

Betätigung von Kommunen – Aktuelle Entwicklungen im Gemeindegewirtschaftsrecht, Die Gemeinde SH 2003, 290; *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997; *Schmahl*, Umfang und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden in Brandenburg, LKV 2000, 47; *Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann/Hopfauf* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl. 2011; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, 1982; *Schneider*, Öffentlich-rechtliche Marktzutrittsverbote im Vergaberecht, NZBau 2009, 352; *Scholz/Pitschas*, Gemeindegewirtschaft zwischen Verwaltungs- und Unternehmensstruktur, 1982; *Shirvani*, Public Private Partnership und die Subsidiaritätsprüfung bei öffentlichen Unternehmensbeteiligungen, DÖV 2011, 865; *Sollondz*, Neues kommunales Unternehmensrecht im Freistaat Sachsen, LKV 2003, 297; *SPD-Landtagsfraktion NRW* (Hrsg.), Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, 1997; *Sponer u. a.* (Hrsg.), Kommunalverfassungsrecht Sachsen, Loseblatt Stand 2011, zit. *Autor* in *Sponer u. a.*, Gemeindeordnung für Sachsen; *Steckert*, Kommunalwirtschaft im Wettbewerb, 2002; *Stehlin/Grabolle*, Spielräume gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, VBlBW 2007, 41; *Stern/Püttner*, Die Gemeindegewirtschaft Recht und Realität, 1965; *Stiel*, „Bestandsschutz“ für kommunale Unternehmen – was heißt das?, NWVBl. 2009, 46; *Teuteberg*, Daseinsvorsorge durch, nicht für kommunale Unternehmen, LKV 2008, 150; *Uhlenhut*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden außerhalb ihres Gebietes, 2004; *Ullmann*, Das Koordinatensystem des Rechts des unlauteren Wettbewerbs im Spannungsfeld von Europa und Deutschland, GRUR 2003, 817; *Vieweg/Haarmann* (Hrsg.), Beiträge zum Wirtschafts-, Europa- und Technikrecht, Festgabe für Rudolf Lukes, Köln u. a. 2000; *Vogelsang/Lübking/Ulbrich*, Kommunale Selbstverwaltung, 3. Aufl. 2005; *Wachsmuth u. a.* (Hrsg.), Thüringer Kommunalrecht, Loseblatt Stand 2010; *Wieland/Hellermann*, Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen gegenüber Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung im nationalen und europäischen Recht, 1995; *Wilke/Schachel*, Probleme fiskalischer Betätigung der öffentlichen Hand, WiVerw 1978, 95; *Wixforth*, Die gemeindliche Finanzhoheit und ihre Grenzen, 1964; *Wohlfarth*, Kommunalrecht für das Saarland, 3. Aufl. 2003; *Wolff*, Verfassungs- und europarechtliche Fragen der wirtschaftlichen Betätigung deutscher Kommunen im Ausland, DÖV 2011, 721; *Wurzel/Schraml/Becker*, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2. Aufl. 2010; *Ziekow* (Hrsg.), Wirtschaft und Verwaltung vor den Herausforderungen der Zukunft, 2000.

A. Überblick

Die Gemeindeordnungen aller Bundesländer statuieren **Zulässigkeitsvoraussetzungen** für die wirtschaftliche Betätigung von Kommunen. 1

Baden-Württemberg: § 102 GemO BW; Bayern: Art. 87 BayGO; Brandenburg: § 91 BbgKVerf; Hessen: § 121 HGO; Mecklenburg-Vorpommern: § 68 KV MV; Niedersachsen: § 108 NGO – mit Wirkung zum 1.11.2011: § 136 NKomVG; Nordrhein-Westfalen: §§ 107, 107a GO NW; Rheinland-Pfalz: § 85 GemO Rh.-Pf.; Saarland: § 108 KSVG; Sachsen: § 97 SächsGemO; Sachsen-Anhalt: § 116 GO LSA; Schleswig-Holstein: § 101 GO Schl.-Holst.; Thüringen: § 71 ThürKO.

Die *Struktur* dieser Tatbestände ist im Wesentlichen ähnlich. Sie geht auf die Bestimmungen des § 67 der Deutschen Gemeindeordnung (DGO) vom 30.1.1935 zurück. Gleichwohl variieren die Zulässigkeitsstatbestände in den Gemeindeordnungen der einzelnen Bundesländer mittlerweile beträchtlich. Die Landesgesetzgeber sind in jüngerer und jüngster Zeit zum Teil diametral entgegengesetzte Wege bei der Bestimmung

der Grenzen und Rahmenbedingungen kommunaler wirtschaftlicher Betätigung gegangen. Sie reagierten damit auf kontroverse Forderungen der (vor allem größeren) Kommunen und ihrer Verbände einerseits, der Privatwirtschaft andererseits.

I. Schrankentrias der Deutschen Gemeindeordnung

- 2 Zulässigkeit und Grenzen kommunaler Wirtschaftsbetätigung waren bereits in der **Weimarer Republik** Gegenstand intensiver **politischer und rechtlicher Auseinandersetzungen**¹. Rechtliche Regelungen existierten in den Gemeindeverfassungen seinerzeit nicht. Die fortgeltenden Städteordnungen des 19. Jahrhunderts enthielten keine Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden². In den zwanziger Jahren expandierten die kommunalen Wirtschaftsbetriebe in bislang nicht wahrgenommene Geschäftsfelder, etwa die Bauwirtschaft und die Lebensmittelversorgung. Ursache war zunächst der Ausgleich der Folgelasten des Weltkriegs. Mehr und mehr trat infolge von Veränderungen der finanzwirtschaftlichen Rahmenbedingungen³ jedoch die Funktion der Kommunalwirtschaft in den Vordergrund, mit ihren Beiträgen Deckungslücken in den kommunalen Haushalten auszugleichen⁴. Zum Zwecke der Einnahmeerzielung wurden lukrative neue Geschäftsfelder gesucht und erschlossen⁵.
- 3 An dieser Praxis entzündete sich eine breite Kampagne der Spitzenverbände von Handel, Banken und Industrie, denen die wirtschaftliche Tätigkeit der Kommunen als „kalte Sozialisierung“ erschien⁶. Gegen Ende der Weimarer Republik wurde massiv die Forderung erhoben, im Rahmen einer Reform der Gemeindeordnungen die wirtschaftliche Betätigung der

1 Vgl. zur historischen Entwicklung der Gemeindegewirtschaft den Überblick bei *Otting*, Neues Steuerungsmodell, S. 90 ff. m.w.N.

2 *Berndorff*, Die Grenzen der öffentlichen Unternehmen untersucht anhand der Städteordnungen und des sonst einschlägigen Rechts, S. 13.

