

Nach der 8. GWB-Novelle: Auslegungsfragen zum Kartellverbot des deutschen Rechts

Prof. Dr. Daniel Zimmer, Bonn*

I. Einführung

Am 30. Juni 2013 ist die 8. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in Kraft getreten. Wichtige Neuerungen finden sich vor allem im Bereich der Fusionskontrolle: Zusammenschlüsse sind künftig zu untersagen, wenn durch sie „wirksamer Wettbewerb erheblich behindert würde“. Mit dieser Neufassung macht das Gesetz deutlich, dass außer solchen Fällen der Marktbeherrschung auch andere negative Effekte eines Zusammenschlusses eine Untersagung rechtfertigen können. So kann das Bundeskartellamt künftig auch eine Fusion von Wettbewerbern verbieten, die besonders nahe Wettbewerber sind, aber auch nach dem Zusammenschluss keine führende Position am Markt einnehmen werden. Unter der früheren, ausschließlich auf die „Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung“ abhebenden Gesetzesformulierung erschien die Erfassbarkeit solcher Konstellationen fraglich.¹ Im Bereich des Kartellverbots bringt die Novelle von 2013 weniger einschneidende Veränderungen. Der Regierungsentwurf von 2012 hatte noch eine Stärkung des Wettbewerbs im Gesundheitswesen durch Erstreckung des Kartellverbots und der Missbrauchsaufsicht auf das Verhältnis der Krankenkassen untereinander und zu den Versicherten vorgesehen. Diese Pläne haben aufgrund des Widerstandes von Krankenkassen und Gesundheitspolitikern das Gesetzgebungsverfahren nicht überstanden. Einzige Veränderung im Bereich des Gesundheitswesens ist die Erstreckung der vom Bundeskartellamt durchgeführten Zusammenschlusskontrolle auf Fälle einer Vereinigung von gesetzlichen Krankenkassen. Derartige Marktstrukturveränderungen unterliegen künftig der Zusammenschlusskontrolle. Auch insofern kommt aber das allgemeine Regime des Wettbewerbsrechts nicht uneingeschränkt zur Anwendung: Über Rechtsmittel gegen eine kartellbehördliche Untersagung ist nicht – wie bei anderen Fusionen – die ordentliche Gerichtsbarkeit, sondern die Sozialgerichtsbarkeit zuständig.

* Der Autor ist Lehrstuhlinhaber für Handels- und Wirtschaftsrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Er eignet den Beitrag seinem Kollegen *Wulf-Henning Roth*, mit dem er das Interesse an kartellrechtlichen Fragestellungen teilt, in langjähriger Verbundenheit und mit allen guten Wünschen zu.

¹ Zur Problematik einer Erfassung sog. nicht koordinierter Zusammenschlusseffekte mit dem überkommenen Marktbeherrschungskriterium *W.-H. Roth*, ZHR 172 (2008), 670 (673-677). Zum Rechtszustand nach der 8. GWB-Novelle *Zimmer*, WuW 2013, 928 (929-932).

Mit einem neugeschaffenen § 30 Abs. 2a des GWB sucht das Gesetz das in Deutschland bestehende Pressevertriebssystem – das sog. Presse-Grosso – gegen die Anwendbarkeit des Kartellverbots abzusichern: Zum einen erklärt Abs. 2a das Kartellverbot für unanwendbar auf Branchenvereinbarungen zwischen Vereinigungen von Presseunternehmen und Vereinigungen ihrer Abnehmer (der sog. Presse-Grossisten), die den flächendeckenden Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften zum Gegenstand haben. Eine wichtige Neuerung enthält Satz 2 des neu eingefügten Absatzes: Hiernach werden „Presseverlage und Presse-Grossisten zur Sicherstellung eines flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertriebs von Zeitungen und Zeitschriften im stationären Einzelhandel im Sinne von Art. 106 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut.“ Dieser Satz soll das bestehende System des Presse-Grosso gegen die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts – und namentlich des Art. 101 Abs. 1 AEUV – immunisieren. Ob dieser Versuch erfolgreich ist, kann aber zweifelhaft erscheinen: Gemäß Artikel 106 Abs. 2 AEUV sind Dienstleister von „allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ nur soweit von der Anwendung des EU-Kartellrechts freigestellt, wie dessen Anwendung die Erfüllung der „ihnen übertragenen öffentlichen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert“. Ob eine Anwendung des Kartellverbots des AEUV auf die Grosso-Unternehmen tatsächlich der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe entgegensteht, muss bezweifelt werden. Pressevertriebssystemen in anderen Staaten funktionieren, ohne dass es hierfür weitreichender vertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen bedürfte.²

II. Das Kartellverbot des § 1 GWB: Alles beim Alten?³

Die Formulierung des § 1 GWB hat mit der 8. GWB-Novelle keine Veränderung erfahren. Auslegungsfragen zum Kartellverbot des deutschen Rechts stellen sich daher nach der Novelle in prinzipiell gleicher Weise wie zuvor. Hier steht in erster Linie die Frage im Mittelpunkt des Interesses, welche Bedeutung die Interpretation des in Art. 101 Abs. 1 AEUV

² Für eine Vereinbarkeit des Presse-Grosso mit dem europäischen Recht *Schwarze*, NZKart 2013, 270 ff.

