

Staatliches Handeln, Daseinsvorsorge und Kartellrecht Zugleich eine Bestandsaufnahme des Verhältnisses des Regulierungsrechts zum Wirtschaftsprivatrecht in den Jahren 2020/21

Michael Kling

Abstract Deutsch

Der vorliegende Beitrag behandelt das schwierige Verhältnis zwischen dem Öffentlichen Recht und dem Unternehmensrecht, namentlich dem Kartellrecht. Normadressaten des Kartellrechts sind Unternehmen. Der Unternehmensbegriff des Kartellrechts wird allerdings funktional und weit ausgelegt. Daher werden das staatliche Angebot und die staatliche Nachfrage nach Gütern und Leistungen hiervon grundsätzlich erfasst. Dies führt zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zu dem originär hoheitlichen Bereich, der dem Öffentlichen Recht unterliegt, und von öffentlich-rechtlichen Sondermaterien wie dem Regulierungsrecht. Die Problematik wird durch den Vorrang des Europäischen Rechts gegenüber dem nationalen Recht zusätzlich verschärft. Der Verfasser untersucht die neuere Rechtsprechung zu diesen Fragen und führt sie einer Lösung zu.

Abstract English

This article deals with the difficult relationship between Public law and Corporate law, namely Competition law. The norm addressees of Competition law are undertakings. However, the term “undertaking” in Competition law is interpreted functionally and broadly. Therefore, the state’s supply of and the demand for goods and services are basically covered by it. This leads to considerable difficulties in the demarcation from the original sovereign area, which is subject to Public law, and from special Public law matters such as Regulatory law. The problem is further exacerbated by the primacy of European law over National law. The author examines recent case law on these issues and provides a solution.

1. Einführung

Bei vordergründiger Betrachtung dürfte das Thema des vorliegenden Beitrags, der meinem Freund und Kollegen *Gilbert Gornig* herzlich zugeeignet ist, kurz und knapp abzuhandeln sein: Das Öffentliche Recht regelt das Verhältnis zwischen dem Staat, also den Trägern der öffentlichen Gewalt, und den Privatrechtssubjekten. Unternehmensrecht ist demgegenüber das Sonderprivatrecht der Unternehmen. Dazu zählen alle Rechtsvorschriften, welche die Rechtsbeziehungen unter rechtlich (nicht zwingend auch wirtschaftlich) gleichgestellten unternehmerisch tätigen Rechtssubjekten regeln. Setzt man statt des Begriffs Unternehmensrecht den

Begriff Wirtschaftsrecht oder wie im Titel Wirtschaftsprivatrecht¹, stellt sich die Lage nicht anders dar, denn das Wirtschaftsrecht regelt die Rechtsbeziehungen der am Wirtschaftsleben Beteiligten, also der Unternehmen. Wo also gibt es mögliche Überschneidungen zwischen dem staatlichen Handeln und dem Handeln von Unternehmen, und worin bestehen mögliche Regelungskonflikte?

Eine erste Annäherung an das Thema könnte in der Weise stattfinden, dass man darauf abstellt, dass auch der Staat mitunter Beteiligungen an Unternehmen hält und deshalb in diesen Fällen rechtlich wie ein privater Unternehmer zu behandeln sei. Dies könnte beispielsweise für die zahlreichen Fallgestaltungen der Daseinsvorsorge zutreffen, jene Fälle also, in denen die Versorgung des Bürgers mit elementaren Gütern wie Strom und Gas, Wasser, Verkehrsinfrastruktur bzw. die Entsorgung von Abfällen, Abwasser usw. in Rede steht. Nicht geklärt wäre damit aber, wieso ausgerechnet auch originär staatliches Handeln wie beispielsweise die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen durch staatliche Rechtsträger oder etwa die staatliche Angebots- und Informationstätigkeit für das Unternehmensrecht Relevanz besitzen sollte.

Die Antwort auf diese Fragen liegt in dem funktionalen und weiten Ansatz und dem damit einhergehenden weiten Anwendungsbereich des europäischen und deutschen Kartellrechts, den man schlagwortartig als *funktionalen Unternehmensbegriff* bezeichnet. Die funktionale und weite Interpretation dieses kartellrechtlichen Zentralbegriffs macht es möglich, die staatliche Nachfrage- bzw. Angebotstätigkeit grundsätzlich als eine unternehmerische Tätigkeit im Sinne des Kartellrechts zu erfassen.

Zahlreiche weitere Abgrenzungsfragen sind die Folge: Muss nicht für hoheitliches Handeln eine Ausnahme gelten? Kann die Nachfragetätigkeit aus dem Anwendungsbereich herausgenommen werden, wenn es sich um Fälle handelt, in denen der Staat nur „für seine Bürger“ tätig wird oder wenn staatliche Einrichtungen mit rein sozialem Zweck eben diesem Zweck nachgehen? Kann es nicht auch Fälle geben, in denen die staatliche Angebotstätigkeit nicht als unternehmerisch bewertet wird, etwa weil sie primär der Information des Bürgers in zentralen Lebensbereichen wie etwa der öffentlichen Gesundheit dient? Worin bestehen im Übrigen die Folgen, wenn die staatliche Tätigkeit als wirtschaftliches Handeln qualifiziert wird? Gelten die Kartellverbote des Art. 101 AEUV und des § 1 GWB bzw. die Missbrauchsverbote des Art. 102 AEUV und der §§ 19 ff. GWB immer uneingeschränkt oder lässt sich ggf. aus Art. 106 Abs. 2 AEUV eine Rechtfertigung für die Herausnahme der konkreten Tätigkeit aus der Anwendung der genannten Kartellrechtsnormen gewinnen?

Sämtliche der hier gestellten Ausgangsfragen haben Rechtsprechung, Wissenschaft und Praxis über Jahrzehnte intensiv beschäftigt. Auch der Verfasser hat dazu einige Arbeiten vorgelegt.² Im Folgenden soll es nicht darum gehen, die gewon-

1 In Abgrenzung zum Begriff Wirtschaftsverwaltungsrecht.

2 M. Kling, Staatliches Handeln, Daseinsvorsorge und Kartellrecht, 2014; M. Kling/C. Dally, ZWeR 2014, S. 3 ff.; M. Kling, NZKart 2017, S. 611 ff.; M. Kling, NZBau 2018, 715 ff.; M. Kling, Kartellrechtliche Aspekte der Koordination des Marktverhal-

nenen Erkenntnisse lediglich zu wiederholen oder die eigenen Thesen nochmals zu begründen; lediglich die Prämissen werden eingangs offengelegt. Vielmehr soll die neueste Rechtsprechung, die sich mit einigen bemerkenswerten Fällen zu beschäftigen hatte, zum eigentlichen Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen und zum Prüfstein der früher aufgestellten Thesen gemacht werden.

2. Acht Prämissen zur Anwendung des Kartellrechts auf staatliche und quasistaatliche Akteure im öffentlichen Sektor

Im Folgenden benenne ich zunächst acht zentrale Prämissen, die sich aus meinen früheren Analysen zum Thema ergeben haben. Dies erleichtert die Einordnung der neueren Fälle, die sodann im Anschluss erfolgt.

- (1) Staatliche Einheiten sind nicht schon deshalb von der Anwendung des Kartellrechts ausgenommen, weil sie öffentliche Aufgaben erfüllen oder Tätigkeiten im Bereich der Daseinsvorsorge entfalten. Das folgt aus dem funktionalen Unternehmensbegriff des Kartellrechts. An dem universalen Geltungsanspruch des Kartellrechts ist grundsätzlich festzuhalten. Das gilt gleichermaßen auf europäischer wie nationaler Ebene.
- (2) Damit korrespondiert zunächst ein enges Verständnis der (rein) hoheitlichen Tätigkeiten. Der Begriff der „öffentlichen Gewalt“ in Artt. 45 Abs. 4 und 51 AEUV erfasst bei unionsrechtlich-autonomer Auslegung nur wesentliche Staatsaufgaben. Das wirtschaftsbezogene Handeln staatlicher Einrichtungen ist aber zu vielfältig, als dass man es insgesamt unter diesen eng auszulegenden Begriff subsumieren könnte.
- (3) Ein kartellrechtlicher Privatisierungszwang besteht nicht. Die Delegation bestimmter hoheitlicher Tätigkeiten auf Private ändert nichts an der Zuordnung der jeweiligen Tätigkeit zur staatlichen Sphäre. Auch der Umstand, dass für eine solche Tätigkeit ein Entgelt zu entrichten ist, schließt den hoheitlichen, nichtwirtschaftlichen Charakter der Tätigkeit nicht von vornherein aus.³ Trägt die handelnde Einheit aber auch ein eigenes wirtschaftliches Risiko, handelt sie unternehmerisch.⁴

tens öffentlicher Auftraggeber, in: Schriftenreihe des forum vergabe e.V., Jahrbuch 2019, Bd. 66, 2020, S. 141 ff.; M. Kling, Festschrift für Wiedemann zum 70. Geburtstag, 2020, S. 948 ff.

- 3 EuGH, Urt. v. 12.7.2012 – Rs. C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449 Rn. 39 – Compass-Datenbank: „Darüber hinaus reicht der Umstand, dass die öffentliche Einheit ein Erzeugnis oder eine Dienstleistung, die mit der Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse in Zusammenhang stehen, gegen ein gesetzlich vorgesehenes und nicht unmittelbar oder mittelbar von ihr bestimmtes Entgelt liefert bzw. erbringt, für sich genommen nicht aus, um die ausgeübte Tätigkeit als wirtschaftliche Tätigkeit und die Einheit, die sie ausübt, als Unternehmen einzustufen (...).“, st. Rspr.; ebenso H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 16.
- 4 EuGH, Urt. v. 12.12.2013 – Rs. C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827 Rn. 29 – Soa Nazionale Costruttori: „Die Tätigkeit der SOA ist eine wirtschaftliche Tätigkeit. Diese ertei-

- (4) Die staatliche Nachfrage wird vom EuGH⁵ als nicht unternehmerische Tätigkeit qualifiziert, wenn der spätere Verwendungszweck der nachgefragten Güter oder Dienstleistungen einem nichtwirtschaftlichen Zweck zukommen soll. Diese Ansicht begründet der Gerichtshof damit, dass der Kauf eines Erzeugnisses bzw. die Nachfrage nach einer Dienstleistung von dem späteren Verwendungszweck nicht getrennt werden könne, so dass der wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung zwangsläufig den Charakter der Nachfragetätigkeit bestimme. Dieser sog. Akzessorietätsgrundsatz wird vom EuGH nicht auf soziale Tätigkeiten beschränkt, sondern gilt für die staatliche Nachfrage insgesamt. Er hat zudem Relevanz für die „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (DAWI) im Sinne des Art. 14 AEUV, die schlagwortartig mit dem von *Ernst Forsthoff* für das deutsche Verwaltungsrecht geprägten Begriff „Daseinsvorsorge“ umschrieben werden können.⁶

Die vorerwähnte Rechtsprechung des EuGH ist nach hier vertretener Auffassung als verfehlt abzulehnen, weil die Nachfrageaktivität staatlicher oder sozialer Einrichtungen ohne Weiteres von dem Verwendungszweck der Güter oder Dienstleistungen getrennt betrachtet werden kann.⁷ Diese Betrachtungsweise erscheint geradezu geboten, um die effektive Durchsetzung der europäischen Wettbewerbsregeln sicherzustellen. Die Gegenansicht des EuGH läuft dem Schutzzweck derselben diametral zuwider. Das Nachfrageverhalten der Marktgegenseite muss von Verzerrungen (scil. Missbrauch von Marktmacht bzw. Diskriminierungen, s. Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV) freigehalten werden. Eine Rechtfertigung mit dem Argument, dass der Staat „für seine Bürger“ handle oder Ähnliches, wäre vor dem Hintergrund des genannten Schutzzwecks nicht tragfähig. Schlagworte wie „Solidarität“, „soziale Zwecksetzung“, „fehlende Gewinnerzielungsabsicht“, „Gemeinwohlorientierung der Tätigkeit“ usw. sind jedenfalls für die Frage der Anwendbarkeit des Unionskartellrechts auf den öffentlichen Sektor nicht entscheidend. Die deutsche Rechtsprechung⁸ wendet den funktionalen Unternehmensbegriff seit jeher konse-

len nämlich gegen Entgelt und ausschließlich auf der Grundlage der tatsächlichen Nachfrage des Marktes Zertifikate. Außerdem tragen sie die mit dieser Tätigkeit verbundenen finanziellen Risiken (...).“; ebenso F. J. Säcker/J. Steffens, in: MüKo-WettbR, Art. 101 AEUV Rn. 26.

