

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	20
A. Einleitung	23
B. Ziel der vorliegenden Arbeit	28
C. Gang der Darstellung	29
Der Unternehmensbegriff im Europäischen Kartellrecht und die Funktion des Merkmals der wirtschaftlichen Tätigkeit – Teil 1	31
A. Die Berechtigung des Merkmals der wirtschaftlichen Tätigkeit im Unternehmensbegriff	31
I. Der materiell-institutionelle Unternehmensbegriff	31
II. Der funktionale Unternehmensbegriff	34
1. Gründe für die Einführung eines tätigkeitsbezogenen Ansatzes	34
2. Folgen eines tätigkeitsbezogenen Ansatzes	35
3. Die anderen Merkmale des funktionalen Unternehmensbegriffs	36
B. Beurteilungsmaßstab für eine Definition des Merkmals der wirtschaftlichen Tätigkeit	37
I. Funktionalität des Unternehmensbegriffs	37
1. Funktionsbestimmung des europäischen Wettbewerbsrechts	38
2. Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaft und die Auslegung des Merkmals der wirtschaftlichen Tätigkeit	39
3. Funktionalität des Unternehmensbegriffs und die Abgrenzung zum tätigkeitsbezogenen Ansatz	41
II. Relativität des Unternehmensbegriffs	42
III. Unionsrechtlicher Unternehmensbegriff	43
Die Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit unter Berücksichtigung der Lösungsansätze der Rechtsprechung und der Literatur (ohne Nach- fragetätigkeit) – Teil 2	45
A. Die wirtschaftliche Tätigkeit in der Rechtsprechung der Europäischen Gerichte	45
I. Positive Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit	46
1. Die Urteile <i>Zollspediteure</i> , <i>Pavlov</i> und <i>Wouters</i>	46

2. Die einzelnen Merkmale der Definition des EuGH	47
a) Anbieten von Gütern und Dienstleistungen	47
aa) Angleichung der Anwendungsbereiche von Art. 56 ff. AEUV und Art. 101 ff. AEUV	48
bb) Unterschiedliche Reichweite der Wirkungen der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts	50
cc) Wertende Stellungnahme	52
b) Teilnahme der Einheit auf dem Markt	53
aa) Übernahme der finanziellen Risiken als Marktkriterium	54
bb) Entgeltlichkeit der Leistungserbringung als Marktkriterium	57
(1) Unmittelbarer Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung	58
(2) Wirtschaftliche bzw. marktgemäße Gegenleistung	60
(3) Zusammenfassung und Bewertung	62
3. Bewertung der positiven Definition der wirtschaftlichen Tätigkeit aus den Urteilen <i>Zollspediteure</i> , <i>Pavlov</i> und <i>Wouters</i>	64
II. Das Vergleichbarkeitskriterium aus der Entscheidung <i>Höfner und Elser</i> (Wettbewerb als Marktbedingung)	64
1. Der zugrunde liegende Sachverhalt und die Argumentation des EuGH	65
2. Bewertung des Vergleichbarkeitskriteriums	66
III. Die negative Abgrenzung der wirtschaftlichen Tätigkeit zur hoheitlichen Tätigkeit in der Entscheidung SAT Eurocontrol	68
1. Der Sachverhalt und die Argumentation des EuGH in der Entscheidung <i>Eurocontrol</i>	69
2. Die einzelnen Kriterien aus der Entscheidung <i>Eurocontrol</i>	71
a) Aufgabe von allgemeinem Interesse und die Ausübung von Hoheitsrechten	71
aa) Definition einer hoheitlichen Aufgabe (Ausübung von Hoheitsrechten)	71
bb) Bewertung	73
b) Ausschluss des Einzelnen von der Benutzung	74
c) Fehlende Einflussnahme auf die Höhe der Streckengebühren (Preis)	76