³ Die folgenden Abschnitte beruhen zu erheblichen Teilen auf der Kommentierung des Verfassers zu § 1 GWB: *Zimmer*, in: *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 5. Aufl. (im Erscheinen). Herrn Dr. *Jan Höft* sei auch an dieser Stelle für seine Hilfe bei der Recherche und der Einarbeitung ihrer Ergebnisse gedankt.

enthaltenen Kartellverbots des europäischen Rechts bei der Auslegung der deutschen Kartellverbotsvorschrift hat.

Schon mit der 6. GWB-Novelle von 1998 und mit der 7. GWB-Novelle von 2005 war eine weitgehende Angleichung des Wortlauts von § 1 GWB an die Formulierung des Art. 101 Abs. 1 AEUV erfolgt. Mit dieser Anpassung wurden Auslegungsschwierigkeiten beseitigt, die die von 1958 datierende Ursprungsfassung des deutschen Kartellverbots im Zusammenhang des Merkmals des Vertrags „zu einem gemeinsamen Zweck“ bereitet hatte. Zudem ist durch die Streichung des Merkmals „miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen“ eine bis zur Novelle von 2005 im deutschen Recht aufrechterhaltene Differenzierung zwischen „horizontalen“ und „vertikalen“ Wettbewerbsbeschränkungen aufgegeben worden: Mit der Streichung der genannten Formulierung werden nunmehr Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Angehörigen derselben Wirtschaftsstufe und solche zwischen Angehörigen unterschiedlicher Wirtschaftsstufen (z. B. Lieferant und Abnehmer) gleichermaßen erfasst. Allerdings bestehen auch weiterhin Differenzen in den Formulierungen des europäischen und des deutschen Rechts: Art. 101 Abs. 1 AEUV bezieht sich nur auf Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die „den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind“; das Kartellverbot des deutschen Rechts greift demgegenüber, soweit eine substantielle Auswirkung „im Geltungsbereich dieses Gesetzes“ besteht (§ 130 Abs. 2 GWB), unabhängig davon ein, ob der zwischenstaatliche Handel berührt ist. Zudem führt die Vorschrift des europäischen Unionsrechts in lit. a bis e Beispielstatbestände an, die sich im Text der deutschen Kartellverbotsvorschrift nicht wiederfinden.

Bei der Auslegung des § 1 GWB ist der grundsätzliche Vorrang des Art. 101 Abs. 1 AEUV in Rechnung zu stellen, soweit dessen Anwendungsbereich eröffnet ist: Art. 3 der VO Nr. 1/2003 ordnet diesen Vorrang vor nationalem Recht an. Einerseits darf das mitgliedstaatliche Recht im Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV nicht zum Verbot von Vereinbarungen führen, die nach Art. 101 AEUV nicht verboten sind. Andererseits sind die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte zur Anwendung des Art. 101 AEUV auf Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen verpflichtet, die den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen geeignet sind. Um die Praxis nicht mit einer oft unsicheren Beurteilung des Vorliegens einer zwischenstaatlichen Wirkung zu belasten und um weiterhin eine inhaltliche Zweiteilung des in Deutschland geltenden Kartellrechts zu vermeiden, hat der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle davon abgesehen, eine eigenständige Formulierung des Kartellverbots für Fälle ohne Zwischenstaatlichkeitsbezug zu schaffen.⁴ § 1 GWB unterscheidet daher bei Kartellvereinbarungen, -beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen nicht danach, ob eine

Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels anzunehmen ist.

III. Unionsrechtliche Pflicht zur identischen Interpretation von Tatbestandsmerkmalen in § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV?

Nach dem Gesagten ist bei der Interpretation des § 1 GWB seit der 7. GWB-Novelle eine *Orientierung* an dem Kartellverbot des EU-Rechts angezeigt: Der Vorrang des europäischen Rechts, soweit eine Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels anzunehmen ist, sowie das gesetzgeberische Ziel, auch für die unterhalb dieser Schwelle liegenden Fälle eine Angleichung vorzunehmen, legen diese Folgerung nahe. Zum Teil wird – weitergehend – angenommen, das Unionsrecht verpflichte Rechtsanwender dazu, die Begriffe des deutschen Kartellverbotstatbestandes in gleichem Sinne auszulegen wie diejenigen des Art. 101 Abs. 1 AEUV.⁵

