

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
1. Kapitel: Einführung	17
2. Kapitel: Grundprinzipien und Leitbild eines „Unternehmens“ in der Entscheidungspraxis	19
A. Allgemeine Auslegungsmaximen	19
I. Unionsrechtlich autonome Auslegung	19
II. EU-wettbewerbsrechtlich autonome Auslegung	20
III. Die Herleitung anhand der Auslegungstopoi	21
1. Wortlaut	21
2. Systematik	21
3. Zweck	23
B. Allgemeine Grundsätze in der Entscheidungspraxis	24
I. Funktional-handlungsbezogene, keine institutionelle Interpretation	24
II. Folge: Relativität des Unternehmensbegriffs	25
1. Nachgelagerte Tätigkeiten: Die Forderung von Gebühren	26
2. Vorgelagerte Hilfstätigkeiten	26
3. Einkauf und Verwendung	28
4. Errichtung/Ausbau und Nutzung/Betrieb von Infrastruktur	29
III. „Potentielles“ Unternehmen	30
C. Wesensmerkmale des EU-wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriffs	31
I. Der subjektbezogene Teil: die „fähige Einheit“	31
II. Der handlungsbezogene Teil: Die „wirtschaftliche Tätigkeit“	34
1. Fehlender Marktbezug nur bei hoheitlicher Tätigkeit?	35
2. Marktbezug nach h.M.: Ausübung durch einen privaten Wirtschaftsteilnehmer; Erfordernis näherer Konkretisierung	38
a. Ausgangspunkt: Rentabilität/keine dauerhaft verlustbringende Tätigkeit	41
b. Vergleichsmaßstab „konkrete“ oder „abstrakte“ Tätigkeit?	42
aa. Mitgliedstaatliche Regulierung darf nicht über EU-kartellrechtlichen Unternehmensbegriff bestimmen	42
bb. Berücksichtigung von Art. 106 Abs. 2 AEUV: Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	44
(1) Die Definition der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem in der Entscheidungspraxis	45

(2) Charakteristika einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	47
(3) Rückschlüsse für die unternehmerische Tätigkeit nach Art. 101 ff. AEUV	49
c. Merkmale einer „rentablen Tätigkeit“	50
aa. Marktunvollkommenheiten und Marktversagen	51
(1) Private Güter	52
(2) Klubgüter	53
(3) Allmendegüter	53
(4) Öffentliche Güter	54
bb. Wesentliches Merkmal: Selbstfinanzierung	57
(1) Finanzierung durch Nutzer	57
(2) Finanzierung durch Externe	60
d. Der Kreis der potentiellen Vergleichsprivaten: spezielle Tätigkeit oder „Gesamtumfeld“?	61
e. Zusammenfassung des eigenen Ansatzes	62
 3. Kapitel: Die Angebotsseite	 64
A. Hoheitliche Tätigkeit	64
I. Gemeinschaftsrechtsautonome Auslegung unter Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Traditionen	64
II. Rückgriff auf Art. 45 Abs. 4, 51 Abs. 1 und 62 AEUV	65
1. Gemeinsamkeiten zwischen Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht	66
2. Fallgruppen der „öffentlichen Verwaltung“ und „öffentlichen Gewalt“	68
a. „Öffentliche Verwaltung“ in Art. 45 Abs. 4 AEUV	68
b. „Öffentliche Gewalt“ in Art. 51 Abs. 1 AEUV (i.V.m. Art. 62 AEUV)	70
III. Handeln im Allgemeininteresse	71
1. Allgemeinwohlverpflichtung ...	71
2. ... ist notwendig, aber nicht hinreichend	74
IV. Beispiele hoheitlicher Tätigkeit in der Entscheidungspraxis	75
1. Präventive und repressive Zwangsmaßnahmen („staatliches Imperium“)	75
a. SAT Fluggesellschaft / Eurocontrol	76
b. Diego Cali / SEPG	78
c. Weitere Fälle	80
2. Wirtschaftsregulierung	80
a. Normsetzung (SELEX, zwischenbetriebliche Normung)	81
b. Erteilung von Genehmigungen, Kontroll- und Koordinierungstätigkeiten (Bodson, MOTOE, Banchemo u.a.)	83