- 5 EuGH, Urt. v. 11.7.2006 – Rs. C-205/03, Slg. 2006, I-6295 Rn. 26 – FENIN/Kommission; EuGH, Urt. v. 26.3.2009 – Rs. C-113/07, Slg. 2009, I-2207 Rn. 103 – SELEX.
- 6 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 76 definieren den Begriff „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ als „solche wirtschaftlichen Tätigkeiten (...), die von den Mitgliedstaaten im öffentlichen Interesse in Dienst genommen werden.“ Der Begriff ist weiter zu verstehen als der Dienstleistungsbegriff der Art. 56, 57 AEUV, da er die Herstellung und Verteilung anderer Güter umfasst (H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, ebd.).
- 7 Ebenso H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 156; F. J. Säcker/J. Steffens, in: MüKo-WettbR, Art. 101 AEUV Rn. 45.
- 8 BGH v. 12.11.2002 – KZR 11/01, WRP 2003, 765 (768 f.) – Feuerlöschzüge; BGHZ 36, 91 = NJW 1962, 196 – Gummistrümpfe.

quent auf die staatliche Nachfragetätigkeit an, und die überwiegende Zahl der Vertreter der Literatur⁹ folgt ihr darin.

Daraus folgt für die oben genannten Bereiche, dass das Kartellrecht regelmäßig einschlägig ist. Nach der hier vertretenen Konzeption ist typischerweise nicht die Unternehmenseigenschaft der handelnden Einheit problematisch, sondern die nachgelagerte Frage, ob die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe i.S. des Art. 106 Abs. 2 AEUV unmöglich machen würde. Die Unternehmenseigenschaft ist zumindest in den Fällen gegeben, in denen die handelnde Einheit in Bezug auf das „Wie“ der Leistungserbringung weitgehend „freie Hand“ hat, wo sie also selbständig agiert (und zwar sowohl in Bezug auf die Festsetzung der Gegenleistung als auch bezüglich der Festlegung von Vertragsinhalten durch AGB). Allgemein gilt: Je größer die Selbständigkeit der betreffenden Einheit ist, je größer also ihre Handlungsspielräume sind, desto geringer ist der Zusammenhang mit der Ausübung von hoheitlichen Vorrechten und desto eher ist die Trennbarkeit von der hoheitlichen Aufgabenerfüllung zu bejahen.

- (5) Für das Bestehen von (Angebots-)Wettbewerb kommt es nicht darauf an, ob das Recht der Mitgliedstaaten den Marktzutritt privater Akteure ausdrücklich erlaubt. Vielmehr ist entscheidend, ob die Tätigkeit der jeweiligen staatlichen Einrichtung unter Marktbedingungen betrieben wird. Es genügt, wenn sie zumindest potentiell für Private wirtschaftlich interessant ist und von diesen rentabel ausgeübt werden kann (sog. hypothetischer Wettbewerbstest).¹⁰
- (6) Wenn Wettbewerb zwischen quasi-staatlichen Einheiten untereinander oder zwischen diesen und privaten Einheiten stattfindet, gilt das Kartellrecht, weil insoweit (relative) Unternehmen im Sinne des Kartellrechts handeln. Etwaige Besonderheiten der Aufgabenerfüllung müssen auf nachgelagerter Ebene Berücksichtigung finden. Der Rechtfertigungsgrund des Art. 106 Abs. 2 AEUV bildet insofern ein sachgerechtes und gerichtlich überprüfbares Korrektiv zum Schutz von legitimen öffentlichen Interessen (vgl. Prämisse 8).¹¹
- (7) Nationale bzw. EU-sekundärrechtliche Regulierungsvorschriften im Bereich der Daseinsvorsorge (z.B. Energieversorgung, Verkehrsnetze) schließen die Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV nicht aus. Unfaire Netznutzungsentgelte u.Ä.

9 W. Möschel, NZKart 2014, 42 (45); ders., FAZ Nr. 39 v. 15.2.2007, S. 12; W.-H. Roth, Festschrift für Bechtold, 2006, S. 393 (396); C. Weiß, Der Unternehmensbegriff im europäischen und deutschen Kartellrecht, 2012, S. 161 f.; grundlegend F. Rittner, DB 1957, 1091 ff., 1118 ff.; s. weiter D. Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 13; F. J. Säcker/J. Steffens, in: MüKo-WettbR, Art. 101 AEUV Rn. 45 a.E.: „Eine reine Beschaffungstätigkeit fällt auch dann als wirtschaftliche Tätigkeit unter den Unternehmensbegriff, wenn das beschaffende Unternehmen nicht weiterverkauft.“; H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 33: „Diese Rspr. steht im Widerspruch zur wettbewerbsrechtlichen Praxis in zahlreichen Mitgliedstaaten.“

10 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 9 f.

11 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 19: Den Mitgliedstaaten ist „kein unüberprüfbares Zuständigkeitsreservat für den öffentlichen Sektor verblieben“.

können daher am Maßstab des Missbrauchsverbots des Unionskartellrechts gemessen werden, soweit die Voraussetzungen der Zwischenstaatlichkeitsklausel gegeben sind.

- (8) Art. 106 Abs. 2 AEUV bildet die Schnittstelle zwischen dem Unionsziel der Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt (s. das Protokoll Nr. 27 zum EUV und AEUV) und den Souveränitätsinteressen der Mitgliedstaaten.¹² Letzteren kommt in den betroffenen Sektoren ein unionsrechtlich kontrollierter, begrenzter Gestaltungsspielraum zu,¹³ innerhalb dessen sie Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse definieren und organisieren können. Daraus folgt, dass sie im Bereich der DAWI (Art. 14 AEUV) bzw. der „Daseinsvorsorge“ voneinander abweichende politische Konzepte verfolgen können, so wie es den jeweiligen Rechtstatsachen und -kulturen in den Mitgliedstaaten entspricht. Vor dem Hintergrund, dass sie die Funktionsgarantie für die DAWI trifft, ist das konsequent. Die Rechtfertigung der Nichtanwendung der Vertragsvorschriften unterliegt allerdings einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹⁴ Art. 106 Abs. 2 AEUV statuiert somit keine Bereichsausnahme für bestimmte Sektoren.¹⁵

3. Neuere Entwicklungen – eine Bestandsaufnahme der Rechtsprechung zum Kartellrecht in den Jahren 2020 und 2021

3.1. Die Ausnahme für rein hoheitliches Handeln

Die europäischen Grundfreiheiten und die Regelungen des europäischen und deutschen Kartellrechts setzen ein wirtschaftliches Handeln der Betroffenen voraus. Für die Anwendung des Kartellrechts ist eine Angebots- oder Nachfragetätigkeit am Markt erforderlich.¹⁶ Zwischen der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV und den Wettbewerbsregeln der Artt. 101, 102 AEUV gibt es eine gewisse strukturelle Parallelität im Hinblick auf die Einordnung als „wirtschaftliche Tätigkeit“, die im Übrigen auch in der Rechtsprechung des EuGH identifiziert werden kann.¹⁷

12 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 18.

13 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 84: Kontrolle auf „offensichtliche Fehler“.

14 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 2 AEUV Rn. 92, 95 ff.; Gundel, in: MüKo-WettbR, Art. 106 Rn. 93 ff.

15 Zutreffend J. Gundel, in: MüKo-WettbR, Art. 106 Rn. 93.

16 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 7 mit Rechtsprechungsnachweisen.

17 Als Beispiel diene die Rechtsprechung des EuGH zum Profisport, wo häufig neben Art. 56 AEUV auch die Art. 101, 102 AEUV geprüft werden, s. statt aller EuGH, Urt. v. 18.7.2006 – Rs. C-519/04 P, ECLI:EU:C:2006:492 = Slg. 2006, I-6991 – Meca-Medina und Majcen.

Angesichts der funktionalen und weiten Auslegung der Anwendungsbereiche der genannten Normen ist zu fragen, welche Tätigkeiten überhaupt noch als nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten qualifiziert werden können, die dazu führen, dass weder die Grundfreiheiten noch das Unionskartellrecht einschlägig sind. Schlagwortartig ist das der Fall bei der Erfüllung sog. „wesentlichen Staatsaufgaben“, d.h. in jenen Bereichen, in denen der Staat in seiner Funktion als Hoheitsträger tätig wird. Gemäß den grundsätzlichen Aussagen des Generalanwalts *Henri Mayras* in dessen Schlussanträgen zur Rechtssache *Reyners* sind diese Bereiche so charakterisiert: „Die öffentliche Gewalt entspringt der staatlichen Herrschaftsmacht, dem staatlichen Imperium. Sie beinhaltet für denjenigen, der sie ausübt, die Möglichkeit, dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen.“¹⁸

Die begriffliche Einordnung vollzieht sich dabei einheitlich nach autonomen unionsrechtlichen Kriterien, wobei den Mitgliedstaaten gewisse Handlungsspielräume bei der Ausgestaltung verbleiben.¹⁹ Nach der Rechtsprechung des EuGH liegt hoheitliches Handeln vor, wenn Tätigkeiten betroffen sind, mit denen staatliche Allgemeininteressen durch die Ausübung hoheitlicher Befugnisse verfolgt werden.²⁰ Solche Tätigkeitsbereiche sind typischerweise dem Staat exklusiv vorbehalten. Es handelt sich konkret um jene Tätigkeiten, die üblicherweise hoheitlicher Natur sind und innerhalb der Mitgliedsstaaten zu den wesentlichen Staatsaufgaben gehören.²¹ Das Gleiche soll für Tätigkeiten gelten, die aufgrund ihrer Eigenart nur durch staatliche Stellen und nicht durch private Unternehmen ausgeübt werden können,²² wie die Ausübung hoheitlicher Gewalt aufgrund gesetzlicher Eingriffsbefugnisse.²³

18 Generalanwalt H. Mayras, Schlussanträge v. 21.6.1974 – Rs. 2/74, Slg. 1974, 631, 665 – Jean Reyners/Belgischer Staat; s. ferner K. W. Lange, WuW 2002, 953 (958): „Eine solche hoheitliche Tätigkeit liegt demnach insbesondere dann vor, wenn hoheitliche Gewalt oder staatliche Vorrechte ausgeübt werden oder zumindest ein enger Bezug zwischen der Tätigkeit und der hoheitlichen Gewalt besteht.“

19 Generalanwalt H. Mayras, Schlussanträge v. 21.6.1974 – Rs. 2/74, Slg. 1974, 631, 665 – Jean Reyners/Belgischer Staat; s. auch H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 2, 13.

