch neue ausdifferenzierte Dienstleistungen wie Near-Video-On-Demand-Dienste oder Mediendienste offen stehen (17:8:9).

Wettbewerb und Finanzierungsformen

10. Vom derzeit diversifizierten Einnahmesystem öffentlicher Rundfunkanstalten unter Einschluss von Werbeeinnahmen und sonstigen Einkünften aus wirtschaftlichen Randbetätigungen abzuweichen, erscheint nicht ratsam (15:11:6).
11. Im privatrechtlich organisierten Rundfunksektor sollte wie bei Mediendiensten auf zeitliche Begrenzungen der Werbung verzichtet werden (17:7:11).
12. Die umsatzsteuerliche Ungleichbehandlung der Betriebserlöse der Printmedien und ähnlicher neuer vertriebsgeeigneter Medien (Videokassetten, Pay-TV, Mediendienste) sollte beseitigt und durch einheitliche Berücksichtigung in steuerlichen Privilegierungsstatbeständen ersetzt werden (14:2:19).
13. Die Harmonisierung des Preisbindungsrechts für Medien sollte durch Einbeziehung bisher nicht erfasster Medienformen wie Pay-TV und Video-On-Demand in das Sonderrecht der Medien vollendet werden (7:5:19).

III. Kontrolle medialer Macht*Kartellrechtliche und publizistische Regulierung von Marktmacht*

14. Angesichts der auch nach dem Wegfall der Frequenzknappheit fortbestehenden Gefahren für freie öffentliche und individuelle Meinungsbildung ist es nicht angezeigt, zugunsten einer rein kartellrechtlichen Kontrolle auf publizistische Medienkonzentrationsregeln zu verzichten (23:9:2).
15. Eine Novellierung des Kartellrechts, welche seine gegenwärtigen publizistischen Defizite beseitigt (fehlende präventive Konzentrationskontrolle, Erfassung internen Unternehmenswachstums, Eingriffsbefugnisse bei multimedialer Marktmacht, Entflechtungs- und Aufspaltungsanordnungen) erscheint nicht empfehlenswert, weil sie das an wirtschaftlichem Wettbewerb orientierte Kartellrecht um wesensfremde Ele-

mente anreichern und zu Friktionen führen müsste (28:2:4).

16. Die publizistische Regulierung von Marktmacht sollte auf den Bereich des Rundfunks unter Berücksichtigung anderer relevanter Marktbeteiligungen beschränkt bleiben (24:3:9).

*Regulierung von Übertragungskapazitäten**Ort der Regulierung*

17. Die Regulierung der Inhalte und der Netze ist wie bisher getrennt zu regeln (34:0:0).
18. Die wettbewerbsrechtliche Sonderregelung im Telekommunikationssektor ist mittelfristig abzuschaffen und durch die allgemeine kartellrechtliche Kontrolle zu ersetzen (17:11:6).
19. Der diskriminierungsfreie Zugang zu allen Kommunikationswegen und Kommunikationsplattformen sollte – auch im Bereich des Rundfunks – primär über das Kartell- bzw. Telekommunikationsrecht gewährleistet werden (16:13:6).

Ergänzende publizistische Zugangsregelungen (Must-Carry-Regelungen, Regelungen für öffentlich-rechtliche Digital-bouquets) müssen mit den Vorgaben des Kartell- bzw. Telekommunikationsrechts prozedural einfach und transparent verzahnt sein (29:3:3).

Zugangs- und Durchleitungsrechte

20. Die Verfügungsbefugnis über Transportmedien darf nicht dazu benutzt werden, medienrechtliche Ordnungsprinzipien (Vielfaltanforderungen, Integrität des vom Veranstalter konzipierten Medienangebots) zu unterlaufen (25:1:9).
21. Zugangs-, Navigations- oder Verschlüsselungssysteme müssen wie Netzwerke und alle gleich behandelt werden. So ist etwa § 53 RStV entsprechend zu ändern (14:12:9).
22. Rundfunkrechtliche Regelungen zur diskriminierungsfreien Gestaltung von Zugangs-, Navigations- und Benutzerführungssystemen gelten auch für digitale Gesamtangebote, bei denen Rundfunkangebote gemeinsam mit anderen Medienangeboten zusammengefasst sind (29:0:6). Zur Gewährleistung von Vielfalt und Wettbewerb müssen Schnittstellen, über die von einem Medium in ein anderes gewechselt werden kann, transparent und diskriminierungsfrei ausgestaltet werden und einheitlichen europäischen Standards genügen (z. B. MHP). (31:0:5).