Gegen einen völligen Gleichlauf der Begriffsinhalte kann aber zunächst angeführt werden, dass die Zwecke der betroffenen Regelungen nicht vollkommen identisch sind. Dem Unionskartellrecht ist neben einem wettbewerbspolitischen Schutzzweck stets auch der Zweck der Förderung der Marktintegration zugeschrieben worden: Der *EuGH* hat schon 1966 im *Consten/Grundig*-Urteil ausgeführt, der EWG-Vertrag, der nach seiner Präambel und seinem Inhalt auf die Beseitigung von Marktschranken zwischen den Mitgliedstaaten gerichtet sei, könne nicht zulassen, dass Unternehmen mit privatautonomen Mitteln solche Schranken erneut errichten.⁶ Im Hinblick auf diesen *integrationspolitischen Schutzzweck*⁷ hat es der Gerichtshof Inhabern gewerblicher Schutzrechte verwehrt, durch Maßnahmen der Lizenzvergabe mitgliedstaatliche Verkaufsgebiete voneinander abzuschotten.⁸ Die Unionsorgane sind zudem immer wieder Versuchen von Unternehmen entgegengetreten, durch Klauseln und Praktiken in Vertriebssystemen den freien grenzüberschreitenden Verkehr von im Handel befindlicher Ware zu behindern.⁹ Der oben angesprochene Vorrang des Unionskartellrechts lässt es nicht unbedingt erforderlich erscheinen, den integrationspolitischen Schutzzweck auch bei der Anwendung des § 1 GWB in Rechnung zu stellen. Ist das Unionsrecht im Einzelfall strenger als das nationale Wettbewerbsrecht, so fordert das Unionsrecht keine inhaltliche Gleichrichtung

⁴ Vgl. zu beiden Gründen die Begründung zum Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640, S. 22 f.

⁵ In diesem Sinne *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 73. Lieferung (Januar 2011), § 1 GWB Rdnrn. 26-32.

⁶ *EuGH*, 13.07.1966, Rs. 56/64 – *Consten/Grundig*.

⁷ Hierzu eingehend *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2004, § 2.

⁸ Vgl. neben dem *Consten/Grundig*-Urteil (vorangehende Fn. 6) die Entscheidung *EuGH*, 08.06.1982, Rs. 258/78 – *Nungesser*, Slg. 1982, 2015, 2070 Rdnr. 61.

⁹ Exemplarisch *EuGH*, 28.04.1998, Rs. C-306/98 – *Javico*, Slg. I-1983, 2003; *Kommission*, 15.07.1992, ABLEG 1992 Nr. L 233/27 – *Viho/Parker Pen*; *Kommission*, 15.12.1992, ABLEG 1993 Nr. L 20/1 – *Ford Agricultural*; *Kommission*, 28.01.1998, ABLEG 1998 Nr. L 124/60 – *Volkswagen*.

des mitgliedstaatlichen Rechts. Der Vorrang wird vielmehr dadurch verwirklicht, dass die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte zur Anwendung *auch* des Art. 101 AEUV verpflichtet werden (Art. 3 Abs. 1 S. 1 VO Nr. 1/2003).

Nach dem Gesagten ist nicht von einer unionsrechtlichen Verpflichtung zur Integration eines ‚überschießenden‘ Inhalts des Art. 101 Abs. 1 AEUV in die Interpretation des § 1 GWB auszugehen. Für eine solche Verpflichtung kann nach hier vertretener Auffassung auch nicht angeführt werden, dass die Kartellverbote des deutschen und des europäischen Rechts mit den Merkmalen beispielsweise des Unternehmens, der Vereinbarungen und des Bezweckens oder Bewirkens einer Verhinderung, Einschränkung und Verfälschung des Wettbewerbs weitgehend die gleiche Begrifflichkeit verwenden wie das europäische Recht. Gegen die alleinige Maßgeblichkeit des europäischen Rechts für die Auslegung der Begriffe der nationalen Vorschrift spricht schon, dass diese zum Teil von Anbeginn – d.h. schon vor einer weitgehenden Angleichung an die des europäischen Rechts – mit gleichem Wortlaut verwendet wurden und eine eigenständige Interpretation durch deutsche Behörden und Gerichte erfuhren. So verwendete schon das Kartellverbot des GWB in seiner Ursprungsfassung zur Bestimmung seines Adressatenkreises den Begriff des Unternehmens. Bei einem fortgesetzten Gebrauch solcher Begriffe auch nach einer immer weitergehenden Angleichung auch der übrigen Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB an den des heutigen Art. 101 Abs. 1 AEUV war der nationale Gesetzgeber nicht gehalten, eine eventuelle abweichende Wortbedeutung der von ihm weiterhin verwendeten Formulierung durch eine ausdrückliche Distanzierung von der Bedeutung des identischen Begriffs im europäischen Recht anzuzeigen.¹⁰