3 Zu nennen ist hier als Ausgangspunkt die so genannte Erzbergersche Finanzreform von 1920, die den Gemeinden das bisherige Zuschlagsrecht auf die Einkommensteuer nahm und dies durch einen weniger ergiebigen – und vor allem kommunaler Autonomie entzogenen – Anteil an der Reichseinkommensteuer ersetzte, vgl. *Wixforth*, Die gemeindliche Finanzhoheit und ihre Grenzen, S. 43.

4 Vgl. *Stern/Püttner*, Die Gemeindegewirtschaft Recht und Realität, S. 27.

5 In Berlin etwa waren besonders konfliktträchtig der Gerätehandel der Berliner Gas- und Elektrizitätswerke, die Übernahme des Anschlag- und Reklamewesens durch eine neu gegründete städtische Gesellschaft, die Aktivitäten des städtischen Fuhrparks, vgl. *Büsch*, Geschichte der Berliner Kommunalwirtschaft in der Weimarer Epoche, S. 31–34.

6 Dazu eingehend *Böhret*, Aktionen gegen die „kalte Sozialisierung“ 1926–1930. Ein Beitrag zum Wirken ökonomischer Einflussverbände in der Weimarer Republik, passim, oder auch *Rudolff* in *Mann/Püttner*, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, § 6 Rz. 20.

Kommunen restriktiver zu regeln⁷. Die kommunalen Spitzenverbände setzten dem ihren hartnäckigen Widerstand entgegen; insbesondere in Preußen scheiterten daher bis zum Ende der Republik alle auf eine Einschränkung kommunaler Wirtschaftstätigkeit abzielenden Gesetzentwürfe. Unter dem 15.12.1933 wurden dann schließlich – nach der nationalsozialistischen Machtübernahme⁸ – im neuen preußischen Gemeindeverfassungsgesetz⁹ und im Gemeindefinanzgesetz gesetzliche Bestimmungen über die Gemeindegewirtschaft erlassen, die den Forderungen der Wirtschaftsverbände der Weimarer Republik weitgehend entsprachen. Die Vorschriften des preußischen Gemeindefinanzgesetzes¹⁰ waren dann Grundlage einer neuen reichseinheitlichen Regelung der Zulässigkeitsvoraussetzungen wirtschaftlicher Betätigung in der **Deutschen Gemeindeordnung (DGO)**¹¹.

§ 67 DGO knüpft die Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung an drei Voraussetzungen (**Schrankentrias**), die im Wesentlichen mit den bereits 1933 im preußischen Gemeindefinanzgesetz formulierten Restriktionen übereinstimmen: 4

- Ein öffentlicher Zweck muss das Unternehmen rechtfertigen.
- Das Unternehmen muss in einem angemessenen Umfang zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stehen.
- Der Zweck darf nicht besser oder wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt werden können (sog. Subsidiaritätsklausel oder Funktionssperre).

II. Entwicklung der landesrechtlichen Regelungen nach 1945

Die nach 1945 in den Ländern der Bundesrepublik verabschiedeten **Gemeindeordnungen** orientierten sich hinsichtlich ihrer Regulationsstruktur am Vorbild der §§ 67 ff. DGO¹². Nahezu durchgehend wurde in den westlichen Bundesländern mit unterschiedlichen Formulierungen an der **Schrankentrias** festgehalten. Auch die Gemeindeordnungen der neuen Bundesländer nahmen nach 1989 diese Regulationsstruktur auf. Unter- 5

⁷ Vgl. zu den historischen Hintergründen *Rebentisch* in Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, S. 97; *Püttner*, GRUR 1964, 359 (360); *Böhret*, Aktionen gegen die „kalte Sozialisierung“, 1926–1930, passim.

⁸ *Matzerath* in Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 1, S. 101 (105), spricht von einem „handstreichartigen“ Vorgehen.

⁹ Pr.GS. S. 427.

¹⁰ Pr.GS. S. 442.

¹¹ DGO v. 30.1.1935, RGBl. I S. 49. Die Regelungen wurden als „historischer Rückschlag“ für die Gemeindegewirtschaft empfunden, vgl. *Berg*, WiVerw 2000, 141 (144).

¹² *Schmidt-Jortzig* in Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 5, S. 50 ff.; *Ruffert*, VerwArch 92 (2001), 27 (29).

schiede existierten zunächst nur im Detail: So formulierte die nordrhein-westfälische Gemeindeordnung etwa, dass ein *dringender* öffentlicher Zweck das Unternehmen *erfordern* (nicht nur: *rechtfertigen*) muss. Einige Bundesländer – etwa Hessen – verzichteten auf die Übernahme der dritten Voraussetzung, der so genannten Subsidiaritätsklausel.

- 6 Spätestens seit Mitte der neunziger Jahre driftet die Entwicklung in den einzelnen Bundesländern jedoch in entgegengesetzte Richtungen. Ähnlich wie in der Spätphase der Weimarer Republik wurde die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen mehr und mehr **Gegenstand politisch-ideologischen Streits**. Ursache war zum einen die angespannte Situation der Kommunalfinanzen, in der die Gemeinden nach neuen Einnahmequellen suchten. Zum anderen setzte ein erheblicher Privatisierungs- und Modernisierungsdruck ein, in dessen Folge sich kommunale Unternehmen neu am Markt positionieren mussten – auch in neuen Geschäftsfeldern¹³. Schließlich führte und führt der Liberalisierungsschub in zentralen „traditionellen“ Domänen kommunaler Daseinsvorsorge – Energiewirtschaft, Ver- und Entsorgung, Nahverkehr¹⁴ – zu einer Verschärfung der Wettbewerbssituation zwischen kommunaler und privater Wirtschaft¹⁵. Während die kommunale Seite die rechtlichen Fesseln beklagte, die ein wirtschaftliches Gedeihen kommunaler Unternehmen – vermeintlich – behinderte, führte die Privatwirtschaft Klage über die aus ihrer Sicht ausufernde Betätigung kommunaler Unternehmen. Kommunale Unternehmen verweisen auf ihre traditionellen Tätigkeitsschwerpunkte bei der Ver- und Entsorgung, die es flächendeckend und dauerhaft gegen privatwirtschaftliches Marktversagen („Rosinenpickerei“) zu sichern gelte, und verlangen nach Chancengleichheit im Wettbewerb. Die Privatwirtschaft beklagt, dass ihr durch einen mit Steuergeldern finanzierten Wettbewerb das Wasser abgegraben werde¹⁶.
- 7 Die Landesgesetzgeber sind den politischen Forderungen in unterschiedlicher Weise nachgekommen. In einigen Bundesländern wurden die Voraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung **liberalisiert**, in anderen Bundesländern wurden sie deutlich **restriktiver** gefasst; gegenläufige Tendenzen und Wendungen lassen sich als Folge geänderter ordnungspolitischer Vorstellungen oftmals selbst innerhalb einzelner Bundesländer fest-

13 Vgl. zu den spezifischen Ursachen dieser Entwicklung, vor allem im Zusammenhang mit dem so genannten neuen Steuerungsmodell und der kommunalen Finanzkrise, *Otting*, Neues Steuerungsmodell, S. 44–53.