IV. Inhaltlich-publizistische Regulierung*Grundmodelle*

23. Im Einklang mit den sich abzeichnenden Vorgaben des EU-Rechts sollte ein abgestuftes Modell inhaltlicher Regulierung beibehalten werden, das sich an der Meinungsrelevanz eines Angebots orientiert (17:10:8).
24. Die inhaltlich-publizistische Regulierung der Medienordnung sollte sowohl am Erfordernis kommunikativer Vielfalt und Chancengerechtigkeit als auch an inhaltlichen Zielen ausgerichtet werden (Datenschutz,

Jugendschutz, Persönlichkeitsrecht, Urheber- und Verbraucherschutz) (21:10:3).

Die künftige Medienordnung sollte auch an ökonomischen Regelungszielen (Innovationsoffenheit, Investitionsfreudigkeit) ausgerichtet werden (18:3:13).

25. Das bestehende dreistufige Regulierungssystem – Rundfunk, Mediendienste, Teledienste – sollte auf ein zweistufiges Regulierungssystem zurückgeführt werden, das nur zwischen Rundfunk und sonstigen elektronischen Diensten unterscheidet. Für die elektronischen Dienste sind lediglich inhaltliche Regelungen zum Jugend-, Persönlichkeits- und Datenschutz, Verbraucherschutz, zum Schutz von irreführenden Werbepraktiken und Verantwortlichkeitsregeln vorzusehen (19:10:5).
26. Unter Rundfunk sind alle fernmeldetechnisch verbreiteten Inhaltsdienste zu verstehen, die an die Allgemeinheit gerichtet sind und aufgrund ihres Darbietungscharakters eine nicht unerhebliche meinungsbildende Wirkung besitzen (17:5:13).

Gestaltung der Regulierung im öffentlichen und privaten Rundfunk

27. Schlechthin zu gewährleistende Belange wie der Jugend-, Daten-, Persönlichkeits- und Verbraucherschutz sowie einige Prinzipien, die – wie der Schutz vor irreführenden Werbemaßnahmen – eine sozialverträgliche Medienordnung erst konstituieren, sind für den Rundfunk einheitlich zu regeln (15:8:10).
- b) Auf zwingende qualitativ-quantitative Vorgaben für die Programmgestaltung (Zeitanteile für Informations-, Lokal- und Kinderprogramme und Fensterprogramme) sollte im privaten Rundfunk verzichtet werden (16:12:7).

Elektronische Presse und Mediendienste

28. Die elektronische Presse ist im einfachen Recht den Regeln für Printmedien zu unterwerfen (16:12:7).

Aufsichtskontrolle oder gleichgeordnete Selbstkontrolle

29. Qualitätsstandards außerhalb des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sind durch ökonomische Anreize sowie durch Maßnahmen der Selbstkontrolle zu gewährleisten, die in Kooperation mit den Aufsichtsbehörden einzurichten und im wechselseitigen Diskurs systematisch zu evaluieren ist (18:12:5).

V. Aufsichtsorganisation

30. Es sollte eine bundesweite Aufsichtsbehörde für alle medienrechtlichen Angelegenheiten geschaffen werden durch Bündelung der Aufsichtskompetenzen in einer verselbständigten Gemeinschaftsbehörde der Länder (15:9:9).
31. Solange keine einheitliche Aufsicht besteht, sollten Koordinierungsgremien, Informationspflichten und Rechte zur Stellungnahme die Zusammenarbeit verbessern (17:1:12).

VI. Rechte der Medien

Betriebsverfassungsrechtlicher Tendenzschutz

32. Der betriebsverfassungsrechtliche Tendenzschutz des § 118 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ist auf die elektronische Presse auszudehnen (15:3:16).

Ungleiche Berücksichtigung der Konvergenz bei Zeugnisverweigerung

33. Das Zeugnisverweigerungsrecht, das redaktionelles und journalistisches Wissen privilegiert, ist in § 102 Abs. 1 Nr. 4 AO und § 383 Abs. 1 Nr. 5 ZPO an § 53 Abs. 1 Nr. 5 StPO anzugleichen (32:0:3).