Entgegen *Roth* und *Ackermann*¹¹ kann auch aus der gleichzeitigen Verwendung von Begriffen des Kartellverbots in EU-Gruppenfreistellungsverordnungen nicht gefolgert werden, dass die Auslegung der Begriffe des § 1 GWB im Ergebnis derjenigen des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu entsprechen habe. Zwar ordnet § 2 Abs. 2 GWB die Geltung der EU-Gruppenfreistellungsverordnungen auch für solche Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen an, die den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht zu beeinträchtigen geeignet sind. Mit anderen Worten: Die EU-Gruppenfreistellungsverordnungen gelten kraft autonomer Verweisung des nationalen Rechts auch für solche Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle liegen und deshalb nicht dem unionsrechtlichen, sondern nur dem nationalen Kartellverbot unterfallen. Hieraus folgt aber nicht, dass auch das Verbot des nationalen Rechts zwingend ebenso auszulegen wäre wie das Verbot des europäischen Rechts. Zwar mag man formulieren, § 1 GWB bilde mit § 2 Abs. 2 GWB eine

„funktionale unauflösliche Einheit“.¹² Eine *unionsrechtliche* Verpflichtung zur Auslegung (auch) des § 1 GWB im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV ergibt sich daraus vom hier eingenommenen Standpunkt aus aber nicht. Es ist nicht davon auszugehen, dass der deutsche Gesetzgeber, als er in § 2 Abs. 2 GWB auf Gruppenfreistellungsverordnungen des europäischen Rechts verwies, damit zugleich für die Begriffe des § 1 GWB eine Verweisung auf diejenigen des Kartellverbots des Art. 101 Abs. 1 AEUV vornahm.¹³ Eine solche Verweisung ist jedenfalls insoweit nicht anzunehmen, wie die Begriffe im deutschen Recht schon vor den jüngsten GWB-Novellen verwendet wurden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Begriffe des Verbotstatbestandes des Art. 101 Abs. 1 AEUV in den Gruppenfreistellungsverordnungen nur *vorausgesetzt*, nicht aber geprägt werden. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Gruppenfreistellungsverordnungen, auf die § 2 Abs. 2 GWB verweist, zum europäischen Sekundärrecht gehören, also nicht mit Art. 101 Abs. 1 AEUV identisch sind. Dass diese Verordnungen unter dem Gesichtspunkt der Normenhierarchie einen anderen Rang haben als Art. 101 Abs. 1 AEUV, kommt darin zum Ausdruck, dass sie allein von der Kommission erlassen werden. Auch sind ihre Rechtsfolgen denjenigen der Verbotsvorschrift entgegengesetzt. Dies alles spricht dagegen, auf dem Umweg über § 2 Abs. 2 GWB und die Gruppenfreistellungsverordnungen der Europäischen Kommission einen unionsrechtlich zwingenden inhaltlichen Gleichlauf von Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB auch in dem Bereich anzunehmen, in dem nationale Gesetzgeber weiterhin Regelungsautonomie haben.

IV. Inhaltlicher Gleichlauf aufgrund autonomer Entscheidung des deutschen Gesetzgebers

Zwingt demnach das Unionsrecht nicht dazu, die Begriffe des § 1 GWB in gleicher Weise auszulegen wie diejenigen des Art. 101 Abs. 1 AEUV, so sprechen doch die Gesetzesmotive der 7. GWB-Novelle grundsätzlich für eine solche Gleichausrichtung: Der Bundesgesetzgeber verfolgte mit der Novelle das Ziel einer weitgehenden inhaltlichen Angleichung des § 1 GWB an den des unionsrechtlichen Kartellverbotstatbestandes.¹⁴ Hieraus folgt allerdings kein Zwang zum sklavischen Nachvollzug des Unionsrechts in allen Hinsichten: Die Angleichung des deutschen an das europäische Recht verfolgt den Zweck, inhaltliche Unsicherheit insbesondere in solchen Fällen auszuräumen, in denen das Bestehen einer Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels nicht eindeutig erscheint.

Hier werden Rechtsunterworfenen und –anwender durch die Wahl gleicher Formulierungen in § 1 GWB wie in Art. 101

¹⁰ Insoweit übereinstimmend *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 5), § 1 GWB Rdnr. 26.

¹¹ *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 5), § 1 GWB Rdnr. 27-32.

¹² So *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 5), § 1 GWB Rdnr. 32.

¹³ Insoweit unterscheidet sich die Konstellation von derjenigen in *EuGH*, 11.12.2007, Rs. C-280/06 – *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato/ETI*.

¹⁴ Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf der 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640, S. 22 f.