20 EuGH, Urt. v. 18.6.1998 – Rs. C-35/96, Slg. 1998, I-3851 Rn. 41 ff. – Kommission/Italien; EuGH, Urt. v. 18.3.1997 – Rs. C-343/95, Slg. 1997, I-1547, Rn. 22 f. – Diego Cali & Figli/SEPG; s. auch W.-H. Roth/Th. Ackermann, in: Frankfurter Kommentar z. Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 EG Grundfragen Rn. 91 (Januar 2009); P. Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV Rn. 70 f.; H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art 106 Abs. 1 AEUV Rn. 13.

21 EuGH, Urt. v. 4.5.1988 – Rs. C-30/87, Slg. 1988, 2479 Rn. 18 – Bodson/Pompes; EuGH, Urt. v. 18.3.1997 – Rs. C-343/95, Slg. 1997, I-1547, Rn. 22 f. – Diego Cali & Figli/SEPG; EuGH, Urt. v. 19.1.1994 – Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-43 Rn. 30 – SAT Fluggesellschaft/Eurocontrol; EuGH, Urt. v. 13.11.1975 – 26/75, Slg. 1975, 1367 Rn. 7 – General Motors/Kommission; R. Dohms, in: Wiedemann, Hdb. d. Kartellrechts, § 35 Rn. 20.

22 W. Weiß, in: Calliess/Ruffert, Art. 101 AEUV Rn. 32.

23 E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 33 Rn. 28.

Der EuGH beschränkt sich in seiner Rechtsprechung zum Kartellrecht zumeist auf die lapidare Feststellung, dass Tätigkeiten, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfolgen, keinen wirtschaftlichen Charakter haben, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln des AEU-Vertrags rechtfertigen würde.²⁴ Bei der Anwendung der Grundfreiheiten rekurriert er typischerweise auf die geschriebenen Rechtfertigungsgründe in Art. 36, 45, 51, 52, 62 AEUV. Diese eng auszulegenden Ausnahmebestimmungen, die nur einen Teilbereich hoheitlicher Tätigkeiten erfassen, bieten aber nicht viel mehr als einen „Ausgangspunkt“ für weitere Überlegungen.²⁵ Im EU-Vertrag und im AEU-Vertrag findet sich nämlich keine abschließende Auflistung hoheitlicher Tätigkeiten und Ausnahmereiche. Die Kommission hat in ihrer Mitteilung zu „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ ausgeführt, „(...) dass auf Aufgaben, die per se dem Staat vorbehalten sind, wie die Wahrung der inneren und äußeren Sicherheit, die Justizverwaltung, die Pflege auswärtiger Beziehungen und andere hoheitliche Aufgaben, die Wettbewerbsregeln und Binnenmarktvorschriften keine Anwendung finden und somit auch Artikel 86 [jetzt: Art. 102 AEUV] und seine Bedingungen nicht greifen.“²⁶

Einen allgemein konsentierten Kanon an „typischen“ Staatsaufgaben gibt es zwar nicht. Beispielhaft können aber die sicherheitsrelevanten Bereiche eines Staates wie der Strafvollzug und die Wahrnehmung von Aufgaben der inneren und äußeren Sicherheit durch die Polizei und das Militär, die Pflege auswärtiger Beziehungen, die nationalen Bildungssysteme sowie die sozialen Sicherungssysteme der Mitgliedstaaten, genannt werden.²⁷ Weiter zählen dazu alle diejenigen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung, die dazu dienen, übergeordnete und der Allgemeinheit zugutekommende politische Ziele zu verfolgen und mit der Verfolgung dieser Ziele untrennbar verbunden sind.²⁸ Eine abstrakte Umschreibung dessen, was hoheitliches Handeln ausmacht, lässt jedoch regelmäßig keinen präzisen Rück-

24 EuGH, Urt. v. 1.7.2008 – Rs. C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 Rn. 24 – MOTOE: „Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs haben Tätigkeiten, die in Ausübung hoheitlicher Befugnisse erfolgen, keinen wirtschaftlichen Charakter, der die Anwendung der Wettbewerbsregeln des Vertrags rechtfertigen würde (...).“

25 H. Schweitzer/E.-J. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Art. 106 Abs. 1 AEUV Rn. 14.

26 Kommission, Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ v. 19.1.2001, ABl. EG 2001 Nr. C 17, S. 4 Rn. 28.

27 Vgl. EuG v. 12.12.2000 – Rs. T-128/98, Slg. 2000, II-3929 Rn. 112, 120 – Aéroports/Kommission; Kommission, Mitteilung „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“ v. 19.1.2001, ABl. EG 2001 Nr. C 17, S. 4, Rn. 28 ff.; R. Dohms, in: Wiedemann, Hdb. d. Kartellrechts, § 35 Rn. 21 ff., 29.

28 Generalanwalt G. Tesauo, Schlussanträge v. 10.11.1993 – Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-43 Rn. 9 – Eurocontrol: „(...) Zu den Tätigkeiten und Funktionen, die hier von Bedeutung sind, gehören ohne Zweifel diejenigen, die die grundlegenden Aufgaben der Staatsgewalt in Bereichen wie der allgemeinen Verwaltung und der Finanzverwaltung, der Justiz, der Sicherheit oder der Landesverteidigung betreffen. Wenn sich dagegen Funktionen, die mit der Ausübung einer Tätigkeit als öffentliche Gewalt verbunden sind, von der Gesamtheit der von einer Stelle ausgeübten Tätigkeiten trennen lassen, bleiben die Wettbewerbsregeln des Vertrages auf diese Funktionen anwendbar.“; s. auch F. J. Säcker/J. Steffens, in: MüKo-WettbR, Art. 101 AEUV Rn. 42.

schluss auf die richtige Einordnung der untersuchten Tätigkeit im Einzelfall zu. Ein und dieselbe Organisation kann mehrere Tätigkeiten ausüben, von denen eine hoheitliche Natur hat, eine andere aber unternehmerischen Charakter hat. In diesem Fall spricht man im Kartellrecht von „relativen Unternehmen“.²⁹

Die bestehenden Restunsicherheiten bei der Identifizierung der Ausnahmebereiche sind daher erheblich. Dies ist zuletzt an einem Fall deutlich geworden, den der EuGH am 6. Mai 2021 entschieden hat.³⁰ Er betraf die Regulierung der Lebensmittelüberwachung in Italien; konkret ging es um Fragen der Akkreditierung von Laboren. Hintergrund war ein Rechtsstreit zwischen der Analisi G. Caracciolo Srl, einem Analyselabor, das als Konformitätsbewertungsstelle für Lebensmittelunternehmen in Italien tätig ist (im Folgenden: Labor Caracciolo), und der Regione Siciliana (Region Sizilien, Italien) über die Gültigkeit der diesem Labor von der Perry Johnson Laboratory Accreditation Inc. (im Folgenden: PJLA), einer Einrichtung mit Sitz in den USA, ausgestellten Akkreditierungsbestätigung. Nach italienischem Recht war eine einzige Akkreditierungsstelle, die Accredia – Ente Italiano di accreditamento (im Folgenden: Accredia) für die Akkreditierung der Labore zuständig. Dies entsprach zugleich den Vorgaben der Verordnung Nr. 765/2008 (sog. System der „einzigen Stelle“). Danach sollen die Mitgliedstaaten nicht mehr als eine nationale Akkreditierungsstelle unterhalten und zudem gewährleisten, dass diese Stelle durch ihre Organisationsweise objektiv und unparteilich arbeitet (Erwägungsgrund 15). Art. 6 der Verordnung Nr. 765/2008 sieht hinsichtlich der Akkreditierung vor, dass auf die Bewertungs- und die Akkreditierungsstellen das Wettbewerbsverbot Anwendung findet. Diese sind außerdem an die Einhaltung der in Art. 8 dieser Verordnung vorgesehenen Anforderungen gebunden, zu denen die Unabhängigkeit, die Objektivität, die Unparteilichkeit und die Freiheit von kommerziellen Einflüssen sowie das Nichtvorliegen eines Interessenkonflikts gehören.

Infolge eines im Jahr 2012 bei der Accredia gestellten Antrags war das Labor Caracciolo zunächst vorläufig zugelassen worden. Das weitere Akkreditierungsverfahren verlief allerdings erfolglos, sodass es im Jahr 2017 aus dem regionalen Verzeichnis der akkreditierten Labore der Region Sizilien wieder gestrichen wurde. Seit 2014 hatte das Labor Caracciolo auf der Grundlage einer von PJLA erteilten Akkreditierung in Italien die Tätigkeiten ausgeübt, die den Konformitätsbe-

29 Vgl. dazu sub specie der Abgrenzung zwischen hoheitlichem Handeln und dem Beihilfenrecht der Art. 107 ff. AEUV EuGH v. 10.1.2006 – Rs. C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8 = Slg. 2006, I-289 Rn. 120 ff. – Cassa di Risparmio di Firenze, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato und Cassa di Risparmio di San Miniato; zum relativen Unternehmensbegriff des Unionskartellrechts s. F. J. Säcker/J. Steffens, in: MüKo-WettbR, Art. 101 AEUV Rn. 41 f.

30 EuGH, Urt. v. 6.5.2021 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana – Assessorato regionale della salute – Dipartimento regionale per la pianificazione, Regione Sicilia – Assessorato della salute – Dipartimento per le attività sanitarie e osservatorio, Accredia – Ente Italiano di Accreditamento, Azienda sanitaria provinciale di Palermo; s. dazu auch C. Wagner, NZKart 2021, 411 ff.

wertungsstellen im Rahmen des Verfahrens der Selbstkontrolle für die Lebensmittelunternehmen übertragen wurden.