14 Seit der Kartellrechtsnovelle 1998 findet das Kartellrecht gem. § 130 GWB uneingeschränkt auf öffentliche Unternehmen Anwendung, eine Ausnahme besteht gem. § 131 Abs. 8 GWB nur noch für die öffentliche Wasserversorgung.

15 Vgl. *Cronauge*, AfK 1999, 24 (26 ff.).

16 Zu den unterschiedlichen Interessen etwa OLG Düsseldorf v. 17.6.2002 – Verg 18/02 – DAR, NZBau 2002, 626 (630); *Berg*, WiVerw 2000, 141 (142); *Ruffert*, VerwArch 92 (2001), 27 (28); *Oebbecke* in Mann/Püttner, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 2, § 41 Rz. 1 ff.; *Dyllick/Lörincz/Neubauer*, LKV 2012, 151 (158).

stellen. Gegenstand der Forderungen von kommunaler Seite war regelmäßig, die Betätigung in den vermeintlich lukrativen Bereichen der Strom- und Gasversorgung oder der Telekommunikation und anderen neuen Geschäftsfeldern zu erleichtern. In jüngerer Zeit geht es den Kommunen zudem um die Erleichterung (gemeinde-)grenzüberschreitender wirtschaftlicher Betätigung. Demgegenüber fokussierte die Privatwirtschaft ihre Bemühungen vor allem auf eine restriktivere Fassung der sogenannten Subsidiaritätsklausel und auf eine Begrenzung des räumlichen Aktionsradius der Kommunalwirtschaft auf das Gemeindegebiet. Nichtsdestotrotz wird vielfach bereits wieder über Zulässigkeit und Grenzen der **Rekommunalisierung** zwischenzeitlich liberalisierter und privatisierter Tätigkeiten diskutiert¹⁷.

Gegenläufige Entwicklungen zeigen sich insbesondere in **Nordrhein-Westfalen**¹⁸. Zunächst wurde im Rahmen der Kommunalverfassungsreform 1994¹⁹ das Recht der wirtschaftlichen Betätigung (bis dahin §§ 88 ff. GO NW a.F.) in einem eigenen 11. Teil der Gemeindeordnung (§§ 107 ff. GO NW) zusammengefasst. Voraussetzung war danach, dass ein dringender öffentlicher Zweck die wirtschaftliche Betätigung erforderte und die Tätigkeit nach Art und Umfang in angemessenem Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde stand. Die in § 88 Abs. 1 Nr. 1 GO NW a.F. noch enthaltene Subsidiaritätsklausel wurde indes komplett gestrichen, der Katalog nichtwirtschaftlicher Einrichtungen in Abs. 2 der Vorschrift erweitert. Die Reform, insbesondere die Streichung der Subsidiaritätsklausel, wurde als „Votum für die grds. Betätigungsfreiheit der Städte und Gemeinden und zugleich gegen gesetzliche Rahmenbedingungen zugunsten einer stärkeren Einbeziehung Privater in die Aufgabenerfüllung“ gewertet²⁰. Mit der nächsten Änderung der Gemeindeordnung im Jahre 1997²¹ wurde die Telekommunikation von den Zulässigkeitsanforderungen des § 107 Abs. 1 GO NW weitgehend freigestellt und den Gemeinden eine Betätigung auf diesem lukrativen Markt unter erleichterten Bedingungen ermöglicht. Mit dem sog. 1. Modernisierungsgesetz²² wurde der § 107 GO NW im Jahre 1999 völlig neu gefasst. Die Subsidiaritätsklausel wurde wieder eingeführt, jedoch beschränkt auf ein Tätig-

17 Zur Diskussion etwa *Brüning*, VerwArch 100 (2009), 453, oder Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 2009/2010 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet und Stellungnahme der Bundesregierung, beides abgedruckt in BT-Drs. 17/6640.

18 *Attendorn*, KommJur 2010, 361 (363), spricht von einer „unendlichen Änderungsgeschichte“.

19 Gesetz v. 17.5.1994, GV NW S. 666.

20 *Rehn/Cronauge/von Lennep/Knirsch*, Gemeindeordnung NW, Loseblatt Stand 2011, § 107 Erl. I.4.

21 Gesetz zur Stärkung der wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden und Gemeindeverbänden im Bereich der Telekommunikationsdienstleistungen v. 25.11.1997, GV NW S. 422.

22 Erstes Gesetz zur Modernisierung von Regierung und Verwaltung in Nordrhein-Westfalen v. 15.6.1999, GV NW S. 386.

werden außerhalb der Energieversorgung, der Wasserversorgung, des öffentlichen Verkehrs sowie der Telekommunikationsdienstleistungen. Gleichzeitig wurde auf das Erfordernis des dringenden öffentlichen Zwecks verzichtet. Die Betätigung über das eigene Gemeindegebiet hinaus wurde liberalisiert.

Nach dem Regierungswechsel 2005 wurde im Jahre 2007 das Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung – GO-Reformgesetz – verabschiedet²³. Das Erfordernis des dringenden öffentlichen Zwecks wurde wieder eingeführt und zugleich die Subsidiaritätsklausel verschärft („nicht ebenso gut und wirtschaftlich“ statt „nicht besser und wirtschaftlicher“). Nach dem erneuten Regierungswechsel im Jahre 2010 wurde mit dem „Gesetz zur Revitalisierung des Gemeindegewirtschaftsrechts“ vom 21.12.2010²⁴ das Erfordernis des dringenden öffentlichen Zwecks sogleich wieder gestrichen und die Anforderungen der Subsidiaritätsklausel wieder gelockert.

Mit § 107a GO NW gilt seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Revitalisierung des Gemeindegewirtschaftsrechts eine gesonderte Vorschrift über die Zulässigkeit der energiewirtschaftlichen Betätigung der nordrhein-westfälischen Gemeinden. Der Gesetzgeber führte damit eine dritte Kategorie neben der wirtschaftlichen Betätigung einerseits und der nicht-wirtschaftlichen Betätigung andererseits ein. Das soll den Gemeinden einen rechtssicheren Rahmen für ihre Tätigkeit auf den Energiemärkten bieten. Durch Aufhebung bestehender Wettbewerbsbeschränkungen sollen kommunale Anbieter zudem in einem deutlich höheren Maß als bisher auf dem Energiemarkt tätig werden können und damit für mehr Wettbewerb auf dem Energiemarkt sorgen. Die Lockerungen seien erforderlich, weil andernfalls „ein massenhaftes Sterben kommunaler Anbieter“ drohe, da diese in ihren jetzigen Strukturen nicht dauerhaft konkurrenzfähig seien²⁵.