3. Steuererhebung	85
4. Instrumente der Geld- und Finanzpolitik	86
V. Überprüfung anhand des eigenen Ansatzes	87
B. Nichtwirtschaftliche Tätigkeiten	89
I. Systeme der sozialen Sicherheit	89
1. Die faktische Situation in den Mitgliedstaaten	89
2. Die Entscheidungspraxis der EU-Organe	91
a. Keine Bereichsausnahme für soziale Sicherungssysteme	91
b. Die wesentlichen Argumentationstopoi des EuGH	93
aa. Die Verwirklichung des Solidaritätsprinzips	95
bb. Aufsicht über Leistungs- und Beitragshöhe	97
c. Die Begründung des Ansatzes des Gerichtshofs	98
aa. Zurückstellen von Eigeninteressen als nicht- wirtschaftliches Charakteristikum	98
bb. Umverteilung als Indiz einer Zurückstellung von Eigeninteressen	100
cc. Zwischenergebnis	102
3. Kritische Würdigung und Überprüfung anhand des eigenen Ansatzes	103
a. Sozialversicherungen nach eigenem Ansatz	103
b. Verwendete Begrifflichkeit „Solidarität“ des EuGH nicht überzeugend	103
c. Umverteilungswirkung in der Langzeitperspektive fraglich	104
d. Umverteilung im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	105
e. Staatliche Aufsicht über Leistungs- und Beitragshöhe für Unternehmensbegriff unerheblich	108
aa. Widerspruch zur „state-action defense“-Doktrin	109
bb. Wettbewerb außerhalb von Beitrag und Leistung	111
f. Keine Konvergenz mit Rechtsprechung im Bereich der Grundfreiheiten	112
aa. Kein Ausnahmereich für Sozialversicherungsträger bei Grundfreiheiten	113
bb. Dienstleistungscharakter der Tätigkeit eines Sozialversicherungsträgers	113
cc. Ausgleich zwischen Grundfreiheiten und mitglied- staatlicher Kompetenz über Rechtfertigungsebene	115
g. Ergebnis	117
II. Künstlerische und kulturelle Tätigkeiten	118
III. Wissenschaftliche Tätigkeit	119
IV. Bildung	122
V. Soziale, altruistische Tätigkeiten (Kirchen, Wohlfahrtseinrich- tungen, Naturschutzorganisationen)	123
VI. Sportliche Tätigkeiten	124

4. Kapitel: Nachfragetätigkeit	126
A. Grundfragen	126
I. Nachfragetätigkeit als Form der Bedarfsdeckung	126
1. Eigenproduktion	126
2. Zwangsweise Beschaffung	127
3. Nachfragetätigkeit, Beschaffung auf Markt	128
a. Eigenbedarfsdeckung	129
b. Fremdbedarfsdeckung	129
II. „Nachfrage“ im Rahmen von Sozialversicherungssystemen	130
1. Zweipolige Beziehung: over-the-counter Arzneimittel	130
2. Dreipolige Beziehung: Einkauf und Weitergabe	131
3. Dreipolige Beziehung: Kostenerstattungsprinzip	131
4. Dreipolige Beziehung: Sachleistungsprinzip	133
5. Ergebnis	135
B. Ansätze zur Bestimmung des wirtschaftlichen/nicht-wirtschaftlichen Charakters einer Nachfragetätigkeit	135
I. „Austausch von Gütern und Dienstleistungen“ (sog. Einfrententheorie)	135
II. „Gerichtet auf Angebot von Gütern oder Dienstleistungen“ (sog. Zweifrontentheorie)	136
III. Rechtsgedanke der Art. 45 Abs. 4, 51 Abs. 1 und 62 AEUV	137
IV. Eigener Ansatz	138
V. Zwischenergebnis	139
C. Entscheidungspraxis	139
I. Nachfrage zum Zweck der Weiterverwendung im wirtschaftlichen Verkehr	139
II. Nachfragetätigkeit ohne Weiterverwendung im wirtschaftlichen Verkehr („reine Nachfrage“)	140
1. AOK-Bundesverband	141
2. FENIN / Kommission	143
3. SELEX / Kommission	146
4. Die Judikatur in den Mitgliedstaaten	147
a. Deutschland	147
b. Niederlande	149
c. Vereinigtes Königreich	150
D. Die Argumente der Zweifrontentheorie im Einzelnen	153
I. Definition wirtschaftlicher Tätigkeit als Angebot von Gütern und Dienstleistungen	153
1. Bisherige Urteile betrafen keine Nachfragekonstellation	154
2. Ungeeignetheit der Definition für Herausnahme der „Nur-Nachfrage“	156
II. Vergleichbarkeit mit Nachfrage durch Endverbraucher	156
1. Gründe für die Herausnahme des privaten Endverbrauchs	157