Vorliegend war u.a. fraglich, ob die einschlägigen Regelungen in Kapitel II der Verordnung Nr. 765/2006 mit Art. 56 AEUV und Art. 102 AEUV insoweit vereinbar sind, als die Akkreditierungstätigkeit ausschließlich durch die einzige nationale Stelle im Sinne dieser Verordnung ausgeübt wird. Der EuGH bejaht beides:

In Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 56 AEUV beurteilt er die Akkreditierungstätigkeit als „unmittelbar und spezifisch im Sinne von Art. 51 AEUV mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden“.³¹ Hierfür genügte es, dass die Accredia als nationale Akkreditierungsstelle Akkreditierungen im Auftrag des Staates durchführt. Diese Einschätzung deckt sich mit der obigen Prämisse Nr. 3, wonach die Delegation einer hoheitlichen Aufgabe auf einen Dritten deren Charakter als hoheitliche Aufgabe unverändert lässt. Zusätzlich konnte der EuGH das Argument anführen, dass die Accredia als nationale Akkreditierungsstelle über eine Entscheidungsbefugnis sowie eine Kontroll- und Sanktionsbefugnis verfügte. Dies gehöre zu den Gesichtspunkten, die bei der Feststellung, ob eine Tätigkeit mit der Ausübung hoheitlicher Befugnisse zusammenhängt, zu berücksichtigen sind.³²

In Bezug auf das Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV ist fraglich, ob die nationalen Akkreditierungsstellen als „Unternehmen“ im Sinne dieser Vorschrift eingestuft werden können. Auch diese Frage verneint der EuGH wegen des hoheitlichen Charakters der Akkreditierungstätigkeit. Hoheitliche Tätigkeiten hätten keinen wirtschaftlichen Charakter, sodass die Anwendung der Wettbewerbsregeln des AEU-Vertrags nicht gerechtfertigt sei.³³ Diese grundsätzliche Aussage unterliegt keinen Zweifeln. Wenn der EuGH im Folgenden auf das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht rekurriert,³⁴ ist dies allerdings ein zweischneidiges Schwert, denn unstreitig ist die Gewinnerzielungsabsicht *kein* konstituierendes Merkmal des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs. Überzeugender ist der Rückgriff auf die einschlägigen Bestimmungen der Verordnung Nr. 765/2008, denen zu entnehmen ist,

31 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 Rn. 52 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.; s. auch EuGH, Urt. v. 12.12.2013 – Rs. C-327/12, ECLI:EU:C:2013:827 Rn. 50 f. – SOA Nazionale Costruttori.

32 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 Rn. 51 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a. ; s. auch EuGH, Urt. v. 7.5.2020 – Rs. C-641/18, ECLI:EU:C:2020:347 Rn. 45 ff. – Rina.

33 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 Rn. 56 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.; EuGH, Urt. v. 1.7.2008 – Rs. C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 Rn. 24 – MOTOE.

34 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 Rn. 57 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a. Die einschlägige Textpassage lautet: „Hinsichtlich der möglichen Auswirkung des Umstands, dass mit der Akkreditierungstätigkeit keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt wird, auf die Einstufung der betreffenden Einrichtung als Unternehmen ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof ausgeführt hat, dass hierbei die Tatsache ausschlaggebend ist, dass das Angebot an Gütern oder Dienstleistungen mit dem von Wirtschaftsteilnehmern, die eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen, nicht konkurriert (...)“.

dass die nationale Akkreditierungsstelle eine von gewerblichen Tätigkeiten unabhängige hoheitliche Tätigkeit ausübt. Konkret bedeutet das, „dass sie nicht gewinnorientiert arbeitet und dass diese Akkreditierungstätigkeit den Grundsatz des Wettbewerbsverbots beachten muss“.³⁵ Unter diesen Umständen – dem Ausschluss von Wettbewerb unter den Akkreditierungsstellen – kann eine solche Stelle nach Ansicht des EuGH nicht als „Unternehmen“ im Sinne des Unionsrechts angesehen werden. Daher fällt sie nicht unter die Bestimmungen über das Verbot des Missbrauchs einer beherrschenden Stellung.³⁶

Allerdings war im vorliegenden Fall weiter fraglich, ob die Verordnung Nr. 765/2008 mit dem ihr zugrundeliegenden Prinzip der „einzigen Stelle“ nicht insoweit eine Diskriminierung zwischen den nationalen Akkreditierungsstellen enthält, als sie es ausschließt, dass eine Konformitätsbewertungsstelle eine Akkreditierung bei einer anderen Akkreditierungsstelle als derjenigen beantragt, die von dem Mitgliedstaat, in dem sie niedergelassen ist, benannt wurde. Damit sind der Gleichheitsgrundsatz des Art. 20 und der Nichtdiskriminierungsgrundsatz des Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union angesprochen. Der EuGH verneint indessen auch Gleichheitsverstöße in diesem Sinn. Die grundsätzliche Pflicht der Konformitätsbewertungsstellen, sich von dieser mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Stelle in dem Mitgliedstaat, in dem sie niedergelassen sind, akkreditieren zu lassen, sei nicht in Frage zu stellen.³⁷

Damit bleibt allenfalls die Frage im Raum, ob das Prinzip der „einzigen Stelle“ dadurch ausgehebelt werden kann, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Wege der wechselseitigen Anerkennung den Kreis möglicher Akkreditierungsstellen auf solche mit Sitz außerhalb der Europäischen Union erweitern. In dem Streitgegenständlichen Fall hatte das Labor Caracciolo die Akkreditierung durch PJLA, einer Einrichtung mit Sitz in den USA, erreicht. Die Verordnung Nr. 765/2008 stellt in Erwägungsgrund 13 selbst die Vorzüge des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung heraus, bezieht dies aber ausschließlich auf die nationalen Akkreditierungsstellen der Mitgliedstaaten.³⁸ Diese Aussage ist nicht dahin

35 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 Rn. 58 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.

36 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 Rn. 58 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.

37 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 Rn. 63 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.

38 Erwägungsgrund 13 der Verordnung Nr. 765/2008 hat folgenden Wortlaut: „Ein Akkreditierungssystem, das durch Verweis auf verbindliche Regelungen funktioniert, hilft, das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten in die Kompetenz der Konformitätsbewertungsstellen und folglich auch in die von ihnen ausgestellten Bescheinigungen und Prüfberichte zu stärken. Dadurch stärkt es den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, weshalb die Bestimmungen dieser Verordnung über die Akkreditierung für Stellen gelten sollten, die Konformitätsbewertungen sowohl in reglementierten als auch in nicht reglementierten Bereichen durchführen. Worum es hier geht, ist die Qualität von Bescheinigungen und Prüfberichten, unabhängig davon, ob sie aus dem reglementierten oder dem nicht reglementierten Bereich stammen, weshalb kein Unterschied zwischen diesen Bereichen gemacht werden sollte.“

zu verstehen, dass andere – unterstellt gleichwertige – Akkreditierungsstellen innerhalb oder außerhalb der EU zugelassen werden sollen. Das wird besonders im 20. Erwägungsgrund deutlich, wo es heißt: „Um Mehrfachakkreditierungen zu vermeiden (...), sollten die Konformitätsbewertungsstellen die Akkreditierung bei der nationalen Akkreditierungsstelle desjenigen Mitgliedstaates beantragen, in dem sie niedergelassen sind.“

Der EuGH stellt in seiner Entscheidung zwar nicht in Abrede, dass „eine Akkreditierungsstelle eines Drittstaats über eine Qualifikation verfügen kann, die die Einhaltung der internationalen Normen für die Ausübung der Akkreditierungstätigkeit und für den Abschluss von Vereinbarungen über die gegenseitige Anerkennung im Rahmen internationaler Vereinigungen wie etwa hier der ILAC bestätigt“.³⁹ Er macht aber deutlich, dass die Unterzeichnung einer Vereinbarung über die gegenseitige Anerkennung nicht gewährleistet, dass die Akkreditierungsstelle die Anforderungen der Verordnung Nr. 765/2008 erfüllt. Denn selbst wenn die Unterzeichner der Anerkennungsvereinbarung nachweisen könnten, dass sie den internationalen ISO-Normen betreffend die Anforderungen an Akkreditierungsstellen für Konformitätsbewertungsstellen sowie zusätzlichen Anforderungen, insbesondere hinsichtlich der Erfahrung, genügen, ergäbe sich letztlich nichts anderes. Diese Anforderungen entsprächen nämlich nicht den in der Verordnung Nr. 765/2008 festgelegten Anforderungen. Diese Anforderungen beständen insbesondere darin, dass die nationalen Akkreditierungsstellen nach Art. 4 Abs. 5 der Verordnung eine hoheitliche Tätigkeit unter Erfüllung der in Art. 8 dieser Verordnung aufgeführten Anforderungen, insbesondere in Bezug auf Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Kompetenz, ausüben.⁴⁰

Damit wird der hoheitliche Charakter der Tätigkeit der nationalen Akkreditierungsstellen letztlich zum entscheidenden Argument für den Ausschluss eines internationalen Akkreditierungswettbewerbs im Bereich der Lebensmittelüberwachung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union – bei unterstellt gleicher fachlicher Eignung der Akkreditierungsstelle in den USA. Vor dem Hintergrund, dass die Europäischen Verträge eine starke Prägung durch das Wettbewerbsprinzip erhalten haben (s. das Protokoll Nr. 27 zum EUV und zum AEUV), ist das ein bemerkenswertes Ergebnis. Zugleich wird deutlich, dass im Einzelfall sehr viel von der richtigen Einordnung einer bestimmten Tätigkeit als „wirtschaftlich“ oder „hoheitlich“ abhängt.

3.2. Horizontale Koordinierung als Verstoß gegen die Kartellverbote (Art 101 AEUV und § 1 GWB)

Wie dargelegt, umfasst der Begriff des Unternehmens im Sinne des Kartellrechts jede Einrichtung, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt (funktionaler Unterneh-

39 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 Rn. 42 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.

40 EuGH, Urt. v. 6.5.2012 – Rs. C-142/20, ECLI:EU:C:2021:368 Rn. 43 = NZKart 2021, 342 – Analisi G. Caracciolo/Regione Siciliana u.a.

mensbegriff). Darunter ist jede Tätigkeit – unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung – zu verstehen, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten.⁴¹ Daraus folgt, dass es für die Frage, ob eine Tätigkeit wirtschaftlichen Charakter hat, weder darauf ankommt, ob die ausübende Einrichtung privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Status hat, noch auf die Rentabilität der Tätigkeit.⁴²

Auf der Grundlage des funktionalen Unternehmensbegriffs können staatliche Stellen demnach als Unternehmen im Sinne des Kartellrechts zu qualifizieren sein, wenn sie die o.g. Voraussetzungen erfüllen. Als Schulfälle können der Verkauf von Wein durch Staatsweingüter (Angebotswettbewerb) oder der Kauf von Computern durch ein Ministerium (Nachfragewettbewerb) benannt werden. Maßnahmen der horizontalen oder vertikalen Koordinierung zwischen den staatlichen Akteuren und Privaten können wettbewerbsbeschränkende Abreden⁴³ darstellen und somit den Tatbestand der Kartellverbote (Art. 101 AEUV, § 1 GWB) erfüllen.⁴⁴ Wenn es sich um horizontale Wettbewerbsbeschränkungen handelt, kommt eine Rechtfertigung grundsätzlich nur unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 2 GWB in Betracht. Das ist der Fall, wenn die wettbewerbsbeschränkende Abrede – ökonomisch betrachtet – letztlich mehr Vorteile als Nachteile hat. Diese Voraussetzung ist jedoch nur in seltenen Fällen erfüllt.