- 9 **Bayern** hat Art. 87 BayGO im Jahre 1998 völlig neu gefasst²⁶. Aus dem kommunalen Wirtschaftsrecht wurde ein „kommunales Unternehmensrecht“²⁷. Die bislang allen Gemeindeordnungen eigene Differenzierung zwischen wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Betätigung ist seitdem in Bayern entfallen. Ebenso wie in Nordrhein-Westfalen wurde die gemeindegebietsübergreifende Betätigung erleichtert.
- 10 Eine erste Liberalisierung der überörtlichen Betätigung erfolgte im Jahre 2001 auch in **Sachsen-Anhalt**²⁸. Im Jahre 2007 wurde das Örtlichkeitsprinzip speziell für die kommunalen Unternehmen der Strom-, Gas- und

23 GV. NW. S. 380.

24 GV. NW. S. 685.

25 LT-Drs. 15/27, S. 11.

26 Ges. v. 24.7.1998; GVBl. S. 424.

27 Vgl. *Knemeyer*, BayVBl. 1999, 1; *Köhler*, BayVBl. 2000, 1.

28 Gesetz über das kommunale Unternehmensrecht v. 3.4.2001, GVBl. S. 136.

Wärmeversorgung weiter gelockert²⁹, um „diese in die Lage zu versetzen, chancengleich am Wettbewerb“ teilnehmen zu können³⁰.

Baden-Württemberg hat 1999 die Subsidiaritätsklausel – ähnlich wie 11
Nordrhein-Westfalen – auf ein Tätigwerden außerhalb der kommunalen
Daseinsvorsorge beschränkt³¹. Mit Wirkung vom 1.1.2006 wurde die vor-
handene Subsidiaritätsklausel verschärft und zu einer sogenannten echten
Subsidiaritätsklausel umgestaltet, so dass ein Tätigwerden der Kom-
mune außerhalb der Daseinsvorsorge nicht erst dann ausscheidet, wenn
ein privater Anbieter den Zweck *besser oder wirtschaftlicher* erfüllen
kann, sondern bereits dann, wenn dieser die Aufgabe *ebenso gut oder
wirtschaftlich* erfüllen kann³². Gleichzeitig wurde eine Ausdehnung wirt-
schaftlicher Aktivitäten über die Gemeindegrenzen hinaus unter be-
stimmten Voraussetzungen ermöglicht.

Bis zur Kommunalrechtsnovelle im Jahre 2005 verfügte **Hessen** als letztes 12
Flächenland über keinen Subsidiaritätsvorbehalt, führte dann aber für
wirtschaftliche Betätigungen, die ab dem 1.4.2004 ausgeübt werden, die
strengste Subsidiaritätsregelung aller Flächenländer ein³³. Der Subsidia-
ritätsvorbehalt greift bei jeder wirtschaftlichen Betätigung der Kommune.
Relativiert wird die Strenge dadurch, dass so genannte „verbundene Tä-
tigkeiten“ nach § 121 Abs. 4 HGO nunmehr ausdrücklich erlaubt sind
und die Bindung kommunaler Unternehmen an das Gemeindegebiet
gelockert wurde. Mit ihrem Vorschlag zur Novellierung der Gemeinde-
ordnung hielten die Regierungsfractionen im Jahre 2011 an diesen res-
triktiven Maßgaben fest³⁴. Das wurde als Blockade der unumgänglichen
Energiewende und der dafür erforderlichen Kommunalisierung der Ener-
gieversorgung kritisiert³⁵. Mit Gesetz vom 16.12.2011 wurde ein Kompro-
miss Gesetz³⁶: Gem. § 121 Abs. 1a HGO dürfen Gemeinden sich ohne
Subsidiaritätsprüfung ausschließlich auf dem Gebiet der Erzeugung und
Speicherung erneuerbarer Energien sowie der Verteilung von hieraus ge-
wonnener thermischer Energie wirtschaftlich betätigen, wenn die Betäti-
gung im regionalen Umfeld in den Formen interkommunaler Zusammen-
arbeit und unter Beteiligung Privater erfolgt. Die Beteiligung der Gemein-
den soll dabei einen Anteil von 50 % nicht übersteigen. Ermöglicht
werden soll auch die wirtschaftliche Beteiligung der Einwohner. Ein hö-
herer Anteil der Gemeinde ist nur zulässig, wenn trotz einer Markterkun-
dung die geforderte Beteiligung privater Dritter und Einwohner nicht er-

29 Drittes Gesetz zur Änderung der Gemeindeordnung v. 7.11.2007, GVBl. S. 352.

30 LT-Drs. 5/697, 6.

31 Gemeindegewirtschaftsrechts-ÄndG v. 19.7.1998, GBl. S. 292.

32 Gesetz zur Änderung des Gemeindegewirtschaftsrechts v. 1.12.2005 (GBl. S. 705).

33 Gesetz zur Änderung der Hessischen Gemeindeordnung und anderer Gesetze v.
31.1.2005, GVBl. S. 54. Zur Begründung LT-Drs. 16/2463, 1 f.

34 LT-Drs. 18/4031.

35 Vgl. Hessischer Landtag, Plenarprotokoll 18/74 v. 18.5.2011, S. 5146 ff., oder
F.A.Z. – Rhein Main Zeitung v. 12.8.2011, Nr. 186 (2), S. 39.

36 GVBl. Nr. 26 v. 23.12.2011, S. 786.

reicht werden kann. § 121 Abs. 1b HGO stellt klar, dass die Regelung auch dem Schutz privater Dritter dient, soweit diese sich entsprechend wirtschaftlich betätigen wollen. Ziel der obligatorisch vorgesehenen Beteiligung privater Dritter und der Beschränkung auf den hälftigen Anteil ist eine Begrenzung der wirtschaftlichen Risiken der Gemeinden. Zugleich soll für die bereits am Markt agierenden Unternehmen eine Anreizfunktion geschaffen werden sowie eine „unerwünschte Konkurrenzsituation“ zwischen Privaten und Kommunen vermieden werden³⁷. Die Gesetzesbegründung stellt des Weiteren klar, dass im Anwendungsbereich des § 121 Abs. 1a HGO auf die zwingende Subsidiaritätsprüfung in den dort genannten Konstellationen verzichtet wird³⁸. Daraus dürfte zu schließen sein, dass die Gemeinden sich im Bereich der Energiegewinnung und -versorgung weiterhin ohne Rücksicht auf die Beschränkungen des § 121 Abs. 1a HGO betätigen dürfen, wenn die konkrete Tätigkeit mit der Subsidiaritätsklausel des § 121 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 HGO vereinbar ist.

- 13 **Rheinland-Pfalz** hat die Subsidiaritätsklausel im Jahre 1998 verschärft und den Gemeinden wirtschaftliche Betätigungen bereits bei Leistungsparität mit einem privaten Dritten untersagt³⁹. Seit dem Jahre 2009 gilt dies jedoch nur noch für Tätigkeiten außerhalb der Energie- und Wasserversorgung sowie des öffentlichen Personennahverkehrs⁴⁰. Der Gesetzgeber will damit der zwischenzeitlich beobachteten Öffnung der Versorgungsmärkte Rechnung tragen und Wettbewerbsnachteile für die kommunalen Unternehmen verhindern. Die Lockerung des Örtlichkeitsprinzips soll die kommunalen Unternehmen in die Lage versetzen, größere und über das eigene Gemeindegebiet reichende Märkte zu erschließen⁴¹.