»Medienprivileg« beim Datenschutz

34. Das »Medienprivileg« für Daten, die zu redaktionell-journalistischen Zwecken erhoben, verarbeitet und benutzt werden, muss für Rundfunk, Printmedien und Mediendienste einheitlich gelten, was durch Gesetzgebung sicherzustellen ist (29:0:4).

VII. Haftung der Medien bei Rechtsverletzung

Harmonisierung der Haftung für irreführende Werbung

35. Das Haftungsprivileg der Medienverantwortlichen gemäß § 13 Abs. 6 Nr. 1 UWG sollte einheitlich für alle Medien gelten und auf den Rundfunk ausgedehnt werden (27:0:4).

Haftung für fremde Inhalte

36. Die Privilegierung der Anbieter von Medien- und Telediensten für die Haftung für fremde Inhalte, wie sie das EU-Recht und nationales Recht vorsehen, ist sachgerecht (24:1:9). Die Sonderregeln der Haftungsprivilegierung der Provider im Internet sind erforderlich, sollten aber in Richtung eines Notice-and-takedown-Verfahrens fortentwickelt werden (19:1:15). Für Hyperlinks und Suchmaschinen sollte je nach ihrem Charakter differenziert werden, de lege ferenda eine Behandlung nach § 11 TDG erwogen werden (18:0:17). Für Software, die zur Rechtsverletzung eingesetzt wird (Peer-to-Peer-Verbindungen, Tausch-Börsen), bedarf es keiner besonderen Regeln. Vielmehr sollte es Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen bleiben, die Regeln der Produkthaftung zum Missbrauch von Produkten fortzuentwickeln (14:12:8).
37. Die strafrechtliche und presserechtliche Verantwortlichkeit eines verantwortlichen Redakteurs, wie sie Presserecht und Rundfunkrecht teilweise vorsehen, ist auf alle Medien mit redaktionellem Inhalt gleichmäßig auszudehnen (18:11:6).

Gegendarstellungsrecht

38. Im Bereich des Rundfunks und der Mediendienste ist einheitlich die Verpflichtung vorzusehen, den Betroffenen Ausschnitte oder Videobänder der sie betreffenden Sendung oder Präsentation kostenpflichtig (25:2:7) zur Verfügung zu stellen. Das Verbot unmittelbarer redaktioneller Erwiderung einer Gegendarstellung soll auch beim Rundfunk abgeschafft werden (17:12:5).

Harmonisierung des datenrechtlichen Auskunftsanspruchs

39. Der datenrechtliche Auskunftsanspruch nach Rechtsverletzung ist für alle Medien als klagbarer Anspruch gesetzlich zu verankern (15:12:7) und kann durch den Gesetzgeber Organen der Selbstkontrolle mit nur subsidiärer gerichtlicher Zuständigkeit übertragen werden (18:4:10).

Abteilung Öffentliches Recht:

Empfiehl es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?

A. Spannungsverhältnis zwischen öffentlichem Auftrag und Wettbewerb

1. Die Teilnahme von Unternehmen mit mindestens mehrheitlicher Beteiligung der öffentlichen Hand (= öffentliche Unternehmen) am Wirtschaftsverkehr ist ein legitimes Instrument zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben (124:1:3).
2. Die öffentlichen Unternehmen stehen in einem Spannungsverhältnis zwischen dem auf Gewährleistung einer Binnenmarktsfreiheit und einem unverfälschten Wettbewerb abzielenden Gemeinschaftsrecht und den im nationalen Verfassungsrecht wurzelnden Bindungen an einen öffentlichen Zweck (120:1:5).
3. Das Recht der öffentlichen Unternehmen soll einerseits gewährleisten, dass die Unternehmen ihre spezifischen Aufgaben bestmöglich wahrnehmen können, und andererseits den Erfordernissen eines freien und unverfälschten Wettbewerbs gerecht werden (89:33:3).