Auch diese Konstellation ist unlängst praktisch geworden. Mit Urteil vom 10. Februar 2021 untersagte das Landgericht München I die Kooperation zwischen dem Bundesgesundheitsministerium und Google in Form eines „Nationalen Gesundheitsportals“ (im Folgenden: NGP, Webadresse: <http://gesund.bund.de>), wonach bei Suchanfragen zu Gesundheitsthemen in einer Infobox (sog. Knowledge Panel) privilegiert Informationen des Ministeriums angezeigt werden sollten.⁴⁵ Ge-

41 EuGH, Ur. v. 19.12.2012 – Rs. C-288/11 P, EU:C:2012:821 Rn. 50 – Mitteldeutsche Flughafen AG und Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Kommission; EuGH, Ur. v. 1.7.2008 – Rs. C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 Rn. 21 f. – MOTOE, st. Rspr.

42 EuGH, Ur. v. 19.12.2012 – Rs. C-288/11 P, EU:C:2012:821 Rn. 50 – Mitteldeutsche Flughafen AG und Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Kommission.

43 Das Kartellrecht unterscheidet insoweit zwischen (bezweckten oder bewirkten) Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Unternehmen sowie Beschlüssen zwischen Unternehmensvereinigungen. Auf die Details kommt es vorliegend nicht an.

44 Für das deutsche Kartellrecht verdient die Sonderregelung des § 21 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 1 GWB Beachtung. Danach ist u.a. das Angebot eines bezahlten Wettbewerbsverzichts kartellrechtlich verboten, s. BGH v. 13.7.2020 – KRB 21/20, NZKart 2020, 610 = WuW 2020, 612 – Bezirksschornsteinfeger.

45 Landgericht München I, Ur. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, WuW 2021, 190 – Nationales Gesundheitsportal (rechtskräftig); siehe auch die Parallelentscheidung mit der Bundesrepublik Deutschland als Verfügungsbeklagten, LG München I v. 10.2.2021 – 37 O 15721/20, juris = GRUR-RS 2021, 1338 (rechtskräftig); s. auch die Anmerkungen und Besprechungsaufsätze von N. Wimmer/K. Nawrath, MMR 2021, 435 ff.; D. Kendziur, GRUR-Prax 2021, 123; Th. Höppner, NZKart 2021, 207 ff.; P. v. Czettritz,

klagt hatte ein Unternehmen, das seit mehr als 20 Jahren unter der Domain www.netdoktor.de ein werbefinanziertes Onlineportal zum Thema Gesundheit betreibt, welches nach wissenschaftlichen Standards aber zugleich für Laien verständlich medizinische Informationen zu Krankheiten, Symptomen, Medikamenten, Behandlungsmethoden und Laborwerten aufbereitet.

Der Betrieb des nationalen Gesundheitsportals durch das Bundesgesundheitsministerium wurde vorliegend nicht als eine rein hoheitliche Tätigkeit, sondern als eine wirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert, die folglich anhand des Kartellrechts zu prüfen war. Grundlage der Einordnung des Bundesgesundheitsministeriums als *Unternehmen* war der funktionale Unternehmensbegriff des (europäischen und deutschen) Kartellrechts. Entscheidender Gesichtspunkt sei dabei nicht, ob das Unternehmen, dessen Normadressateneigenschaft zu beurteilen ist, ein Entgelt erhebt. Entscheidend sei vielmehr, ob im räumlich und sachlich relevanten Markt, der von einer Wettbewerbsbeschränkung betroffen ist, die in Frage stehende Leistung üblicherweise gegen Entgelt angeboten wird. Dann sei auch der Erbringer einer unentgeltlichen Leistung Unternehmen und damit Normadressat des Art. 101 Abs. 1 AEUV.⁴⁶ Der Betrieb von Gesundheitsportalen sei eine geschäftliche Tätigkeit, die darin besteht, eine Dienstleistung, nämlich die Bereitstellung von Informationen zu Gesundheitsfragen, für Nutzer im Internet anzubieten. Die erhebliche Nachfrage nach diesem Angebot werde aktuell und sei in der Vergangenheit von einer Vielzahl privater Anbieter bedient worden, wobei die Portale aus der Sicht der Marktgegenseite funktional austauschbar seien. Das Landgericht knüpft an die ebenso grundlegende wie umstrittene Höfner und Elser-Rechtsprechung des EuGH⁴⁷ an, wenn es ausführt, dass der Betrieb von Gesundheitsportalen in der Vergangenheit nicht ausschließlich durch öffentliche Einrichtungen erfolgt sei und auch nicht generell durch solche Einrichtungen erfolgen müsse.⁴⁸

Die Qualifizierung des Bundesgesundheitsministeriums als Unternehmen im vorliegenden Fall überzeugt. Sie deckt sich mit der oben genannten Prämisse Nr. 5. Dass in der Hinnahme von Werbung auch ein Entgelt entrichtet wurde, stützt diese rechtliche Einordnung lediglich zusätzlich; zwingend erforderlich war dies nicht. Nicht durchschlagend war demgegenüber der Einwand, dass das Bundesgesundheitsministerium bei dem Betrieb des Nationalen Gesundheitsportals öffentliche Aufgaben wahrnehme, indem es Gesundheitsaufklärung leiste. Die Teilnahme am allgemeinen Geschäftsverkehr durch einen Träger hoheitlicher Gewalt verliert den Charakter einer geschäftlichen, den Bindungen des Kartellrechts unterliegenden Tätigkeit nicht schon deshalb, weil mit ihr auch öffentliche Aufgaben erfüllt oder öffentlichen Interessen genügt werden soll. Greift ein Hoheitsträger – wie hier – bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu den von der Privatrechtsordnung be-

PharmR 2021, 374 f.; L. Lorenz, jurisPR-ITR 7/2021 Anm. 6; M. Rössel, IRTB 2021, 83 ff.; T. Lichtenberg, NZKart 2021, 286 ff.

46 LG München I, Urt. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, WuW 2021, 191 (193).

47 EuGH, Urt. v. 23.4.1991 – Rs. C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161 Rn. 22 – Höfner und Elser.

48 LG München I, Urt. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, WuW 2021, 191 (193).

reitgestellten Mitteln, unterliegt er den gleichen Beschränkungen wie jeder andere Teilnehmer am privatrechtlich organisierten Markt und hat dabei die durch das Wettbewerbsrecht gezogenen Grenzen einer solchen Tätigkeit zu beachten.⁴⁹

Unproblematisch ist weiter die Einordnung der Kooperation als eine *Vereinbarung* im Sinne des Kartellrechts. Dafür genügte die Willensübereinstimmung zwischen dem Bundesgesundheitsministerium und Google, sich am Markt auf eine bestimmte Weise zu verhalten. Google und der damalige Bundesgesundheitsminister *Jens Spahn* hatten auf einer gemeinsamen Pressekonferenz am 10.10.2020 erkennen lassen, künftig bei der Erstellung von Infoboxen zu Gesundheitsthemen auf der Suchergebnisseite der Verfügungsbeklagten exklusiv zusammenarbeiten zu wollen. Das Ziel der Kooperation wurde seitens des früheren Bundesgesundheitsministers *Jens Spahn* in der Pressemitteilung wie folgt zum Ausdruck gebracht:

„Wer Gesundheit googelt, soll auf unserem Portal des Bundes landen und dort die Informationen finden, die er braucht. Gesund.bund.de soll die zentrale Anlaufstelle werden für verlässliche Gesundheitsinformationen im Internet. Was liegt da näher, als direkt mit Deutschlands populärste[r] Suchmaschine zusammenzuarbeiten, nämlich mit Google. Dort werden künftig bei einer medizinischen Stichwortsuche Antworten des [NGPs] in einem prominenten, hervorgehobenen Infokasten präsentiert. [...] Ich bin sicher, die Zusammenarbeit mit Google bedeutet für das [NGP] einen enormen Bekanntheitsschub und diese Zusammenarbeit wird dafür sorgen, dass das Portal zu einem der wichtigsten Anlaufpunkte für Bürgerinnen und Bürger im Netz für Gesundheitsinformationen werden kann. (...)“

Ferner gab er an:

„Wenn wir ein Interesse daran haben, objektive, fundierte, evidenzbasierte Informationen rüberzubringen, dann bringt es mir nichts, wenn wir bei Google an Stelle 783.000 auftauchen.“⁵⁰

Diese Kooperation war durch die Merkmale der Ausschließlichkeit und der Dauerhaftigkeit geprägt. Lediglich ergänzt sei, dass der Probetrieb seit 1. September 2020 nicht zufriedenstellend verlaufen war, jedenfalls war der erhoffte „Besucheransturm“ ausgeblieben.⁵¹

Nach Auffassung des LG München I handelte es sich bei der streitgegenständlichen Vereinbarung zwar nicht um eine bezweckte, wohl aber um eine *bewirkte Wettbewerbsbeschränkung* auf dem Markt für Gesundheitsinformationen im Internet.⁵² Konkret führe diese Vereinbarung zu einer spürbaren Einschränkung des Wettbewerbs auf dem Markt für Anbieter von Gesundheitsinformationen.

Für die Ermittlung der objektiven Folgen sei der Wirkungszusammenhang zwischen der Vereinbarung und der aktuellen Wettbewerbssituation zu untersuchen.

49 LG München I, Ur. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, WuW 2021, 191 (193), s. ferner BGH, Beschl. v. 9.3.1999 – KVR 20/97, WuW/E DE-R 289 (293) = WUW0199534 – Lottospielgemeinschaft.

50 Zitate jeweils nach LG München I v. 10.2.2021 – 37 O 15721/20, juris Rn. 15 ff. = GRUR-RS 2021, 1338.

51 Th. Höppner, NZKart 2021, 207.

52 LG München I, Ur. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, WuW 2021, 191 (193).

Die Vereinbarung muss zumindest hypothetisch kausal für die herrschende Wettbewerbssituation sein. Nach ständiger Rechtsprechung sei eine kontrafaktische Analyse vorzunehmen, d.h. eine Gegenüberstellung der aktuellen Wettbewerbssituation mit der hypothetischen Situation, die herrschen würde, wenn die Vereinbarung nicht durchgeführt worden wäre. Dabei seien nicht nur die tatsächlichen, sondern auch die potentiellen Auswirkungen auf den Wettbewerb zu berücksichtigen, zumindest in Situationen, in denen eine Vereinbarung noch gar nicht praktiziert wurde, und solchen, in denen eine Vereinbarung zwar schon praktiziert wurde, die Wirkungen, deren Eintritt sehr wahrscheinlich ist, aber noch nicht feststellbar sind. Dies trägt dem präventiven Charakter des Kartellverbots Rechnung.