2. Übertragbarkeit auf öffentliche Beschaffungstätigkeit	160
3. Zwischenergebnis	162
III. Geringe Gefährdung des Wettbewerbs durch Nachfragetätigkeit/ -monopol	163
1. Vorfrage: Trennung von Unternehmensbegriff und Auswirkungen der Verhaltensweisen des Handlungsträgers?	164
2. Grundlagen der ökonomischen Analyse - die Effizienzkriterien	165
a. Allokative Effizienz	165
b. Produktive Effizienz	166
c. Dynamische Effizienz	167
3. Das Marktmodell der vollkommenen Konkurrenz	167
a. Allokative Effizienz	168
b. Produktive Effizienz	175
c. Dynamische Effizienz	175
4. Nachfragemonopol/Monopson	176
a. Betrachtung des vorgelagerten Marktes	177
aa. Allokative Effizienz	177
(1) Monopson-Modell	178
(2) Verhandlungstheoretisches Modell	182
(3) Zwischenergebnis	184
bb. Produktive Effizienz	184
cc. Dynamische Effizienz	185
dd. Ergebnis	189
b. Berücksichtigung der Auswirkungen auf den nachgelagerten Markt	189
aa. Vollkommene Konkurrenz auf nachgelagertem Markt	190
bb. Monopol auf nachgelagertem Markt	190
cc. Nachgelagerter Markt ist Wettbewerbsmarkt	193
dd. Langfristige Auswirkungen auf Produktqualität, -verbesserung (dynamische Effizienz)	194
ee. Zwischenergebnis	195
c. Wettbewerbspolitisches Leitbild	196
aa. Schutz des Wettbewerbsprozesses, Schutz der Handlungsfreiheit	197
bb. Konsumentenwohlstandsstandard	199
(1) Kreis der Endverbraucher	202
(2) Zeitliche Dimension	204
5. Ergebnis	205
IV. Verringerung der praktischen Wirksamkeit des Vergaberechts, ausreichender Schutz durch Vergaberecht	206
1. Überblick über das Vergaberecht	207
a. Rechtsquellen	207
b. Systematik	210
c. Verfahrensablauf und Rechtsschutz	211

2.	Beeinträchtigung der praktischen Wirksamkeit des Vergaberechts durch das Wettbewerbsrecht?	213
a.	Der Grundsatz der praktischen Wirksamkeit	213
b.	Potentielle Kollisionslage	214
aa.	Persönlicher Anwendungsbereich	214
bb.	Sachlicher Anwendungsbereich	215
c.	Die Beeinträchtigung im Einzelnen	216
aa.	Grundsätzlicher Einwand: Konflikt nicht nur beschränkt auf reine Nachfragetätigkeit	217
bb.	Konflikt: Kartellrechtliche Bezugspflicht	218
cc.	Konflikt: Vergabesperre	220
dd.	Konflikt: Vergabefremde Kriterien/Zwecke	221
ee.	Konflikt: Auftragsbündelung (horizontale Ebene)	225
ff.	Ergebnis	228
3.	Vergaberecht als ausreichendes Schutzinstrument?	228
a.	Funktionen des Wettbewerbs- und des Vergaberechts	229
b.	Persönlicher Anwendungsbereich	232
c.	Sachlicher Anwendungsbereich	236
d.	Zeitlicher Anwendungsbereich	237
e.	Ergebnis	238
E.	Zusammenfassung der Ergebnisse und Stellungnahme	238
F.	Noch ungelöste Fragen im Rahmen der FENIN-Rechtsprechung	242
I.	Unterbliebene Zuordnung im Zeitpunkt des Erwerbs	243
II.	Verwendung eines Gegenstands zu mehreren Zwecken	245
III.	Spätere Änderung des Zwecks	249
IV.	Erwerb eines Pakets von Gegenständen mit jeweils eindeutiger Zuordnung	250
5.	Kapitel: Auswirkungen auf das Kartellrecht in Deutschland	252
A.	Anwendung der europäischen Kartell- und Missbrauchsverbote durch nationale Gerichte	252
I.	Bindung an Rechtsprechung der Unionsgerichte	252
II.	Bindung an Entscheidungspraxis der Kommission	256
III.	Ergebnis	258
B.	Anwendung nationaler Kartell- und Missbrauchsverbote auf Sachverhalte mit zwischenstaatlicher Dimension	258
I.	Konkurrenz der Rechtssätze und Normenkollision	259
1.	Konkurrenz der Rechtssätze	259
2.	Normkollision	261
II.	Strengerer nationaler Unternehmensbegriff im Rahmen des Kartellverbots nach §§ 1 ff. GWB	262