Mit vergleichbaren Gründen hatte **Thüringen** bereits im Jahre 2000 die Handlungsspielräume der Gemeinde erweitert und dazu insbesondere den Geltungsbereich der Subsidiaritätsklausel auf Tätigkeiten außerhalb der Daseinsvorsorge beschränkt⁴².

- 14 In **Niedersachsen** galt nach § 108 NGO zunächst eine unechte Subsidiaritätsklausel, nach der die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden erst unzulässig war, wenn ein anderer den öffentlichen Zweck besser und wirtschaftlicher erfüllte. Mit Wirkung zum 1.1.2006 führte der Landesgesetzgeber eine echte Subsidiaritätsklausel ein, wonach genügt, dass der

37 LT-Drs. 18/4816, S. 3.

38 LT-Drs. 18/4816, S. 2.

39 4. Landesgesetz zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften v. 2.4.1998, GVBl. S. 108.

40 Landesgesetz zur Änderung der Gemeindeordnung, des Zweckverbandsgesetzes und der Landkreisordnung v. 7.4.2009, GVBl. S. 162.

41 LT-Drs. 15/3032, 7.

42 Drittes Gesetz zur Änderung der Thüringer Kommunalverfassung v. 18.7.2000, GVBl. S. 177; zur Begründung vgl. LT-Drs. 3/333.

Zweck ebenso gut und wirtschaftlich durch einen privaten Dritten erfüllt wird oder werden kann⁴³. In Reaktion auf die abweichende Rechtsprechung des OVG Lüneburg⁴⁴ stellt das Gesetz zur Zusammenfassung und Modernisierung des niedersächsischen Kommunalverfassungsrechts vom 17.12.2010⁴⁵ nun mit Wirkung zum 1.11.2011 in § 136 Abs. 1 Satz 3 NKomVG ausdrücklich klar, dass die Subsidiaritätsklausel auch dem Schutz privater Dritter dient, die sich entsprechend wirtschaftlich betätigen oder betätigen wollen. Die Energie- und Wasserversorgung sowie der öffentliche Personennahverkehr und Telekommunikationsdienstleistungen werden dem Anwendungsbereich der Subsidiaritätsklausel entzogen.

In ähnlicher Weise hatte **Sachsen** bereits im Jahre 2003 den Wortlaut der Subsidiaritätsklausel geändert. Vergleichsmaßstab sind seit dem nicht „andere“, sondern „private Dritte“, was klarstellen soll, dass die Klausel dem Schutz privater Konkurrenten dient⁴⁶.

Das **Saarland** ersetzte im Jahre 2004 eine unechte Subsidiaritätsklausel⁴⁷. Damit verband der Gesetzgeber die Erwartung einer drittschützenden Wirkung der Klausel, so dass sich private Wettbewerber gegen das Ob der wirtschaftlichen Betätigung wenden können⁴⁸. Durch die zugleich novellierten Regelungen zu Annex Tätigkeiten und zu gemeindegebietsübergreifenden Tätigkeiten soll die Chancengleichheit der kommunalen Unternehmen im Wettbewerb hergestellt werden.

Im Gegensatz dazu stellt die Kommunalverfassung des Landes **Brandenburg** ausdrücklich klar, dass die Vorschriften über die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden ausschließlich dem Schutz der Leistungsfähigkeit der Gemeinden dienen, sich private Dritte darauf also nicht berufen können, um Konkurrenz durch kommunale Tätigkeit abzuwehren. Der Gesetzesentwurf der Landesregierung aus dem Jahre 2011 für ein „Gesetz zur Stärkung der kommunalen Daseinsvorsorge“ zielt darauf ab, die geltende echte auf eine unechte Subsidiaritätsklausel zurückzustufen. Zugleich soll die wirtschaftliche Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes in den Bereichen der Elektrizitäts-, Gas- und Fernwärmeversorgung erleichtert sowie die Zulässigkeit von Annex Tätigkeiten und Randnutzungen klarer definiert werden⁴⁹. Das Gesetz ist am 10.1.2012 in Kraft getreten.⁵⁰

43 Gesetz zur Neuordnung des Gemeindehaushaltsrechts und zur Änderung gemeindewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 15.11.2005 (Nds. GVBl. S. 342).

44 OVG Nds. v. 14.8.2008 – 10 ME 280/08, NVwZ 2009, 258.

45 GVBl. S. 576. Zu dieser Novelle vgl. etwa *Freese*, NdsVBl. 2011, 299 ff.

46 Gesetz zur Änderung des kommunalen Wirtschaftsrechts und des Sächsischen Wassergesetzes v. 4.3.2003, GVBl. S. 158; dazu etwa *Sollondz*, LKV 2003, 297.

47 Gesetz Nr. 1532 zur Änderung kommunalrechtlicher Vorschriften v. 8.10.2003.

48 Vgl. LT-Drs. 12/918, 18 f. In diesem Sinne auch, wenn gleich im Ergebnis offen lassend: OVG Saarl. v. 22.10.2008 – 3 B 279/08, LKRZ 2008, 477.

49 Vgl. LT-Drs. 5/3023.

50 GVBl. 2012 I Nr. 1, berichtigt durch GVBl. 2012 I Nr. 7.

- 16 **Mecklenburg-Vorpommern** beabsichtigt, die kommunale Selbstverwaltung durch eine Erweiterung der rechtlichen Handlungsspielräume der Kommunen zu stärken, ohne hierzu aber die Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Unternehmen der Gemeinden wesentlich zu ändern⁵¹. Es soll daher bei der bestehenden echten Subsidiaritätsklausel bleiben und die Voraussetzungen und Grenzen einer überörtlichen Betätigung der Gemeinden weiterhin nicht gesetzlich konkretisiert werden.

Demgegenüber konkretisierte **Schleswig-Holstein** bereits im Jahre 2003 die Voraussetzungen, unter denen die Gemeinden außerhalb ihres Gebietes und insbesondere auch im Ausland tätig werden dürfen⁵².

- 17 Aufgrund der letzten Änderungen der Gemeindeordnungen ist die Tendenz wahrzunehmen, das Tätigwerden innerhalb des Gemeindegebiets restriktiver zu handhaben und dafür im Gegenzug aber eine Ausdehnung der zulässigen Tätigkeiten auf den überörtlichen Bereich zu ermöglichen. In den liberalisierten Märkten soll den kommunalen Unternehmen hingegen zumeist Chancengleichheit im Wettbewerb mit den privaten Anbietern ermöglicht werden. Der Gesetzgeber in Brandenburg sieht zwischenzeitlich sogar wieder die Notwendigkeit kommunaler Wirtschaftstätigkeit, um „Daseinsvorsorge flächendeckend und dauerhaft“ zu gewährleisten⁵³. Diese Erwägung könnte vor dem Hintergrund der demographischen Entwicklung in einigen Regionen künftig an Bedeutung gewinnen und zu Lockerungen der Bindungen für kommunale Wirtschaftstätigkeit führen.

B. Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft

- 18 Zunächst ist auf eine besonders umstrittene Zulässigkeitsvoraussetzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit einzugehen, nämlich den **örtlichen Aktionsradius** eines kommunalen Unternehmens.
- 19 Die Beschränkung der kommunalen wirtschaftlichen Betätigung auf das jeweilige Gemeindegebiet war in der deutschen Gemeindeordnung von 1935 nicht ausdrücklich angesprochen. Auch die landesrechtlichen Nachfolgebestimmungen enthalten nur zum Teil eine entsprechende Einschränkung. So formuliert § 108 Abs. 1 NGO für **Niedersachsen**:
- „Die Gemeinden dürfen sich zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft wirtschaftlich betätigen.“

51 Entwurf der Landesregierung zu einem Gesetz über die Kommunalverfassung und zur Änderung weiterer kommunalrechtlicher Vorschriften v. 2.3.2011, LT-Drs. 5/4173.

52 Gesetz zur Stärkung der kommunalen Selbstverwaltung v. 25.6.2002, GVBl. S. 126.

53 LT-Drs. 5/3023.

gemeinem Wettbewerbsrecht nach dem europäischen Rechtsrahmen in der Telekommunikation und dem TKG, ZWeR 2006, 27; *Wachinger*, Finanzierung öffentlicher Dienstleistungen und Europäisches Wettbewerbsrecht – Der beihilfenrechtliche Prüfungsmaßstab nach dem EuGH-Urteil in der Rechtssache „Altmark Trans“, ZögU 2004, 56; *Westermann*, Einkaufskooperationen der öffentlichen Hand nach der Feuerlöschzüge-Entscheidung des BGH, ZWeR 2003, 481; *Wiedemann*, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. 2008; *Wiemer*, Der reine Preishöhenmissbrauch das unbekannte Wesen, WuW 2011, 723; *Wiemer/Schultheiß*, Entega I und II – Zu Mehrmarkenstrategien von Marktbeherrschern, ZWeR 2011, 218; *Wolf*, Unternehmensbegriff, Zuständigkeit der Kartellämter und Rechtsweg bei öffentlich-rechtlichen Leistungsbeziehungen, BB 2011, 648; *Zuber*, Praxishinweis zur Entscheidung des OLG Düsseldorf v. 8.12.2010 (Wasserversorger), KommJur 2011, 63.

A. Überblick – die kartellrechtlichen Regime und ihre Instrumente

Zum Kartellrecht gehören alle diejenigen Regeln für die wirtschaftliche Betätigung von Unternehmen, deren vorrangiges Ziel es ist, die Freiheit und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu sichern. Aus dieser Zielsetzung lässt sich entnehmen, dass auch der Staat Adressat kartellrechtlicher Normen sein muss, wenn er sich als wirtschaftliches Unternehmen betätigt und sich dabei am Wettbewerb mit privaten Unternehmen beteiligt. Nur so kann das Kartellrecht dem genannten Zweck gerecht werden. Das Kartellrecht sagt dabei nichts über die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betätigung des Staates an sich aus. Die Fragen, ob und in welchem Umfang der Staat am Wirtschaftsleben teilnehmen darf, sind nicht Gegenstand kartellrechtlicher Untersuchung, sondern sind anderen, verfassungs- und europarechtlichen, oder auch einfachgesetzlichen Normen zu entnehmen.

Es gelten in Deutschland **zwei konkurrierende Kartellrechtsordnungen**, eine deutsche und eine europäische¹. Das **deutsche Kartellrecht** ist in erster Linie im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt. Daneben finden sich vereinzelt nationale Kartellrechtsnormen im Strafgesetzbuch, im Energiewirtschaftsgesetz, im Telekommunikationsgesetz, im Postgesetz, im Allgemeinen Eisenbahngesetz und im Rundfunkstaatsvertrag².

Die **europäische Kartellrechtsordnung** beruht auf Art. 101–106 AEUV (ehemals Art. 81–86 EG-Vertrag). Materiell-rechtlich sind dabei Art. 101 und 102 AEUV von herausragender Bedeutung. Zur Konkretisierung des häufig generalklauselartig formulierten Primärrechts haben die Europäische Kommission und der Rat der Europäischen Union sekundärrecht-

¹ Zum Verhältnis des deutschen und des europäischen Kartellrechts, vgl. Rz. 8 ff.

² Zu deren Rolle im Gefüge der kartellrechtlichen Normen, vgl. *Bunte* in *Langen/Bunte*, Band 1, Deutsches Kartellrecht, Einführung zum GWB Rz. 41 ff.

liche Verordnungen erlassen und Bekanntmachungen veröffentlicht. EU-Verordnungen sind für alle Rechtssubjekte bindendes Recht. Bekanntmachungen der Kommission sind rechtlich für den Einzelnen grds. unverbindliche Äußerungen, in der die Grundsätze der europäischen Kommission für die Anwendung von Art. 101 und 102 AEUV zusammengefasst werden. Den Bekanntmachungen kommt rechtliche Relevanz aufgrund des Grundsatzes der Selbstbindung der Verwaltung zu. Darüber hinaus sollte die faktische Bedeutung von Bekanntmachungen nicht unterschätzt werden. Sie spielen bei der Beurteilung kartellrechtlicher Sachverhalte eine große Rolle. Abweichungen davon sind in der behördlichen oder gerichtlichen Praxis auf europäischer und nationaler Ebene selten³.

- 4 Die Relevanz des europäischen Kartellrechts ist auch für öffentliche Unternehmen, die nur in Deutschland tätig sind, groß. Zum einen sind auch kommunale Unternehmen in der Praxis der Europäischen Kommission und der Gerichte nicht selten als Adressaten der europäischen Normen angesehen worden. Zum anderen wurde im Zuge der Harmonisierungsbemühungen des deutschen Gesetzgebers das deutsche Kartellrecht sehr weitgehend an das europäische Recht angenähert, um eine Konsistenz der Regelungen herzustellen. Entsprechend kann auch bei der Anwendung nationalen Rechts häufig auf die bereits erwähnten Bekanntmachungen und auf Entscheidungen zu europarechtlichen Normen zurückgegriffen werden, wenn diese identische oder vergleichbare Regelungen betreffen⁴.
- 5 Die deutsche und die europäische Kartellrechtsordnung enthalten jeweils **drei kartellrechtliche Instrumente** zum Schutz des Wettbewerbs. Sie sehen erstens Regeln vor, die eine **Verhaltenskoordinierung zwischen Unternehmen** durch Vereinbarungen, durch abgestimmte Verhaltensweisen oder durch Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen⁵ begrenzen (Art. 101 AEUV bzw. §§ 1 ff. GWB). Zweitens wird das Verhalten von Unternehmen, die eine herausgehobene Position auf ihrem Markt haben, besonderen Schranken unterworfen. Diese sollen ihre **wirtschaftliche Macht** nicht **missbrauchen** dürfen (Art. 102 AEUV bzw. §§ 19 ff. GWB). Und drittens werden Veränderungen der Marktstruktur dadurch kontrolliert, dass **Unternehmenszusammenschlüsse**, die eine gewisse wirtschaftliche Relevanz haben, vor ihrem Vollzug von einer Kartellbehörde geprüft und freigegeben werden müssen (VO 139/2004 bzw. §§ 35 ff. GWB).