Im vorliegenden Fall durfte das Landgericht München I davon ausgehen, dass die Nutzer ihren Weg zu den Gesundheitsportalen zu 88–90 % über eine Google-Suche finden. Daher seien die Betreiber von Gesundheitsportalen in besonderem Maße davon abhängig, auf der Suchergebnisseite von Google eine gute Sichtbarkeit zu erzielen, um von den Nutzern angesteuert zu werden und so einen Nutzertraffic zu erzeugen, den sie wiederum mit dem Abschluss von Werbeverträgen monetarisieren können. Die Portalbetreiber hätten bisher die Möglichkeit gehabt, mit Wettbewerbsmitteln, nämlich entweder durch die Erstellung besonders relevanter Inhalte und weiterer Optimierungsmaßnahmen in Bezug auf das Ranking in den generischen Suchergebnissen, oder – jedenfalls theoretisch – durch den Kauf von Anzeigenplätzen ganz oben auf der Suchergebnisseite zu landen. Nunmehr aber sei die „Poleposition“ dem Wettbewerb entzogen, weil an prominenter Stelle neben bzw. vor den generischen Suchergebnissen die allein den Inhalten des NGP vorbehaltene Infobox ständen, zu der die Wettbewerber des BMG auf dem Markt für Gesundheitsportale auf absehbare Zeit keinen Zugang hätten.⁵³ Somit werde ein zentrales Marketinginstrument dem Wettbewerb entzogen und dem Bundesgesundheitsministerium durch eine festgelegte „Poleposition“ ein nicht anderweitig ausgleichbarer Wettbewerbsvorteil gewährt.⁵⁴

Eine *Rechtfertigung* nach Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. § 1 GWB kam vorliegend nicht in Betracht, da die erforderlichen Effizienzvorteile nicht vorlagen. Qualitative Effizienzgewinne, etwa wegen einer Verringerung des Suchaufwands für die Nutzer oder einer Verbesserung der Gesundheitsaufklärung der Bevölkerung durch die Infoboxen, waren nicht ersichtlich. Nach Ansicht der Münchener Richter stellt die Steigerung der Attraktivität des Produkts eines einzelnen Marktteilnehmers keine Steigerung der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt dar. Denn die attraktive Gestaltung des Produkts eines einzelnen Anbieters für die Verbraucher könne auch nicht die Nachteile aufwiegen, die hier durch die Wettbewerbsbeschränkung für sämtliche andere Marktteilnehmer entstehen. Dies gelte vor allem dann, wenn – wie vorliegend – ein marktbeherrschendes Unternehmen als „Gatekeeper“ auf dem vorgelagerten Suchmaschinenmarkt zum Nachteil der von ihm abhängigen privaten Mitbewerber dem steuerfinanzierten Angebot des Staates dauerhaft eine

53 LG München I, Urt. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, WuW 2021, 191 (194).

54 LG München I, Urt. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, WuW 2021, 191 (194).

„Poleposition“ im Kampf um die Aufmerksamkeit der Nutzer vermittele, um die Attraktivität bzw. Visibilität ihrer jeweils eigenen Produkte aufzubessern. Hier griffen zwei Akteure in den relevanten Markt ein, die selbst ein geringes wirtschaftliches Risiko eingingen. Sie erschwerten den bereits vorhandenen Marktteilnehmern den Zugang zu ihren Nutzern, was bei dem speziell betroffenen Markt auch noch einen Eingriff in die Medien- und Meinungsvielfalt mit sich bringe.

Dieser Entscheidung ist im Ergebnis wie in der Begründung zuzustimmen; der Bund hat dies anerkannt und auf Rechtsmittel verzichtet.⁵⁵ Sie verdeutlicht, dass die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe durch den Staat – sogar wenn es sich dabei um eine so bedeutsame Aufgabe wie die Erteilung von Informationen im Gesundheitsbereich handelt – nicht vom Kartellrecht ausgenommen ist. Die Höfner und Elser-Doktrin des EuGH und der sog. hypothetische Wettbewerbstest entfalten also weiterhin ihre nützliche Wirkung.

3.3. Das Kartellrecht und die liebe Eisenbahn – Verstöße gegen die Missbrauchsverbote (Art. 102 AEUV, §§ 19 ff. GWB) im Verkehrssektor

Das Kartellrecht verbietet marktbeherrschenden Unternehmen missbräuchliches Verhalten (Art. 102 AEUV, §§ 19 ff. GWB). Marktbeherrschung liegt vor, wenn man sich als Unternehmen gegenüber den anderen Marktakteuren gegenüber im Wesentlichen unabhängig verhalten kann. Dafür genügt regelmäßig ein Marktanteil von 40 bis 50 % auf dem relevanten sachlichen und geographischen Markt. Besondere Formen der Marktbeherrschung können bei wesentlichen Einrichtungen (engl. essential facilities) vorliegen. Das ist namentlich bei Infrastrukturunternehmen der Fall, also bei netzgebundenen Industrien im Bereich der Daseinsvorsorge. Im Berichtszeitraum sind vor allem Sachverhalte vor die Gerichte gebracht worden, in denen die Bahninfrastruktur bzw. die eisenbahnrechtliche Regulierung betroffen war. Darauf sollen sich die folgenden Überlegungen *pars pro toto* konzentrieren.

3.3.1. Wesentliche Infrastruktureinrichtungen im Sinne des Art. 102 AEUV

Besonders einprägsam im Hinblick auf die Lehre von den (verkehrs)wesentlichen Einrichtungen ist der vom EuG entschiedene Fall zum Gleisabbau in Litauen.⁵⁶ Dem lag folgender Sachverhalt⁵⁷ zugrunde: Die staatliche litauische Eisenbahngesellschaft Lietuvos geležinkeliai AB (im Folgenden: LG) verfügte über ein gesetzliches Monopol zum Betrieb der Schieneninfrastruktur in Litauen. Die Orlen Lietuva AB (im Folgenden: OL) betrieb eine Erdölraffinerie in Litauen, in der Nähe der Grenze zu Lettland. Der überwiegende Teil ihrer Produktion wurde von LG über ihr Schienennetz zum litauischen Seehafen Klaipėda befördert. Im Jahr

55 Th. Höppner, NZKart 2021, 207.

56 EuG, Urt. v. 18.11.2020 – T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545 = NZKart 2020, 674 – Lietuvos geležinkeliai AB/Kommission (= Gleisabbau in Litauen).

57 Die Wiedergabe folgt der Zusammenfassung des Sachverhalts in NZKart 2020, 674.

2008 erwog OL, auf lettische Seehäfen umzusteigen, und dafür die Dienste des lettischen Eisenbahnunternehmens LDZ für den Schienentransport über eine 34 km lange Gleisstrecke von der Raffinerie in Litauen bis zur lettischen Grenze zu nutzen. LG legte daraufhin eine 19 km lange Teilstrecke (die im Urteil als „Track“ bezeichnet wird) wegen angeblicher Verformung still und baute sie vollständig ab. Ein Transport zu den lettischen Seehäfen war deshalb nur unter Inkaufnahme langer Umwege möglich. Die Kommission stellte einen Verstoß von LG gegen Art. 102 AEUV fest und verhängte eine Geldbuße von über EUR 27 Mio. Das EuG reduzierte die Geldbuße zwar auf knapp über 20 Mio. Euro, folgte der Kommission aber im Übrigen bei der rechtlichen Bewertung des Falles. Ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV habe vorgelegen. Durch die Beseitigung des Gleises sei der Wettbewerb auf dem Markt für die Erbringung von Eisenbahntransportleistungen für Erdölzeugnisse zwischen der Raffinerie und den Seehäfen Klaipėda, Riga und Ventspils ausgeschlossen worden.

LG war der Auffassung, dass es sich bei dem beanstandeten Verhalten um eine neuartige Kategorie des Missbrauchs gehandelt habe und dass ihr die Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens nicht bekannt gewesen sei. Tatsächlich aber hat es einen vergleichbaren Fall des Rückbaus von Verkehrsinfrastruktur in der Rechtsprechung des EuGH zu essential facilities bislang nicht gegeben. LG meinte zudem, sie sei nicht verpflichtet gewesen, in eine Infrastruktur zu investieren, die weder wesentlich noch unerlässlich ist, bloß um einen Wettbewerber in die Lage zu versetzen, mit ihr in Wettbewerb zu treten.

Das EuG widersprach diesem Vorbringen von LG.⁵⁸ Die Kommission habe LG als Unternehmen in beherrschender Stellung nicht dazu verpflichtet, einen Wettbewerber zu subventionieren, um dessen Markteintrittsrisiken zu verringern.⁵⁹ Vielmehr habe LG durch die überstürzte Beseitigung des Gleises, ohne die erforderlichen Mittel zu beschaffen und ohne die üblichen vorbereitenden Schritte für den Wiederaufbau zu unternehmen, ein missbräuchliches Verhalten an den Tag gelegt. Das missbräuchliche Verhalten habe darin bestanden, auf andere Methoden zurückzugreifen als diejenigen, die den normalen Wettbewerb bedingen.⁶⁰

Im Zusammenhang mit der Frage des Verschuldens von LG stellte das EuG außerdem klar, dass das Fehlen von Präzedenzfällen eine Ahndung des Verstoßes gegen Art. 102 AEUV mit einer Geldbuße nicht hindere.⁶¹ Ein umsichtiger Wirtschaftsteilnehmer könne keinen Zweifel daran haben, dass dem Besitz großer Marktanteile eine erhebliche Bedeutung zukomme, die er in Bezug auf sein mögliches

58 EuG, Urt. v. 18.11.2020 – T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545 Rn. 339 = NZKart 2020, 674 – Lietuvos geležinkeliai AB/Kommission (= Gleisabbau in Litauen).

59 EuG, Urt. v. 18.11.2020 – T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545 Rn. 339 = NZKart 2020, 674 – Lietuvos geležinkeliai AB/Kommission (= Gleisabbau in Litauen).

60 EuG, Urt. v. 18.11.2020 – T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545 Rn. 339 = NZKart 2020, 674 – Lietuvos geležinkeliai AB/Kommission (= Gleisabbau in Litauen).

61 EuG, Urt. v. 18.11.2020 – T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545 Rn. 340 = NZKart 2020, 674 – Lietuvos geležinkeliai AB/Kommission (= Gleisabbau in Litauen). Ggf. fällt die Geldbuße geringer aus oder beschränkt sich auf eine rein symbolische Geldbuße.

Verhalten auf dem Markt zwangsläufig berücksichtigen müsse.⁶² Damit ist die sog. Verantwortung für den Restwettbewerb angesprochen, welche marktbeherrschenden Unternehmen nach ständiger Rechtsprechung des EuGH zukommt.⁶³ Demnach konnte LG als etablierter Eisenbahnbetreiber und Betreiber der einzigen in Litauen bestehenden Infrastruktur für die Erbringung von Schienengüterverkehrsdiensten nicht in Unkenntnis darüber sein, dass sie auf den relevanten Märkten eine beherrschende Stellung innehatte. LG hätte ferner klar sein müssen, dass die der Gleisabbau zu schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkungen führen konnte, insbesondere in Anbetracht ihrer rechtlichen oder faktischen Monopolstellung auf den relevanten Märkten. Letztlich wird die Handlungsfreiheit von Monopolunternehmen durch das Kartellrecht erheblich reduziert. Das gilt gerade auch für Monopolunternehmen aus dem Bereich der Verkehrsinfrastruktur, die über eine von Dritten nicht duplizierbare wesentliche Einrichtung verfügen. Da Art. 102 AEUV keine besonders hohen Anforderungen an die Erfüllung der Zwischenstaatlichkeitsklausel stellt,⁶⁴ ergeben sich hieraus gewisse Haftungsgefahren für die Eigentümer von Infrastruktureinrichtungen.