B. Rechtliche Grundlagen*I. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben*

4. Die in Art. 295 EGV geregelte eigentumsrechtliche Neutralität der Gemeinschaft schränkt den Anwendungsbereich der gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbs- und Beihilfebestimmungen nicht ein (107:12:4).
5. Maßstab für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist Art. 86 Abs. 2 EGV. Diese Freistellungsregelung ist zwar grundsätzlich eng auszulegen, muss den öffentlichen Unternehmen aber die Erfüllung besonderer öffentlicher Aufgaben unter Einbeziehung der Wertungen des Art. 16 EGV ermöglichen (91:21:8).
6. Es ist grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten zu entscheiden, welche öffentlichen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse es geben soll. Die Betrauung der öffentlichen Unternehmen mit solchen Dienstleistungen muss ausdrücklich, bestimmt, verbindlich und unternehmensbezogen sein. Die Freistellung der öffentlichen Unternehmen von den Vorschriften des EG-Vertrages unterliegt der Verhältnismäßigkeitsprüfung durch die EG-Kommission (94:19:9).

7. Öffentlichen Unternehmen können unbeschadet des Art. 86 Abs. 2 EGV in gleichem Umfang wie privaten Unternehmen Beihilfen der öffentlichen Hand gewährt werden (114: 3: 2).

II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

10. Öffentliche Unternehmen sind Teile des Staates und nicht Private. Deshalb ist ihre völlige Gleichstellung mit privaten Unternehmen nicht zulässig (79:36:8).
11. Das Handeln der öffentlichen Hand und damit das Handeln der öffentlichen Unternehmen ist nur zulässig, wenn es der Wahrnehmung gemeinwohlbezogener (öffentlicher) Aufgaben dient. Bei der Auswahl der Gemeinwohlziele hat die öffentliche Hand Gestaltungsspielraum (85:40:2).
12. Von Verfassungs wegen ist eine ausschließlich auf Gewinnerzielung gerichtete wirtschaftliche Betätigung ausgeschlossen. Bedenken gegen eine Gewinnmitnahme bestehen nicht (73:50:4).
13. Ein Grundrechtseingriff liegt nur bei einem Verdrängungswettbewerb vor (99:24:4).
14. Die verfassungsrechtliche Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in Art. 28 Abs. 2 GG erfasst auch die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Kreise (112:15:1).
15. Die Abschaffung eines kommunalen Monopols im Wege der gesetzlichen Zulassung privater Wirtschaftsteilnahme berührt das Selbstverwaltungsrecht nicht. Eine rechtfertigungsbedürftige Schmälerung des Selbstverwaltungsrechts liegt vor, wenn der Staat den Kommunen eine wirtschaftliche Betätigung ge- oder verbietet (68:52:8).
21. Kommunalunternehmen dürfen auch ohne Zulassung durch den Gesetzgeber auf fremdem Gebiet tätig werden, wenn eigene Aufgaben und Zwecke wahrgenommen werden und die Interessen der betroffenen Kommune gewahrt sind. Bei im Wettbewerb wahrgenommenen Aufgaben gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach bundesgesetzlichen Vorgaben eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen (80:37:13).
22. Bei Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe lassen die Verbandskompetenzen von Bund, Ländern und Kommunen nach Maßgabe des Völkerrechts grundsätzlich einen Wirtschaftsverkehr auf ausländischen Märkten zu (118:3:10).

III. Einfachgesetzliche Vorgaben

25. Ein Verstoß gegen die öffentlich-rechtlichen Marktzutrittsbestimmungen für öffentliche Unternehmen erfüllt nicht zugleich den Tatbestand des § 1 UWG (115:15:2).

C. Rechtspolitische Vorschläge*I. Gemeinschaftsrecht*

27. In Art. 16 EGV entfällt die Bezugnahme auf die Wettbewerbsvorschriften durch Streichung der Wörter: »unbeschadet der Art. 73, 86 und 87 und« (74:29:22).
28. Art. 87 Abs. 1 EGV sollte wie folgt ergänzt werden: »Die Vorschriften über staatliche Beihilfen finden nur

Anwendung, soweit das Unternehmen Vergünstigungen erhält, die die erforderlichen zusätzlichen Kosten der übertragenen Dienstleistung i. S. von Art. 86 Abs. 2 EGV übersteigen.« (108:11:11).