aa)	Doppelte Rückkopplung an den Staat zur Begründung einer hoheitlichen Tätigkeit	76
bb)	Bewertung des Kriteriums der Einflussnahme	79
d)	Vorgehensweise des EuGH und Relativität des Unternehmensbegriffs	79
aa)	Fehlender Maßstab für die Beurteilung eines Zusammenhangs zwischen Haupt- und Hilfstätigkeit	81
bb)	Notwendigkeit einer gebündelten Betrachtung mehrerer Tätigkeiten am Beispiel der Entscheidung in der Rechtssache <i>Eurocontrol</i>	81
cc)	Durchbrechung der Relativität des Unternehmensbegriffs	82
3.	Zusammenfassung zur negativen Abgrenzung und den entwickelten Kriterien	83
IV.	Die Rechtsprechung des EuGH zu den Sozialversicherungsträgern und die daraus entwickelten Grundsätze zur Abgrenzung der wirtschaftlichen Tätigkeit	85
1.	Der Sachverhalt der Entscheidung <i>Poucet und Pistre</i> und die Entscheidungsgründe des EuGH	85
2.	Die Kriterien für die Ausnahme der sozialen Tätigkeit	86
a)	Das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht	86
b)	Das Kriterium der staatlichen Kontrolle bzw. die fehlende Entscheidungsfreiheit der Verwaltungseinrichtungen	89
aa)	Argumente für das Kriterium der Entscheidungsfreiheit zur Abgrenzung einer wirtschaftlichen Tätigkeit	89
bb)	Argumente gegen das Kriterium der Entscheidungsfreiheit zur Abgrenzung einer wirtschaftlichen Tätigkeit	91
(1)	Ausschluss der Entscheidungsfreiheit durch gesetzliche Vorgaben	91
(2)	Berücksichtigung der fehlenden Entscheidungsfreiheit im Unternehmensbegriff	92
(3)	Praktische Schwierigkeiten bei der Beurteilung des zulässigen Maßes staatlicher Einflussnahme	92
(4)	Kein Gleichlauf mit der Ausnahme für Arbeitnehmer und für hoheitliche Tätigkeiten des Staates	93
(5)	Verstoß gegen den unionsrechtlichen Unternehmensbegriff	94
(6)	Anwendung von Art. 106 Abs. 1 AEUV	94
c)	Das Kriterium der Solidarität	95
		11

aa)	Praktische Schwierigkeiten bei der Anwendung des Solidaritätskriteriums	97
bb)	Die solidarische Ausgestaltung eines Systems als besondere Form der Finanzierung	99
cc)	Fazit	100
d)	Zusammenfassung zu den Kriterien aus <i>Poucet und Pistre</i>	100
3.	Die Rechtsprechung des EuGH zu den Sozialversicherungsträgern vor dem Hintergrund der Kompetenz der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit	101
a)	Die Entscheidung <i>Poucet und Pistre</i>	101
b)	Einfluss der sozialen Kompetenz der Mitgliedstaaten in weiteren Entscheidungen des EuGH zur Unternehmens- eigenschaft von Sozialversicherungsträgern	104
aa)	Die Entscheidung <i>CCMSA</i>	104
bb)	Die Entscheidungen <i>Albany International BV, Brentjens</i> und <i>Pavlov</i>	105
cc)	Die Entscheidung <i>INAIL</i>	106
dd)	Die Entscheidung <i>AOK Bundesverband</i>	107
c)	Analyse der Urteile des EuGH zu den Sozialversicherungsträgern	109
aa)	Die Kompetenzen der Europäischen Union für die Ausgestaltung der Systeme der sozialen Sicherheit und die Folgen für eine Anwendung des Wettbewerbsrechts	110
bb)	Die Entscheidungen <i>Duphar, Sodemare</i> und <i>Garcia</i>	112
(1)	Die Entscheidung <i>Duphar</i>	113
(2)	Die Entscheidung <i>Sodemare</i>	113
(3)	Die Entscheidung <i>Garcia</i>	114
cc)	Zwischenfazit	115
dd)	Rechtfertigung der Ausnahme für soziale Tätigkeiten wegen der Gefahr der Unterspülung mitgliedstaatlicher Kompetenzen (Negative Harmonisierung)	115
(1)	Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf die Sozialversicherungsträger	117
(2)	Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Kompetenzen im Rahmen von Art. 106 Abs. 2 AEUV	118
(3)	Die Rechtfertigungslösung im System und Zielgefüge des Unionskartellrechts	118