Abs. 1 AEUV von der Notwendigkeit der Feststellung des Zwischenstaatlichkeitsbezuges entlastet. Zugleich wird die mit der Schwierigkeit einer solchen Feststellung verbundene Unsicherheit hinsichtlich des Eingreifens des – Vorrang beanspruchenden – europäischen Rechts von ihnen genommen. Stellt man diesen Regelungszweck in Rechnung, so wird deutlich: Soweit ein Vorrang des europäischen Rechts von vornherein nicht in Betracht kommt, kann die Auslegung des § 1 GWB von derjenigen des Art. 101 Abs. 1 AEUV abweichen. Praktische Bedeutung hat dies vor allem im Zusammenhang des Unternehmensbegriffs: Wo es eindeutig an einem „Unternehmen“ im Sinne der Auslegung des europäischen Rechts fehlt, beansprucht dieses keinen Vorrang: Auch die in Art. 3 VO Nr. 1/2003 enthaltenen Vorrangregeln beziehen sich nur auf Fälle, in denen „Unternehmen“ (oder „Unternehmensvereinigungen“) i.S.d. europäischen Rechts involviert sind.¹⁵ Soweit das europäische Kartellrecht unter Einschluss der Vorrangregeln des Art. 3 VO Nr. 1/2003 den eigenen Anwendungsbereich durch einen eng gefassten Unternehmensbegriff eingrenzt, kann das nationale Recht – mangels Vorrangwirkung des europäischen – seine Anwendung weiter fassen.¹⁶

V. Insbesondere: „Unternehmen“ im Sinne des § 1 GWB

Die meisten Vorschriften des GWB richten sich an „Unternehmen“. Der Unternehmensbegriff hat daher eine zentrale Bedeutung. Auszugehen ist von einem für das ganze GWB einheitlichen Unternehmensbegriff, was nicht ausschließt, dass sich beispielsweise für die Zusammenschlusskontrolle Modifikationen ergeben. Der Begriff lässt sich nicht deduktiv anhand eines vorgefassten bzw. aus and¹⁷eren Gesetzen übernommenen Begriffsinhalts bestimmen. Dieser Weg würde die Definition des Unternehmens selbstständigen und stillschweigend wettbewerbsrechtliche Fragen mitentscheiden. Der Unternehmensbegriff des GWB ist vielmehr unabhängig von dem anderer Gesetze zu definieren.¹⁸ Insbesondere kann im Wettbewerbsrecht nicht an den Begriff des „Unternehmers“ in § 14 BGB angeknüpft werden.¹⁹ Mit der h.M. ist vielmehr von einem „funktionalen“ Unternehmensbegriff auszugehen,²⁰ dessen

¹⁵ Reh binder, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 1/Teil 2, 5. Aufl. 2012, Art. 3 VO 1/2003, Rdnr. 24.

¹⁶ Zur Problematik Bunte, in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 11. Aufl. 2010, § 1 GWB Rdnr. 29; gegen die im Text gezogene Schlussfolgerung Bechtold, Kartellgesetz, 7. Aufl. 2013, § 1 Rdnr. 8-10.

¹⁷ KG 12. 1. 1960 WuW/E OLG 322 „Vereidigte Buchprüfer II“ = BB 1960, 385; vgl. auch Bunte, in: Langen/Bunte, (Fn. 16), § 1 GWB Rdnr. 19; Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht, § 1 GWB Rdnr. 18.

¹⁸ Bunte, in: Langen/Bunte, (Fn. 16), Rdnr. 19; Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, (Fn. 17), § 1 GWB Rdnr. 18; Bechtold, (Fn. 16), Rdnr. 7.

¹⁹ Ebenso Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, (Fn. 17), § 1 GWB Rdnr. 18.

²⁰ Vgl. schon BGH 16. 12. 1976 WuW/E BGH 1474 (1477) „Architektenkammer“ = GRUR 1977, 739; BGH 16. 2. 1981 WuW/E

Inhalt aus dem Gesetzeszusammenhang sowie Sinn und Zweck des Gesetzes zu bestimmen ist. Der hiervon zu unterscheidende institutionelle Unternehmensbegriff, der auf die Dauer der Organisation und das Vorhandensein einer persönlichen und sächlichen Ausstattung abhebt, hat in neuerer Zeit nur vereinzelt in der Praxis der Unionsorgane Berücksichtigung gefunden;²¹ in der Anwendungspraxis von Bundeskartellamt und deutschen Gerichten ist er in der jüngeren Vergangenheit ohne Bedeutung gewesen.

Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass jedwede Tätigkeit im „geschäftlichen Verkehr“ den Unternehmensbegriff erfüllt.²² Damit hat sich das Gericht für den funktionalen und gegen den institutionellen Unternehmensbegriff entschieden.²³ Ähnlich hat der EuGH in einer Vielzahl von Entscheidungen jede eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ ausübende Einheit als Unternehmen eingeordnet, wobei er wirtschaftliche Tätigkeit wiederholt mit der Erzeugung oder Verteilung wirtschaftlicher Güter oder gewerblicher Leistungen gleichgesetzt hat.²⁴ Charakteristisch für den funktionalen Unternehmensbegriff ist, dass die Definition nicht auf das Unternehmen als solches, sondern auf die Art des Handelns abstellt.