1. Europäische Ebene - Die Kollisionsnorm des Art. 3 Abs. 2 VO Nr. 1/2003	263
a. Wortlaut	264
b. Historische Auslegung	266
aa. Vorrangfrage vor Geltung der VO Nr. 1/2003	266
bb. Das Bedürfnis einer Neubestimmung	271
cc. Das Weißbuch (1999)	272
dd. Der Verordnungsvorschlag der Kommission (2000)	273
ee. Reaktion auf Verordnungsvorschlag und Endfassung	274
ff. Weichenstellung: Vereinbarung - einseitiges Verhalten	277
c. Systematische Auslegung	278
aa. Der Unternehmensbegriff als Definition des persönlichen Anwendungsbereichs	279
bb. Weichenstellung allein durch die Zwischenstaatlichkeitsklausel	280
d. Teleologische Auslegung	283
aa. Gleiche Bedingungen im Binnenmarkt	283
bb. Grund für strengeres nationales Recht bezüglich einseitiger Handlungen	285
cc. § 130 GWB i.V.m. §§ 1, 19, 20, 21 GWB als Ausnahme nach Art. 3 Abs. 3 VO Nr. 1/2003?	288
2. Nationale Ebene (GWB)	290
III. Strengerer nationaler Unternehmensbegriff bei der Bewertung einseitiger Handlungen nach §§ 19 ff. GWB	290
IV. „Nicht-Unternehmen“ im Rahmen des Kartellverbot nach §§ 1 ff. GWB und von einseitigen Handlungen nach §§ 19 ff. GWB trotz Unternehmen im Sinne des AEUV?	294
V. Ergebnis	295
C. Anwendung nationaler Kartell- und Missbrauchsverbote auf nationale Sachverhalte	297
I. Unionsrechtliche Vorgaben	297
1. Allgemeine Treuepflicht nach Art. 4 Abs. 3 EUV (ex Art. 10 EG)	297
2. Unionsziel unverfälschten Wettbewerbs, Art. 3 Abs. 1 lit. b) AEUV und Protokoll Nr. 27 EUV/AEUV	298
3. Gedanke der Inländerdiskriminierung	299
4. Harmonisierungspflicht über Verweisung aufs europäische Recht (Dzodzi-Rechtsprechung)?	300
a. Entscheidungspraxis, insb. „Kleinwort Benson“ und „Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato“	300
b. Vorlagerecht, aber auch Harmonisierungspflicht?	302
c. Jedenfalls: keine ausdrückliche Verweisung durch nationalen Gesetzgeber	304
5. Zwischenergebnis	304

II.	Auslegung des deutschen Rechts	305
1.	Wortlaut	305
2.	Systematik	305
3.	Gesetzgebungsgeschichte	306
4.	Die Verweisung des § 2 Abs. 2 S. 2 GWB auf die GVO	311
III.	Ergebnis	314
D.	Anordnung der Unternehmenseigenschaft durch nationalen Gesetzgeber	315
E.	Nationales Fusionskontrollrecht	317
I.	Verhältnis von europäischem zu nationalem Fusionskontrollrecht	317
II.	Der Unternehmensbegriff in §§ 35 ff. GWB bei Zusammenschlüssen ohne gemeinschaftsweite Bedeutung	318
III.	Der Unternehmensbegriff in §§ 35 ff. GWB bei Zusammenschlüssen von gemeinschaftsweiter Bedeutung	323
F.	Zusammenfassung	324
6.	Kapitel: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	326
A.	Definition des EU-wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriffs	326
B.	Hoheitliche Tätigkeiten	327
C.	Unternehmenseigenschaft von Sozialversicherungsträgern	328
D.	Nachfragetätigkeit als unternehmerische Tätigkeit	330
E.	Auswirkungen auf den Unternehmensbegriff des GWB	335
	Literaturverzeichnis	341