ee) Ergebnis	121
V. Abschließende Bewertung der Rechtsprechung des EuGH zur Abgrenzung der wirtschaftlichen Tätigkeit	123
B. Die wirtschaftliche Tätigkeit in der wissenschaftlichen Literatur	125
I. Das Kriterium des öffentlichen bzw. sozialen Zwecks	125
1. Der Gegensatz zwischen öffentlicher Aufgabenerfüllung und wirtschaftlicher Tätigkeit	126
2. Bewertung der Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher und nicht wirtschaftlicher Tätigkeit nach dem verfolgten Zweck	126
II. Wettbewerbskriterium (modifiziertes Vergleichbarkeitskriterium)	128
1. Ausgestaltung des Wettbewerbskriteriums	128
2. Bewertung des Wettbewerbskriteriums	130
III. Effektivitätskriterium	131
1. Das Ziel einer effizienten Güterversorgung als Maßstab für die Bestimmung einer wirtschaftlichen Tätigkeit	131
2. Bewertung des Lösungsansatzes von <i>Storr</i>	132
IV. Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten als Maßstab für die Abgrenzung einer wirtschaftlichen Tätigkeit	133
1. Art. 95 EGV in Verbindung mit Art. 3 lit. g) EGV und unter Berücksichtigung von Art. 295 EGV als Abgrenzungskriterium	134
2. Bewertung des Lösungsansatzes von Schwintowski	135
V. Wirtschaftliche Tätigkeit als nichthoheitliche Tätigkeit zur primären Einkommensverteilung	137
1. Begründung der Definition einer wirtschaftlichen Tätigkeit über die primäre Einkommensverteilung	137
2. Bewertung der Definition einer wirtschaftlichen Tätigkeit über die primäre Einkommensverteilung	138
VI. Negative Abgrenzung der hoheitlichen Tätigkeit über den Begriff der öffentlichen Verwaltung in Art. 45 Abs. 4 AEUV und den Begriff der öffentlichen Gewalt in Art. 51 AEUV	139
1. Begründung der negativen Abgrenzung der wirtschaftlichen Tätigkeit	140
2. Bewertung des negativen Abgrenzungskriteriums	141
a) Die Konkretisierung der Ausnahmen nach Art. 45 Abs. 4 AEUV und Art. 51 AEUV	142
b) Fazit	145

VII. Bestimmung der wirtschaftlichen Tätigkeit nach der Theorie vom Marktversagen	145
1. Die Theorie vom Marktversagen	145
a) Private Güter	147
b) Öffentliche Güter	147
c) Meritorische Güter	149
d) Zusammenfassung	150
2. Bewertung der Theorie vom Marktversagen im Hinblick auf die Übertragung der Grundgedanken auf das Wettbewerbsrecht	151
a) Mangelnde Effizienz staatlichen Handelns bei der Bereitstellung und Produktion öffentlicher Güter	152
b) <i>Effizienteres</i> staatliches Handeln bei der Bereitstellung und Produktion öffentlicher Güter	154
c) Abschließende Bewertung	155
3. Übertragung der Grundsätze der Theorie des Marktversagens auf die Abgrenzung zwischen wirtschaftlicher und nicht wirtschaftlicher Tätigkeit	156
a) Einordnung der Bereitstellung öffentlicher Güter als nicht wirtschaftliche Tätigkeit und der Bereitstellung privater sowie meritorischer Güter als wirtschaftliche Tätigkeit	156
b) Unterscheidung zwischen öffentlichen und meritorischen Gütern	157
4. Bewertung des Lösungsansatzes von <i>Fesenmair</i>	159
a) Kriterium der Budgetfinanzierung im unionsrechtlichen Unternehmensbegriff	160
b) Verweis auf Art. 45 Abs. 4 AEUV und Art. 51 AEUV	161
c) Abschließende Stellungnahme	161
VIII. Leistungs- und Gegenleistungskriterium (Äquivalenzkriterium)	162
1. Der Lösungsansatz von <i>Giesen</i>	162
a) Begründung für den Lösungsansatz	163
b) Bewertung des Lösungsansatzes von <i>Giesen</i>	164
2. Der Lösungsansatz von <i>Otto</i>	166
3. Der Lösungsansatz von <i>Billinger</i>	167
a) Begründung des Lösungsansatzes	168
b) Bewertung des Lösungsansatzes von <i>Billinger</i>	169
IX. Das Kriterium „diffuse or specific activity“	171