Nach herkömmlichem Verständnis schützt § 1 GWB in prinzipiell gleicher Weise den Angebots- wie den Nachfragerwettbewerb. Auch die Unionsorgane gehen bei Anwendung des europäischen Kartellverbots von der Unzulässigkeit von Beschränkungen nicht nur beim Angebots-, sondern auch beim Beschaffungswettbewerb aus. Eine Diskrepanz besteht aber hinsichtlich der Erfassung solcher Einrichtungen, welche Waren oder Dienstleistungen nicht zu wirtschaftlichen, sondern zu anderen – insbesondere sozialen Zwecken – erwerben. In ihren Entscheidungen in der Rechtssache „FENIN“ haben EuG und EuGH entschieden, dass eine solche Beschaffungstätigkeit, der kei-

BGH 1841 (1842) „Ganser-Dahlke“ = BGHZ 80, 69; ebenso Bunte, in: Langen/Bunte, (Fn. 16), Rdnr. 19; Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, (Fn. 17), § 1 GWB Rdnr. 18; Bechtold, (Fn. 16), Rdnr. 6 für das europäische Recht Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, (Fn. 15), Band 1/Teil 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rdnr. 8; Roth/Ackermann, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 5), Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rdnr. 31 f.

²¹ Nachweise bei Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker, (Fn. 15), Band 1/Teil 1, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rdnr. 8 f.

²² BGH GrZS 22. 3. 1976 WuW/E BGH 1469 „Autoanalyzer“ = BGHZ 67, 81; BGH 19. 9. 1974 WuW/E BGH 1325 „Schreibvollautomat“ = NJW 1974, 2236; BGH 14. 3. 1990 WuW/E BGH 2627 (2632) „Sportübertragungen“ = BGHZ 110, 371 (380); BGH 11. 12. 1997 WuW/E DE-R 17 (19) „Europapokalheimsiele“ = WRP 1998, 188; BGH 9. 3. 1999 WuW/E DE-R 289 (291) „Lottospielgemeinschaft“.

²³ BGH 16. 12. 1976 WuW/E BGH 1474 (1477) „Architektenkammer“ = GRUR 77, 739; BGH 16. 2. 1981 WuW/E BGH 1841 (1842) „Ganser-Dahlke“ = BGHZ 80, 69.

²⁴ Vgl. EuGH NJW 1993, 2497; EuGH, 18.06.1998, Rs. C-35/96 – CNSD, Slg. 1998 I-3886, 3895 Rdnr. 36 = WuW/E EU-R 71; EuGH NJW 2002, 877.

ne anbietende gegenüberstehe, nichtwirtschaftlicher Natur sei und daher den Unternehmensbegriff nicht erfülle.²⁵ Die überkommene deutsche Auffassung rechnet demgegenüber auch die reine Beschaffung zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten.²⁶ Die Unterscheidung hat erhebliche Bedeutung für die rechtliche Beurteilung der Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand und der Sozialversicherungsträger. Würde der neueren europäischen Judikatur gefolgt, so könnte der Nachfragewettbewerb in einem Bereich, in dem er infolge einer starken Konzentration auf der Abnehmerseite in besonderer Weise gefährdet erscheint, nicht mehr mit den Mitteln des Kartellrechts kontrolliert werden.

Ob diese Konsequenz für das deutsche Recht tatsächlich zu ziehen ist, ist bislang nicht abschließend geklärt. In einem Kostenbeschluss aus dem Jahre 2007, der nach übereinstimmender Erledigungserklärung der am Rechtsstreit beteiligten Parteien ergangen ist, hat es der *BGH* ausdrücklich abgelehnt, im Rahmen eines summarischen Verfahrens zu entscheiden, ob die in der Rechtssache „*FENIN*“ ergangenen Entscheidungen Anlass bieten, „die gefestigte Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff im deutschen Recht einer Überprüfung zu unterziehen.“²⁷ Auch in späteren Verfahren (betreffend den Deutschen Lotto- und Totoblock sowie ein Kreiskrankenhaus) musste sich der *BGH* nicht mit der europäischen Judikatur auseinandersetzen, sondern konnte auf eine wirtschaftliche *Angebotstätigkeit* (Vertrieb entgeltlicher Teilnahmemöglichkeiten am Glücksspiel bzw. Angebot medizinischer Beratungsleistungen gegen Entgelt) abstellen.²⁸ Das Bundeskartellamt geht demgegenüber im Hinblick auf die 2007 erfolgte Neufassung von § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V, mit der die §§ 19-21 GWB auf gesetzliche Krankenkassen für „entsprechend“ anwendbar erklärt wurden, davon aus, dass der deutsche Gesetzgeber die europäische Rechtsprechung für maßgeblich hält und Krankenkassen nicht als Unternehmen i. S. d. § 1 GWB

betrachtet.²⁹ Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das Bundeskartellamt mit Beschluss vom 9. 5. 2007 die gesetzlichen Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber eingeordnet und als solche den Regeln des Kartellvergaberechts subsumiert hat,³⁰ was mittlerweile durch den neu eingefügten § 69 Abs. 2 S. 4 SGB V bestätigt worden ist.