3.3.2. Die kartellrechtliche Überprüfung von Trassen-, Stations- und Stornierungsentgelten anhand des Missbrauchsverbots in Art. 102 AEUV

Als besonders brisant hat sich in jüngerer Zeit das Verhältnis zwischen der eisenbahnrechtlichen Entgeltregulierung und dem Missbrauchsverbot des Unionskartellrechts in Art. 102 AEUV erwiesen. Die Deutsche Bahn und ihre Tochterunternehmen erheben von privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen Entgelte u.a. für die Benutzung von Strecken und Bahnhöfen, die sog. Trassen- und Stationsentgelte. Daneben werden ggf. auch sog. Stornierungsentgelte fällig, wenn bestellte und bereits zugewiesene Trassen von den privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen storniert werden.⁶⁵

Sofern derartige Entgelte überhöht erscheinen, könnte die Lösung des Problems im Zivilrecht, namentlich in der Billigkeitskorrektur durch die Zivilgerichte gemäß § 315 Abs. 3 BGB oder im Bereicherungsrecht gemäß §§ 812, 818 BGB (im

62 EuG, Urt. v. 18.11.2020 – T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545 Rn. 346 = NZKart 2020, 674 – Lietuvos geležinkeliai AB/Kommission (= Gleisabbau in Litauen).

63 Grundlegend EuGH, Urt. v. 13.2.1979 – Rs. 85/76, Slg. 1979, 461 = EU:C:1979:36 Rn. 91, 133 – Hoffmann-La Roche/Kommission.

64 Im Ausgangsfall war ein grenzüberschreitender Bezug gegeben. Ein solcher ist aber – anders als bei den EU-Grundfreiheiten – nicht zwingend erforderlich. Es würde z.B. auch die Abschottung eines Mitgliedstaats vor Wettbewerb genügen. Zudem kann ausreichend sein, wenn lediglich bestimmte Regionen innerhalb der Mitgliedstaaten betroffen sind. Schließlich wird der kartellrechtlich relevante Markt bei Flug- und Seehäfen von verkehrswesentlicher Bedeutung auf eben diese Orte beschränkt. Die Zwischenstaatlichkeitsklausel ist in der Praxis jedenfalls keine unüberwindliche Hürde für die Anwendung des Art. 102 AEUV.

65 Es handelt sich dabei um Pauschalbeträge zuzüglich eines prozentualen Anteils des bei der Nutzung zu entrichtenden Trassenpreises, s. BGH, Urt. v. 8.12.2020 – KZR 60/16, WuW 2021, 365 – Stornierungsentgelt II.

Fall der Rückforderung von Überzahlungen) zu suchen sein. Der EuGH hat allerdings die Billigkeitskorrektur nach § 315 Abs. 3 BGB als von der Richtlinie 2001/14/EG⁶⁶ gesperrt angesehen.⁶⁷ Damit wird der Blick frei auf das Kartellrecht, denn ein etwaiger Verstoß gegen Art. 102 AEUV würde zivilrechtlich zunächst die Nichtigkeit nach § 134 BGB zur Folge haben, darüber hinaus Unterlassungs- bzw. Beseitigungsansprüche gemäß § 33 GWB, Schadensersatzansprüche gemäß § 33a GWB sowie Rückzahlungsansprüche gemäß § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., § 818 Abs. 2 BGB zur Folge haben.

Normhierarchisch betrachtet steht Art. 102 AEUV über der Richtlinie 2001/14/EG, was aus der Sicht des BGH die Anwendung der Norm auf die kartellrechtliche Kontrolle von Nutzungsentgelten im Eisenbahnverkehr rechtfertigt.⁶⁸ Das Kammergericht vertrat jedoch die gegenteilige Ansicht und rief deshalb den EuGH an.⁶⁹ Die Berliner Richter bezweifelten zwar nicht den Geltungsvorrang des Art. 102 AEUV als Norm des Primärrechts gegenüber der sekundärrechtlichen Richtlinie 2001/14/EG; auch die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 102 AEUV steht natürlich außer Frage.⁷⁰ Das Kammergericht war aber der Auffassung, dass sich die vom EuGH gegen die Zulässigkeit einer zivilrechtlichen Billigkeitskontrolle angeführten Argumente ohne wesentliche Einschränkungen auf die kartellrechtliche Überprüfung von Nutzungsentgelten übertragen lassen.⁷¹ Es bestehe insbesondere die Gefahr, dass verschiedene Eisenbahnverkehrsunternehmen für die Inanspruch-

66 Richtlinie 2001/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegkapazität der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABl. EG Nr. L 75, S. 29 v. 15.3.2001.

67 EuGH, Urt. v. 9.11.2017 – Rs. C-489/15, ECLI:EU:C:2017:834 = EuZW 2018, 74 – CTL Logistics GmbH/DB Netz AG. Nach dieser Rechtsprechung stehen die Art. 4 Abs. 5 und deren Art. 30 Abs. 1, 3, 5 und 6, sind dahin auszulegen, dass sie der Anwendung einer nationalen Regelung wie § 315 BGB entgegen, wonach die Weegeentgelte im Eisenbahnverkehr von den ordentlichen Gerichten im Einzelfall auf Billigkeit überprüft und gegebenenfalls unabhängig von der in Art. 30 der Richtlinie 2001/14 vorgesehenen Überwachung durch die Regulierungsstelle abgeändert werden können. Dem folgend BGH, Urt. v. 29.10.2019 – KZR 39/20, NZKart 2020, 198 = WuW 2020, 209 = NJW 2020, 1436 – Trassenentgelte; BGH, Urt. v. 1.9.2020 – KZR 12/15, NZKart 2021, 51 = WuW 2021, 119 – Stationspreissystem II; BGH, Urt. v. 8.12.2020 – KZR 60/16, WuW 2021, 365 – Stornierungsentgelt II.

68 BGH, Urt. v. 29.10.2019 – KZR 39/20, NZKart 2020, 198 = WuW 2020, 209 = NJW 2020, 1436 – Trassenentgelte; s. auch die Folgerechtsprechung OLG Frankfurt, Urt. v. 15.9.2020 – 11 U 128/14 (Kart), NZKart 2021, 56 – Regionalfaktor im Eisenbahn-Trassenentgelt BGH, Urt. v. 5.4.2022 – KZR 84/20, NZKart 2022, 413 – Regionalfaktoren II. OLG Dresden, Urt. v. 18.1.2021 – U 8/15 Kart, NZKart 2021, 191 – Trassenentgelte.

69 KG, Beschl. v. 10.12.2020 – Az. 2 U 4/12, NZKart 2021, 54 = WuW 2021, 178 – Stationspreise; nachfolgend EuGH, Urt. v. 27.10.2022 – Rs. C-721/20, ECLI:EU:C:2022:832 = NZKart 2022, 637.

70 KG, Beschl. v. 10.12.2020 – Az. 2 U 4/12, NZKart 2021, 54 Rn. 30 = WuW 2021, 178 – Stationspreise.

71 KG, Beschl. v. 10.12.2020 – Az. 2 U 4/12, NZKart 2021, 54 Rn. 29 = WuW 2021, 178 – Stationspreise.

nahme gleicher Leistungen unterschiedliche Entgelte entrichten müssten, wenn unterschiedliche Zivilgerichte zur Entscheidung berufen wären – und dies alles unabhängig von der behördlichen Überwachung durch die zuständige Regulierungsbehörde. Dadurch würde zugleich das Ziel der Richtlinie, einen diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur und damit einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten, gefährdet.⁷² Diese Argumente sind durchaus tragfähig. Es wäre auch nicht das erste Mal, dass in der Rechtsprechung des EuGH Sekundärrecht nach dem Spezialitätsgrundsatz vor dem Primärrecht zur Anwendung käme.⁷³ Der EuGH hat z.B. in der Rs. Rüffert bei Tariftreueerklärungen das einschlägige Sekundärrecht der damals gültigen Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie gemäß den Vorgaben des primären Unionsrechts der Grundfreiheiten (Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit) ausgelegt.⁷⁴ Dass Art. 102 AEUV im vorliegenden Fall trotz seiner normhierarchisch betrachteten höheren Stellung – wie § 315 BGB – gesperrt sein und für die Lösung des Problems keinerlei Rolle spielen wird, erscheint allerdings fernliegend. Es entspricht der obigen Prämisse Nr. 7 und dem universalen Geltungsanspruch der Wettbewerbsregeln, dass die Vorschrift auch auf die Entgeltkontrolle im Eisenbahnsektor Anwendung findet.

Das Verhältnis zwischen Regulierungsrecht und Kartellrecht musste letztlich auf höchster Ebene vom EuGH geklärt werden. Dies betrifft sowohl das materielle Recht einschließlich der Fragen der Normenhierarchie bzw. Spezialität als auch die Ebene der verschiedenen behördlichen Zuständigkeiten (Kommission bzw. Bundeskartellamt versus Bundesnetzagentur). Mit Urteil vom 27. Oktober 2022 hat der EuGH⁷⁵ entschieden, dass die nationalen Gerichte bei der Entscheidung über eine Klage auf Rückzahlung von Infrastrukturentgelten nicht daran gehindert sind, Art. 102 AEUV und das einzelstaatliche Kartellrecht gleichzeitig anzuwenden, sofern die zuständige Regulierungsstelle vorher über die Rechtmäßigkeit der betreffenden Entgelte entschieden hat. Insoweit seien die nationalen Gerichte allerdings zur loyalen Zusammenarbeit verpflichtet. Sie müssten bei ihrer Würdigung die Entscheidungen der zuständigen Regulierungsstelle berücksichtigen und sich bei der Begründung ihrer eigenen Entscheidungen mit dem gesamten Inhalt der ihnen vorgelegten Akten auseinandersetzen. Art. 102 AEUV greift relativ „niedrigschwellig“ ein: Ein Preishöhenmissbrauch muss im konkreten Einzelfall nicht festgestellt werden, sondern es reicht die Feststellung aus, dass das streitgegenständliche Preissetzungsverhalten „eine wettbewerbswidrige Wirkung auf dem nachgelagerten Markt erkennen lässt“.⁷⁶ Dafür genügt der Nachweis einer poten-

72 KG, Beschl. v. 10.12.2020 – Az. 2 U 4/12, NZKart 2021, 54 Rn. 29 = WuW 2021, 178 – Stationspreise.

73 S. zum Problem der Spezialität des Regulierungsrechts demnächst J. Ante, Die kartellrechtliche Kontrolle von Energienetzentgelten, Diss. Tübingen 2021, B. IV. 3.