1. Leistungserbringung auf Basis vertraglicher Beziehungen als Kennzeichen einer Tätigkeit durch einen Privaten	171
2. Bewertung des Lösungsansatzes der „diffuse or specific activity“	172
X. Abschließende Stellungnahme zu den Lösungsansätzen der Literatur	174
C. Abgrenzung der wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Tätigkeit mit Hilfe des Ausschlussprinzips (eigener Lösungsansatz)	177
I. Funktionsweise des Marktes als Ausgangspunkt für die Bestimmung des Inhalts einer wirtschaftlichen Tätigkeit	177
II. Die Leistungs- und Gegenleistungsbeziehung zwischen Anbieter und Nachfrager als entscheidendes Element der Definition einer wirtschaftlichen Tätigkeit	178
III. Vorteile der Bestimmung einer wirtschaftlichen Tätigkeit über das Vorliegen eines Austauschverhältnisses mit Ausschlussprinzip	180
IV. Fazit	180
D. Schlussbetrachtung	181
Die Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen als wirtschaftliche Tätigkeit im Europäischen Kartellrecht – Teil 3	184
A. Einleitung	184
B. Die Rechtsprechung der Europäischen Gerichte zur Nachfrage als wirtschaftliche Tätigkeit und die Entwicklung des Akzessorietätsgrundsatzes	186
I. Das Urteil des EuG in der Rechtssache <i>FENIN</i>	187
1. Der Sachverhalt der Entscheidung <i>FENIN</i>	187
2. Die Entscheidungsgründe des EuG	187
3. Stellungnahme zur Entscheidung des EuG	189
II. Das Urteil des EuGH in der Rechtssache <i>AOK Bundesverband</i>	190
1. Der Sachverhalt der Entscheidung <i>AOK Bundesverband</i>	191
2. Die Argumentation des Generalanwalts in den Schlussanträgen	191
3. Die Entscheidungsgründe des EuGH	194
4. Bewertung der Entscheidung <i>AOK Bundesverband</i> für die Einstufung der Nachfragetätigkeit	194
a) Gebündelte Betrachtung der Haupt- und Hilfstätigkeiten einer Einheit	195
b) Die Festbetragsfestsetzung als wirtschaftliche Tätigkeit	196
	15

c) Auswirkungen der Festbetragsfestsetzung auf den Wettbewerb	197
d) Fazit	198
III. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache <i>FENIN</i>	198
1. Die Argumentation des Generalanwalts in den Schlussanträgen	198
2. Die Entscheidungsgründe des EuGH und Bewertung der Begründung für den Akzessorietätsgrundsatz	200
IV. Zusammenfassende Betrachtung	201
C. Die Untersuchung des Akzessorietätsgrundsatzes im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit Grundsätzen des Europäischen Kartellrechts	202
I. Der Akzessorietätsgrundsatz und die bisherige Rechtsprechung des EuGH zur wirtschaftlichen Tätigkeit	202
1. Die Rechtsprechung des EuGH zur wirtschaftlichen Tätigkeit im Hinblick auf die akzessorische Betrachtung der Nachfragetätigkeit	203
a) Die verknüpfende Betrachtung mehrerer Tätigkeiten zur Bestimmung des wirtschaftlichen Charakters in der Rechtsprechung des EuGH	204
b) Der Akzessorietätsgrundsatz als Widerspruch zu den Grundsätzen des Unionskartellrechts	206
2. Die Entscheidungen der Kommission und die akzessorische Betrachtung der Nachfragetätigkeit	209
3. Zusammenfassung und Bewertung	210
II. Nachfragetätigkeiten des Staates und der Sozialversicherungsträger im Vergleich zur privaten Endnachfrage für den eigenen Bedarf	210
1. Nachfrage für den eigenen Verbrauch bzw. zur Deckung des eigenen Bedarfs	212
2. Unwesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch Endverbraucher	214
3. Schutzzweck der Wettbewerbsregeln	216
4. Fazit	218
III. Die Nachfrage der öffentlichen Hand und der Sozialversicherungsträger im Europäischen Kartellrecht und die praktische Wirksamkeit der Regeln über die Vergabe öffentlicher Aufträge	218
1. Die Entscheidungen in der Rechtssache <i>Tögel</i> und <i>Ambulanz Glöckner</i>	219