Die 8. GWB-Novelle hat, wie eingangs erwähnt, die „entsprechende“ Anwendbarkeit des Kartellrechts auf Krankenkassen auf die Fusionskontrolle ausgedehnt. Im deutschen Schrifttum wird die einschränkende Rechtsprechung von *EuGH* und *EuG* zwar überwiegend kritisch gesehen;³¹ deren Auswirkungen für das deutsche Recht werden jedoch unterschiedlich beurteilt.³² Das Meinungsspektrum reicht von der uneingeschränkten Übertragung der europäischen Judikatur auf § 1 GWB (auch für Sachverhalte, die nicht der Zwischenstaatlichkeitsklausel des Art. 101 Abs. 1 AEUV unterfallen)³³ bis hin zu der Annahme, dass an der überkommenen deutschen Auffassung selbst für Fälle festgehalten werden kann, die eine Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten aufweisen.³⁴ Aus der Perspektive des Wettbewerbsschutzes sprechen die besseren Gründe dafür, die Beschaffungstätigkeit – soweit es sich nicht lediglich um Nachfrage für den privaten

²⁵ *EuG*, 04.03.2003, Rs. T-319/99 – *FENIN*, Slg. 2003 II-357 = WuW/E EU-R 688, bestätigt durch *EuGH*, 11.07.2006, Rs. C-205/03 – *FENIN*, Slg. 2006 I-6295 = WuW/E EU-R 1213; ebenso *EuG*, 12.12.2006, Rs. T-155/04 – *SELEX*, Slg. 2006 II-4797, 4830 Rdnr. 65 ff. = WuW/E EU-R 1250, bestätigt durch *EuGH*, 26.03.2009, Rs. C-113/07 – *SELEX*, Slg. 2009 I-2207 Rdnr. 102; zur europäischen Rechtsprechung im Bereich der Nachfragetätigkeit ohne weitere Verwendung im wirtschaftlichen Verkehr siehe *J. Werner*, Der Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit im europäischen Kartellrecht, 2012, S. 140 ff.; kritisch insbesondere zur „*FENIN*“-Entscheidung auch *Bornkamm*, in: FS Hirsch, 2008, S. 231 ff.

²⁶ Vgl. schon *BGH* 26. 10. 1961 WuW/E *BGH* 442 „*Gummistrümpfe*“ = *BGHZ* 36, 91; *BGH* 12. 11. 2002 WuW/E DE-R 1087 „*Ausrüstungsgegenstände für Feuerlöschzüge*“; ferner z. B. *OLG Düsseldorf* 12. 5. 1998 WuW/E DE-R 150 „*Löschfahrzeuge*“; *OLG Koblenz* 5. 11. 1998 WuW/E Verg 184 „*Feuerlöschgeräte*“.

²⁷ *BGH* 19. 6. 2007 WuW/E DE-R 2161 (2163) „*Tarifreueerklärung III*“.

²⁸ *BGH* 14. 8. 2008 WuW/E DE-R 2408, 2412 Rdnr. 25 „*Lottoblock*“ sowie *BGH* 16. 1. 2008 WuW/E DE-R 2327, 2329 Rdnr. 21 „*Kreiskrankenhaus Bad Neustadt*“.

²⁹ TB 2007/08, 8; ausführlich zur Bedeutung der Reformen im Bereich Krankenkassen für die Bestimmung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs auch *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 5), § 1 GWB Rdnr. 59 ff.

³⁰ BKartA Pressemitteilung vom 11. 5. 2007.

³¹ So bspw. von *Bunte*, in: Langen/Bunte, (Fn. 16), § 1 GWB Rdnr. 29; *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, (Fn. 17), § 1 GWB Rdnr. 35 a. E. („beklagenswerte Einengung des Anwendungsbereiches“); ferner *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 5), § 1 GWB Rdnr. 51; *Kling/Thomas*, § 4 Rdnr. 17; *J. Werner*, (Fn. 25), S. 140 ff.; *Bornkamm*, in: FS Hirsch, (Fn. 25), S. 231 ff. eingehend zur europäischen Rechtsprechung auch *Holzinger*, S. 118 ff.

³² Ausführlich zur Diskussion *Klees*, EWS 2010, 1 ff.; *W.-H. Roth*, in: FS Loewenheim, 2009, S. 545 ff.; *ders.* in: FS 50 Jahre FIW, 2010, S. 253 ff.

³³ S. dazu mit ausführlicher Begründung *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 5), § 1 GWB Rdnr. 56 ff.; gleichsinnig *Nordemann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, (Fn. 17), § 1 GWB Rdnr. 35 a. E.; eine vollständige Identität von deutschem und europäischem Unternehmensbegriff befürwortet auch *Bechtold*, (Fn. 16), § 1 GWB Rdnr. 8-10.