³ Vgl. dazu *Bunte* in Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Einführung zum EG-Kartellrecht Rz. 24 ff.

⁴ Dies gilt vor allem für den Bereich der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, vgl. dazu Rz. 68.

⁵ Wenn im Folgenden von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen oder wettbewerbsbeschränkender Koordination die Rede ist, so sind damit stets auch die anderen Koordinationsformen des Art. 101 AEUV/§ 1 GWB gemeint, es sei denn, dies ist ausdrücklich anderweitig bestimmt.

Die vorliegende Darstellung wird sich an diesen Kategorien orientieren. Die Besprechung der Regeln zu wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensabstimmungen zwischen unabhängigen Unternehmen findet sich im Abschnitt B. (Rz. 8 ff.), Ausführungen zur Kontrolle des Verhaltens von Unternehmen, die ihre wirtschaftliche Macht missbrauchen, sind im Abschnitt C. (Rz. 100 ff.) dargestellt und die Regeln zur Fusionskontrolle werden im Abschnitt D. (Rz. 150 ff.) erläutert. Eine Besonderheit des europäischen Rechts wird in Abschn. E. besprochen. Unter den dort genannten Voraussetzungen können auch hoheitliche Maßnahmen, die in den Wettbewerb eingreifen, Gegenstand kartellrechtlicher Regeln sein. 6

Innerhalb der Abschnitte B. bis D. wird jeweils zunächst der Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts von dem des deutschen Kartellrechts abgegrenzt, um sodann zunächst die europarechtlichen Normen und anschließend die nationalen Normen darzustellen. Zwar ähneln sich das deutsche und das europäische Kartellrechtsregime erheblich. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Kontrolle wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, nachdem im Jahr 2005 der Wortlaut und die Systematik des europäischen Rechts vom deutschen Gesetzgeber in das GWB weitgehend übernommen wurden. Dennoch bleiben einige signifikante Abweichungen. 7

B. Wettbewerbsbeschränkende Verhaltensabstimmung

I. Abgrenzung der Anwendungsbereiche des deutschen und des europäischen Kartellrechts

1. Überblick

Die Abgrenzung der Anwendungsbereiche des deutschen und des europäischen Kartellrechts ist deshalb erforderlich, weil diese sich überschneiden, die jeweiligen Normen aber nicht notwendigerweise zum selben Ergebnis kommen. Das beruht vor allem darauf, dass das deutsche Kartellrecht Vorschriften enthält (z.B. § 3 GWB, § 69 SGB V), die im europäischen Recht keine Entsprechung haben. 8

Der **Anwendungsbereich des deutschen Rechts** wird durch § 130 Abs. 2 GWB bestimmt. Danach müssen sich alle Maßnahmen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland auswirken, an den Vorschriften des GWB messen lassen. Dieses so genannte **Auswirkungsprinzip** knüpft nicht an den Ort der Veranlassung der Maßnahme, sondern an denjenigen Ort an, an dem die wettbewerblichen Wirkungen der Maßnahme auftreten. Eine Auswirkung in Deutschland ist etwa dann anzunehmen, wenn die Geschäftstätigkeit eines Dritten, die von der Maßnahme beeinflusst wird, in 9

Deutschland ausgeübt wird⁶. Das gilt auch dann, wenn gleichzeitig der Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts eröffnet ist.

- 10 Hinweise zum **Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts** und zu dessen Verhältnis zu nationalen Kartellrechtsordnungen ergeben sich bereits aus der Natur der Normen des europäischen Kartellrechts. Art. 101 AEUV und die auf seiner Grundlage erlassenen Rechtsakte sind Teil des Rechtes der Europäischen Union. Als solche leisten sie neben dem Schutz des Wettbewerbs auch einen Beitrag zur Herstellung und Bewahrung eines einheitlichen europäischen Binnenmarktes. Es ist ihr Ziel, die von Privaten errichteten Schranken für den zwischenstaatlichen Handel zu beseitigen und die Errichtung neuer Schranken zu verhindern⁷. Aus dieser Zielsetzung können zwei Schlussfolgerungen gezogen werden.
- 11 Erstens gilt der „*effet utile*“-Grundsatz des europäischen Rechts auch für die Vorschriften des europäischen Kartellrechts. Dieser besagt, dass die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen treffen dürfen, die der praktischen Wirksamkeit des europäischen Kartellrechts entgegen stehen⁸. Sie dürfen also die Wertungen des europäischen Kartellrechts nicht durch widersprechende nationale Vorschriften in Frage stellen. Das **europäische Kartellrecht** muss im Falle eines Normenkonflikts also **Vorrang** genießen (dazu ausführlich unten Rz. 16 ff). Zweitens muss der Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts immer dann eröffnet sein, wenn Aktivitäten von Unternehmen eine potentielle Gefahr für den **zwischenstaatlichen Handel** darstellen (dazu sogleich unten).

2. Zwischenstaatlichkeitsklausel

- 12 Der Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV ist eröffnet, wenn die zu beurteilende Maßnahme geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen. Diese so genannte Zwischenstaatlichkeitsklausel ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift. Zur Konkretisierung ihrer weit gefassten Voraussetzungen hat die Europäische Kommission eine Bekanntmachung erlassen⁹. Dabei unterscheidet die Kommission drei Tatbestandsvoraussetzungen, die qualitativer und quantitativer Natur sind.
- 13 Erstens muss die zu beurteilende Handlung Relevanz für den **Handel zwischen Mitgliedstaaten** haben. Dieser umfasst jede grenzüberschreitende wirtschaftliche Tätigkeit, die mindestens zwei Mitgliedstaaten betrifft.

⁶ *Bechtold*, *GWB*, § 130 Rz. 13 ff.

⁷ *Immenga/Mestmäcker* in *Immenga/Mestmäcker*, *EG-Wettbewerbsrecht*, Einleitung C. Rz. 8 ff.

⁸ Zum Grundsatz des „*effet utile*“, der praktischen Wirksamkeit, vgl. *Bumiller* in *Wiedemann*, *Handbuch des Kartellrechts*, § 62 Rz. 16.