2. Das Verhältnis des Vergaberechts zum Unionskartellrecht und die Auswirkungen auf die Bewertung der Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand	220
3. Zusammenfassung	222
IV. Das Gefahrenpotential von Monopsonen und Nachfragemacht im Allgemeinen aus wirtschaftstheoretischer Sicht	222
1. Auswirkungen der Nachfragemacht auf den Wettbewerb	224
a) Wirtschaftstheoretische Überlegungen zu den Auswirkungen der Nachfragemacht im Kontext des Europäischen Kartellrechts	225
aa) Anbieterwettbewerb	225
bb) Stufenwettbewerb zwischen Anbieter und Nachfrager	227
cc) Wettbewerb zwischen den Nachfragern auf dem Einkaufsmarkt	229
dd) Wettbewerb zwischen den Nachfragern auf dem Verkaufsmarkt	229
ee) Zusammenfassung zur wirtschaftstheoretischen Betrachtung der Auswirkungen von Nachfragemacht	231
b) Übertragung auf die Nachfrage der öffentlichen Hand und der Sozialversicherungsträger	232
aa) Fehlender nachgelagerter Markt	232
bb) Besonders verantwortungsvolle Position des Staates bei der Ausübung der Nachfragetätigkeit	234
cc) Nachfragemacht als Mittel zur Kosteneinsparung	235
c) Zusammenfassende Betrachtung der Auswirkungen der Nachfragemacht auf den Wettbewerb	236
2. Berücksichtigung des wettbewerbsverfälschenden Potentials einer Einheit im Rahmen des Unternehmensbegriffs	237
3. Abschließende Bewertung zur Argumentation mit den Auswirkungen der Nachfragemacht	239
V. Praxistauglichkeit des Akzessorietätsgrundsatzes	239
VI. Der Akzessorietätsgrundsatz und die Relevanz der Zwecke einer Tätigkeit für deren wirtschaftlichen Charakter	241
VII. Abschließende Bewertung des Akzessorietätsgrundsatzes	243
D. Anpassung des eigenen Lösungsansatzes zur Definition einer wirtschaftlichen Tätigkeit im Hinblick auf die Nachfrage	244

Die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH zum Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit auf das deutsche Kartellrecht – Teil 4	246
A. Einleitung	246
B. Das Verhältnis zwischen Europäischem Kartellrecht und nationalem Kartellrecht und die daraus entstehenden Anpassungsvorgaben für das deutsche Kartellrecht	247
I. Der Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts	248
II. Anpassungsvorgaben des Unionsrechts	250
1. Art. 3 VO 1/2003 im Gefüge der Verordnung VO 1/2003	251
2. Anpassungsvorgaben für Maßnahmen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV in Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003	252
3. Anpassungsvorgaben für einseitige Maßnahmen in Art. 3 Abs. 2 S. 2 der VO 1/2003	254
III. Anpassungsvorgaben aus dem deutschen Recht	256
1. Anpassungsvorgaben aus § 22 GWB für Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug	257
2. Anpassungsvorgaben für innerstaatliche Sachverhalte	258
a) Die Europaklausel in § 23 GWB	259
b) Implizite Anpassungsvorgaben	259
IV. Fazit	260
C. Die Folgen der Rechtsprechung des EuGH für die Behandlung von Sozialversicherungsträgern und der Nachfragetätigkeit im deutschen Kartellrecht	261
I. Die Grundsätze des Unternehmensbegriffs und das Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit im deutschen Kartellrecht	261
II. Die Behandlung der Sozialversicherungsträger als Anbieter im deutschen Kartellrecht	262
III. Die Einordnung der Nachfragetätigkeit im deutschen Kartellrecht	264
1. Die Zweifronten- und die Einfrontentheorie im deutschen Kartellrecht	264
2. Die Nachfragetätigkeit der Sozialversicherungsträger im deutschen Kartellrecht	266
a) Ausnahme für die gesetzlichen Krankenversicherungsträger gemäß § 69 SGB V	267
aa) Vereinbarkeit der <i>entsprechenden</i> Anwendung von §§ 19 bis 21 GWB im Rahmen des § 69 SGB V mit dem Europäischen Kartellrecht	268

bb) Die fiskalischen Hilfsgeschäfte der Sozialversicherungsträger	269
b) Fazit	271
3. Die Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand im deutschen Kartellrecht	271
D. Fazit	272
Schlussthesen	274
Literaturverzeichnis	277