³⁴ So – zumindest in der Tendenz – *Bunte*, in: Langen/Bunte, (Fn. 16), § 1 GWB Rdnr. 29 a. E., der ausführt, die Vorrangregel des Art. 3 Abs. 2 VO Nr. 1/2003 stehe einer Aufrechterhaltung des deutschen Verständnisses des Unternehmensbegriffs nicht entgegen; die Vorrangregel gelte nämlich nur für Vereinbarungen zwischen Unternehmen, und bei der Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand handelten die jeweiligen Institutionen nach der neueren europäischen Judikatur eben gerade nicht als Unternehmen. Ablehnend *Bechtold*, (Fn. 16), Rdnr. 7; *ders.*, NJW 2007, 3761, 3762 („überspitzte Formallogik“). Für die Möglichkeit eines eigenständigen nationalen Unternehmensbegriffs demgegenüber *Hoffmann*, WuW 2011, 472 (480 f.).

Verbrauch handelt – als unternehmerisches Handeln wettbewerbsrechtlich zu erfassen.³⁵ Das vom Gesetzgeber im Rahmen der 7. GWB-Novelle verfolgte Ziel einer Angleichung des Kartellverbots des § 1 GWB an das des europäischen Rechts zwingt nicht zu einer identischen Auslegung des *Unternehmensbegriffs* in beiden Regelungsmaterien. Die Angleichung verfolgt nämlich das Ziel, Rechtsunterschiede in dem Bereich, in dem das europäische Recht grundsätzlich Anwendungsvorrang beansprucht, von der oft schwierigen Feststellung des Bestehens einer Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels zu entlasten. Soweit ein Vorrang des europäischen Rechts von vornherein nicht in Betracht kommt, kann – vor dem Hintergrund dieses Regelungszwecks – die Auslegung des § 1 GWB von derjenigen des Art. 101 Abs. 1 AEUV abweichen. Das europäische Recht beansprucht keinen Vorrang für Sachverhalte, bei denen es an einem „Unternehmen“ im engen Begriffssinn des Unionsrechts fehlt (vgl. Art. 3 Abs. 1 und 2 VO Nr. 1/2003).

Das Gesagte spricht dafür, den Unternehmensbegriff im deutschen Recht autonom zu bestimmen und die Beschäftigungstätigkeit auch dann als wirtschaftliche Betätigung zu erfassen, wenn sie nicht der Vorbereitung einer anbietenden wirtschaftlichen Aktivität dient. Hiergegen kann im Ergebnis auch nicht die im Jahr 2010 erfolgte Änderung des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V ins Feld geführt werden: Neben den §§ 19-21 GWB hat der Gesetzgeber mit dieser Änderung im Hinblick auf die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern u. a. auch die §§ 1 und 2 GWB für entsprechend anwendbar erklärt. Die Bezeichnung als „entsprechende“ Anwendung der GWB-Vorschriften ist nicht zwingend in dem Sinne zu verstehen, dass der Bundesgesetzgeber den engen europäischen Unternehmensbegriff zugrunde legt,³⁶ da andernfalls die Normen des GWB ohnehin Anwendung fänden. Möglich scheint vielmehr auch die Interpretation, dass der Gesetzgeber sich auf Grund der Rechtsprechung des *EuGH* und des *EuG* zu einer die Rechtslage lediglich klarstellenden Regelung veranlasst sah. Für Institutionen im Anwendungsbereich des § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V hat der Streit um den Unternehmensbegriff wegen der angeordneten „entsprechenden“ Geltung der GWB-Vorschriften, die im Rahmen der 8. GWB-Novelle auf die Fusionskontrolle erweitert wurde, ohnehin an Schärfe verloren.

³⁵ Kritisch zur europäischen Rechtsprechung auch *J. Werner*, (Fn. 25), S. 238 ff. (mit weiteren Nachweisen).

³⁶ So aber *Roth/Ackermann*, in: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht (Fn. 5), § 1 GWB Rdnrn. 60 f. unter Hinweis auf den Bericht des Gesundheitsausschusses (BT-Drucks. 16/4247, S. 35); vgl. ferner *Hess. LSG* 15. 9. 2011 Az. L 1 KR 89/10 KL, Rdnr. 81 (juris); s. dort (Rdnrn. 69–74) auch zu der Frage, ob die Rechtsaufsicht nach den §§ 87 ff. SGB IV durch das Bundesversicherungsamt eine Zuständigkeit des BKartA ausschließt (dazu Monopolkommission, Sondergutachten 63, 2012, Tz. 133). Als Reaktion auf die Ausführungen des Gerichts zur Zuständigkeit hat der Bundesgesetzgeber mit der 8. GWB-Novelle die Anwendbarkeit der GWB-Vorschriften nach dem SGB V um die Fusionskontrolle erweitert.