74 EuGH v. 3.4.2008 – Rs. C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 = Slg. 2008, 1989 = EuZW 2008, 306 – Dirk Rüffert/Land Niedersachsen.

75 EuGH, Ur. v. 27.10.2022 – Rs. C-721/20, ECLI:EU:C:2022832 = NZKart 2022, 637 – DB Station & Service, Leitsatz.

76 BGH, Ur. v. 8.12.2020 – KZR 60/16, WuW 2021, 365 Rn. 37 – Stornierungsentgelt II; OLG Frankfurt, Ur. v. 15.9.2020 – 11 U 128/14 (Kart), NZKart 2021, 56 Rn. 143 –

tiell wettbewerbswidrigen Wirkung, durch die zumindest ebenso effiziente Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen verdrängt werden.⁷⁷ Bei Trassen- und Stationsentgelten reicht für den Verstoß gegen Art. 102 AEUV bereits die Schaffung eines komplexen und intransparenten und damit unfairen Vergütungssystems⁷⁸ bzw. der sprunghafte Anstieg der Entgelte (als Indiz für einen solchen Missbrauch)⁷⁹. Der BGH zieht in diesem Zusammenhang auch eine Parallele zur Richtlinie 2001/14/EG, wenn er darlegt, dass dem Verbot des so umschriebenen Preisstrukturmissbrauchs die sektorspezifischen Vorgaben der Richtlinie 2001/14/EG entsprechen.⁸⁰ Damit sind die Vorgaben der Nichtdiskriminierung und der Widerspruchsfreiheit für die Festlegung von Entgelten durch den Normadressaten angesprochen.

Man kann allerdings nicht behaupten, dass die Anwendung des unionskartellrechtlichen Missbrauchsverbots auf den regulierten, netzgebundenen Verkehrssektor alle Probleme einer einfachen und klaren Lösung zuführen könnte. Die kartellrechtliche Preiskontrolle steht vor enormen methodischen Schwierigkeiten (scil. „Anmaßung von Wissen“ i.S. der Grundsatzkritik von Hayeks⁸¹)⁸², zumal bei der Kontrolle von Monopolpreisen, wo es an Wettbewerb grundsätzlich fehlt. Letzt-

Regionalfaktor im Eisenbahn-Trassenentgelt stellt klar, dass eine Preisdiskriminierung nicht per se aus wettbewerbsrechtlicher Sicht problematisch sei, „sondern nur dann, wenn sie gegenwärtig oder potentiell eine wettbewerbschädigende Wirkung hat“. Insoweit wird in den Urteilsgründen auf die Schlussanträge des Generalanwalts Wahl v. 20.12.2017 in der Rechtssache C-525/16, ECLI:EU:C:2017:1020 Rn. 61 ff. – MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA gegen Autoridade da Concorrência verwiesen; s. ferner EuGH, Urt. v. 15.3.2007 – Rs. C-95/04, ECLI:EU:C:2007:166 = Slg. 2007, I-166 Rn. 145 – British Airways/Kommission: „(...) In einer solchen Situation kann nicht verlangt werden, dass zusätzlich der Beweis einer tatsächlichen, quantifizierbaren Verschlechterung der Wettbewerbsstellung einzelner Handelspartner erbracht wird.“

77 BGH, Urt. v. 8.12.2020 – KZR 60/16, WuW 2021, 365 Rn. 37 – Stornierungsentgelt II; EuGH, Urt. v. 15.3.2007 – Rs. C-95/04, ECLI:EU:C:2007:166 = Slg. 2007, I-166 Rn. 144 – British Airways/Kommission.

78 BGH, Urt. v. 1.9.2020 – KZR 12/15, NZKart 2021, 51 Rn. 63 f. = WuW 2021, 119 – Stationspreissystem II.

79 BGH, Urt. v. 8.12.2020 – KZR 60/16, WuW 2021, 365 Rn. 24 – Stornierungsentgelt II legt dar, dass „eine sprunghafte Preissteigerung von einigem Gewicht ein bedeutsames Indiz für die missbräuchliche Ausnutzung von Handlungsspielräumen des marktbeherrschenden Unternehmens darstellen [kann], die durch den Wettbewerb nicht hinreichend kontrolliert sind“.

80 BGH, Urt. v. 1.9.2020 – KZR 12/15, NZKart 2021, 51 Rn. 64 = WuW 2021, 119 – Stationspreissystem II.

81 F. A. v. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, S. 304 (313 f.).

82 Hayeks Schüler Jochen Röpke (1938 – 2020), ein Marburger Ökonom, hat dazu vor Jahrzehnten zutreffend ausgeführt, die Vertreter des Als-ob-Konzepts glauben, „ein hochkomplexes Wettbewerbssystem so steuern zu können, als ob es weniger komplex wäre, als ob sie jene Informationen bereits besäße(n), welche erst durch normativ geregelten Wettbewerb unvorusschaubar geschaffen werden“, s. J. Röpke, Eine Wettbewerbspolitik des „Als-ob“ führt zu behördlicher Willkür, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 26.2.1974, S. 14.

der EuGH auf Vorlage des OLG Düsseldorf demnächst für Klarheit bezüglich des Verhältnisses des Kartellrechts zum Datenschutzrecht und dem richtigen Umgang mit „Datenmacht“ zu sorgen haben.⁸⁸ Das ist wahrlich keine leichte Aufgabe.

4. Fazit

Die richtige Einordnung des Verhaltens staatlicher Akteure und öffentlicher Unternehmen ist eine hohe Kunst, denn der Grat zwischen einer hoheitlich einzuordnenden Tätigkeit und einem unternehmerischen Handeln, das vom Kartellrecht erfasst wird, ist mitunter schmal. Die Bestimmung des Verhältnisses des Regulierungsrechts in den Sektoren der Daseinsvorsorge zum Kartellrecht ist ebenso spannend wie stets aktuell. Es ist daher eine Daueraufgabe der Rechtsprechung und der Wissenschaft, zur Klärung dieses Verhältnisses beizutragen.

Literaturverzeichnis

- Ante, Johann, Die kartellrechtliche Kontrolle von Energienetzentgelten, Diss. Tübingen 2021 (im Erscheinen).
- Callies, Ralf/Ruffert, Christian, EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage, München 2016.
- Czettritz, Peter von, Urt. v. 10.2.2021 – 37 O 15721/20, PharmR 2021, 364, PharmR 2021, 374 f.
- Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Werkstand: 99. EL März/April 2021.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin, Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 72. EL Februar 2021.
- Hayek, Friedrich August von, Die Verfassung der Freiheit, 4. Auflage, Tübingen 2005 (hrsg. von Alfred Bosch und Reinhold Veit).
- Höppner, Thomas, Wer Gesundheit googelt, soll beim Gesundheitsminister landen? NetDoktor vs. Bund & Google, NZKart 2021, 207.
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage, Band 1: EU. Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, München 2019 ff. (hrsg. von Torsten Körber, Heike Schweitzer und Daniel Zimmer).
- Kendziur, Daniel, Anmerkung zu LG München I, Urt. v. 10.2.2021 – 37 O 15721/20, 37 O 15720/20, GRUR-RS 2021, 1338 und GRUR-RS 2021, 1339, GRUR-Prax 2021, 123.
- Kling, Michael/Dally, Christoph, Staatliches Handeln und Kartellrecht, ZWeR 2014, S. 3–31.
- Kling, Michael, Hoheitliche versus wirtschaftliche Betätigung des Staates – Zur Anwendbarkeit des Kartellrechts auf staatliches Handeln –, NZKart 2017, S. 611–618.
- ders., Kartellrechtliche Aspekte der Koordination des Marktverhaltens öffentlicher Auftraggeber, in: Schriftenreihe des forum vergabe e.V., Jahrbuch 2019, Bd. 66, Berlin 2020, S. 141–154.
- ders., Die Bedeutung des Kartellrechts für das modernisierte Vergaberecht, in: Festschrift für Gerhard Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2020, S. 948–963.

88 OLG Düsseldorf, 1. Kartellsenat, (Vorlage-)Beschluss v. 24.3.2021 – Kart 2/19 (V), NZKart 2021, 306 – Facebook Datenschutzvorlage.

- ders., Staatliches Handeln, Daseinsvorsorge und Kartellrecht, Monographie, Schriftenreihe des Forschungsinstitutes für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (FIW) e.V., Bd. 248, Köln 2014.
- ders., Vergaberecht und Kartellrecht: Eine Analyse der Entscheidungspraxis im Zeitraum 2015 – 2018, NZBau 2018, 715–722.
- ders., Die Rechtskontrolle von Netzentgelten im Energiesektor, Tübingen 2013.
- Lange, Knut Werner, Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff und staatliches Wirtschaftshandeln in Europa, WuW 2002, 953–961.
- Lichtenberg, Tim, Googles Knowledge Panels nach der 10. GWB-Novelle, NZKart 2021, 286–290.
- Loewenheim, Ulrich/Meessen, Karl/Riesenkampff, Alexander/Kersting, Christian/Meyer-Lindemann, Hans-Jürgen, Kartellrecht: Kommentar zum Deutschen und Europäischen Recht, 4. Auflage, München 2020.
- Lorenz, Luisa, Knowledge-Panels: Exklusive staatliche Google-Gesundheits-Infoboxen als wettbewerbskonformes Mittel gegen Desinformation?, jurisPR-ITR 7/2021 Anm. 6.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/Schweitzer, Heike, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München 2014.
- Möschel, Wernhard, Geistige Umnachtung im Kartellrecht, FAZ Nr. 39 v. 15.2.2007, S. 12.
- Möschel, Wernhard, Kartellrecht in Deutschland seit Stein-Hardenberg – Eine Reminiszenz, NZKart 2014, 42–47.
- Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), 3. Auflage, Band 1: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2020.
- Rittner, Fritz, Die Ausschließlichkeitsbindungen nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, DB 1957, 1091–1095 und 1118–1123.
- Röpke, Jochen, Eine Wettbewerbspolitik des „Als-ob“ führt zu behördlicher Willkür, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 26.2.1974, S. 14.
- Rössel, Markus, Anmerkung zu Landgericht München I, Urt. v. 10.2.2021 – 37 O 15720/20, IRTB 2021, 83–85.
- Roth, Wulf-Henning, Zum Unternehmensbegriff im europäischen Kartellrecht, in: Festschrift für Bechtold, München 2006, S. 393–408.
- Wagner, Christian, Jäher Fall ins Wettbewerbsrecht, NZKart 2021, 411–413.
- Weiß, Carsten, Der Unternehmensbegriff im europäischen und deutschen Kartellrecht, Baden-Baden 2012.
- Wiedemann, Gerhard, Handbuch des Kartellrechts, 4. Auflage, München 2020.
- Wimmer, Norbert/Nawrath, Katharina, Anmerkung zu einer Entscheidung des LG München I, Urteil vom 10.2.2021 – 37 O 15720/20 – Zur kartellrechtswidrigen Kooperation des Bundesgesundheitsministeriums mit Google beim Gesundheitsportal des Bundes, MMR 2021, 435–437.