29. Für bestimmte Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sollten staatliche Beihilfen aufgrund von Freistellungsverordnungen mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar erklärt und von der Notifizierungspflicht entbunden werden (105:10:11).
30. Die EG-Kommission sollte zur Schaffung von mehr Rechtssicherheit und im Sinne einer Selbstbindung Leitlinien zur Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Art. 87 Abs. 1, 86 Abs. 2 EGV und zur Feststellung einer angemessenen Kompensation erlassen (97:17:10).
31. Die Kompensation kann nicht nur durch Ausschreibung erreicht werden (74:20:25).
32. Für die Auswahl der mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu betrauenden Unternehmen sollte im Rahmen von Art. 86 Abs. 2 EGV von einer Ausschreibungspflicht abgesehen werden (107:15:4).
33. Die derzeitigen Deminimis-Regelungen sollten angehoben werden, vor allem um lokal erbrachte Dienstleistungen nicht übermäßigen Regulierungen zu unterwerfen (115:6:5).

II. Verfassungsrecht

34. Änderungen im Verfassungsrecht des Bundes und der Länder werden nicht empfohlen (126:1:2).

III. Recht der Staatswirtschaft

36. Es empfiehlt sich, auch für die Staatswirtschaft die Anstalt des öffentlichen Rechts als Unternehmensform zur Verfügung zu stellen (89:21:17).

IV. Recht der Kommunalwirtschaft

38. Erweiterte Möglichkeiten kommunaler Wirtschaftstätigkeit ersetzen nicht die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Länder zur Bereitstellung einer aufgabenangemessenen kommunalen Finanzausstattung (118:0:10).
39. Es ist geboten, das Kommunalwirtschaftsrecht der Länder zu vereinheitlichen, um im Bundesgebiet möglichst gleiche Rahmenbedingungen für die Kommunalwirtschaft und private Konkurrenten herzustellen (83:27:15).
40. Künftig sollte zwischen sog. Wettbewerbsunternehmen und sonstigen öffentlichen Unternehmen unterschieden werden. Wettbewerbsunternehmen sind solche Unternehmen, die gegenüber den konkurrierenden Privatunternehmen über keine Vorteile im

Vergleich zu ihren privaten Konkurrenten verfügen. Für die kommunalen Wettbewerbsunternehmen sollte das Erfordernis der Erfüllung des öffentlichen Zwecks gelockert werden. Die Subsidiarität und das Örtlichkeitsprinzip sollten aufgegeben werden (81:38:8).

(Die nachfolgenden Ziffern erstrecken sich daher ausschließlich auf die sonstigen öffentlichen Unternehmen.)

43. Hinsichtlich des öffentlichen Zwecks sind folgende Klarstellungen geboten: Das bloße Ertragsstreben ist keine ausreichende öffentliche Zwecksetzung (74:39:11).
Hilfsbetriebe zur ausschließlichen Eigenbedarfsdeckung sind – bei Wahrung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit – ohne weiteres zulässig (113:4:4).
Annexstätigkeiten sind durch gesetzliche Klarstellungen abzusichern (91:22:10).
Bei Entmonopolisierungen entfällt der öffentliche Zweck nicht von vornherein (109:4:6).
45. Auf die Festlegung jeglichen Rangverhältnisses von kommunaler und privater Wirtschaft sollte verzichtet werden (95:21:1).
46. Die Vorschriften einzelner Gemeindeordnungen zur Durchführung eines Markterkundungsverfahrens sind abzuschaffen (85:25:6).
47. Die öffentlich-rechtlichen Handlungsformen für interkommunale Zusammenarbeit sollten erweitert werden. Es empfiehlt sich eine Vereinfachung des Zweckverbandsrechts (102:2:9).
48. Eine wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Kommunalgebietes sollte erlaubt werden, wenn die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer kommunalwirtschaftlichen Betätigung gegeben sind, die Leistungen den eigenen Einwohnern zugute kommen sollen oder wenn die berechtigten Interessen der betroffenen inländischen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind bzw. die Voraussetzungen einer Wirtschaftszusammenarbeit vorliegen. Bei im Wettbewerb wahrgenommenen Aufgaben gelten nur die Interessen als berechtigt, die nach bundesgesetzlichen Vorgaben eine Einschränkung des Wettbewerbs zulassen (72:28:16).
49. Es empfiehlt sich in allen Landesgesetzen die Einführung der Rechtsform des Kommunalunternehmens (= Anstalt des öffentlichen Rechts) als zusätzliche Unternehmensform. (87:20:11).
50. Mehrere Kommunen sollten gemeinsam Anstaltsträger sein können (103:5:8).
52. Die Schaffung eines gesonderten Verwaltungsgesellschaftsrechts empfiehlt sich nicht (112:1:5).