⁹ Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages, *ABl.* 2004 Nr. C 101, S. 81.

Der Begriff *Handel* erfasst dabei nicht nur den Handel mit Waren und Dienstleistungen, sondern auch die wirtschaftliche Tätigkeit in Ausübung der Freizügigkeit, der Niederlassungs-, Kapital- oder Zahlungsverkehrsfreiheit¹⁰.

Des Weiteren muss die Maßnahme **geeignet** sein, **den** so definierten **zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen**. Dies ist nach der Rechtsprechung des EuGH gegeben, 14

„wenn sich anhand objektiver Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell den zwischenstaatlichen Handel beeinflussen kann“¹¹.

Es ist also eine Prognose über die tatsächlichen oder möglichen Wirkungen der Maßnahme anzustellen. Dabei muss keine tatsächliche negative Auswirkung auf den zwischenstaatlichen Handel nachgewiesen werden. Es genügt jede, auch vorteilhafte Auswirkung, die zudem nicht tatsächlich vorliegen muss. Eine Eignung zur Beeinflussung des Handels genügt¹². Zur Feststellung, ob eine Eignung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann, sind alle objektiven, qualitativen und quantitativen, tatsächlichen und rechtlichen Umstände heranzuziehen. Dazu gehören die Art der Vereinbarung oder des Verhaltens, die Marktstellung der Beteiligten, die üblichen Handelsströme auf den betroffenen Märkten, das typische Nachfrageverhalten der Abnehmer, und vieles mehr. Demnach ist eine Vereinbarung insbesondere dann geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wenn sich die Vereinbarungen auf die Ein- und Ausfuhr von Waren zwischen Mitgliedstaaten bezieht. Umgekehrt wird es an einer Eignung zur Beeinträchtigung fehlen, wenn die Parteien der Vereinbarung auf einem räumlich begrenzten Markt tätig sind, der nur einen Teil eines Mitgliedstaates umfasst¹³.

Dieses weite Verständnis der Zwischenstaatlichkeit wird durch das Kriterium der „**Spürbarkeit**“ begrenzt¹⁴. Dieses quantitative Merkmal soll solche Maßnahmen von der Anwendbarkeit europäischen Rechts ausschließen, die aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung nur geringfügige Handelsbeeinträchtigungen verursachen können. Nach ständiger und gefestigter Praxis der Europäischen Kommission ist eine Maßnahme dann nicht geeignet den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wenn – kumulativ – erstens der Marktanteil der Parteien auf keinem von der Maßnahme betroffenen relevanten Markt innerhalb der Gemeinschaft 5 % überschreitet, und wenn zweitens der Wert der von der Verein-

 15

10 *Bunte* in Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 81 EG-Vertrag, Generelle Prinzipien, Rz. 145.

11 EuGH v. 10.12.1985 – Rs. 240/82 u.a. – Stichting Sigarettenindustrie, Slg. 1985, 3831.

12 Bekanntmachung der Kommission, ABl. 2004 Nr. C 101, S. 81, Rz. 28 ff.

13 *Bunte* in Langen/Bunte, Band 2, Europäisches Kartellrecht, Art. 81 EG-Vertrag, Generelle Prinzipien, Rz. 123a.

14 Bekanntmachung der Kommission, ABl. 2004 Nr. C 101, S. 81, Rz. 44 ff.

barung erfassten Waren den Betrag von 40 Mio. Euro nicht überschreitet¹⁵.

3. Vorrang des Europäischen Rechts

- 16 Ist nach den Kriterien im vorherigen Kapitel eine Verhaltensweise, die von Art. 101 AEUV erfasst wird, geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinflussen, so ist der Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts eröffnet. Das Schicksal parallel anwendbarer Normen des nationalen Rechts (insbesondere der §§ 1 ff. GWB, zur Anwendbarkeit von §§ 19 ff. GWB vgl. unten Rz. 100) bestimmt sich nach Art. 3 der VO 1/2003 und § 22 GWB. Maßgeblich ist dabei zunächst Art. 3 Abs. 1 der VO 1/2003¹⁶. Danach sind nationale Behörden und Gerichte (die Art. 101 und Art. 102 AEUV selbst unmittelbar anwenden können) verpflichtet, stets neben dem nationalen Kartellrecht auch europäisches Kartellrecht anzuwenden, wenn die Zwischenstaatlichkeitsklausel erfüllt ist. Sollte dies zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen, so bestimmt Art. 3 VO 1/2003, wie dieser **Normenkonflikt** zu lösen ist.
- 17 Art. 3 Abs. 2 Satz 1 VO 1/2003 kodifiziert den für das Verhältnis des europäischen zum nationalen Kartellrecht geltenden Grundsatz für die **Beurteilung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen: Das europäische Recht genießt innerhalb seines Anwendungsbereiches Vorrang**. Das bedeutet zum einen, dass eine Vereinbarung, die zwischenstaatliche Wirkungen hat, nicht vom nationalen Kartellrecht untersagt werden darf, wenn sie das europäische Kartellrecht für zulässig hält. Umgekehrt darf das nationale Kartellrecht eine Vereinbarung nicht zulassen, wenn diese gegen europäisches Kartellrecht verstößt.
- 18 Damit kann nationales Kartellrecht auf Vereinbarungen, die den zwischenstaatlichen Handel spürbar beeinträchtigen können, nur angewendet werden, wenn es in dem betreffenden Fall zum selben Ergebnis (zulässig/unzulässig) führt. In den meisten Fällen wird dann die Anwendung beider Normen (§ 1 GWB und Art. 101 AEUV) entbehrlich sein, vielmehr genügt es, sich auf den vorrangigen Art. 101 AEUV zu beschränken. Da sich auch die Rechtsfolgen einer Verletzung von Art. 101 AEUV und § 1

¹⁵ Zu Einzelheiten hinsichtlich der Anwendung dieser Kriterien auf horizontale und vertikale Vereinbarungen, vgl. Bekanntmachung der Kommission, ABl. 2004 Nr. C 101, S. 81, Rz. 52 ff., insbesondere Rz. 56 zu Netzen gleichartiger Vereinbarungen.

¹⁶ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. 2003, Nr. L 1, S. 1 („Kartellverfahrensverordnung“).

GWB weitgehend entsprechen, ist eine parallele Anwendung deutschen Rechts in aller Regel entbehrlich¹⁷.

4. Normenkonflikte mit Normen außerhalb des Kartellrechts

Art. 3 Abs. 3 letzter Halbs. der VO 1/2003 schränkt den Grundsatz des Vorranges des europäischen Rechts ein. Danach dürfen nationale Vorschriften unabhängig von der Bewertung nach europäischem Kartellrecht angewendet werden, wenn diese „**überwiegend ein von Art. 101 und 102 AEUV abweichendes Ziel verfolgen**“. Das sind solche Normen, die nicht den Schutz der Freiheit und Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs bezwecken¹⁸. Diese Ausnahme betrifft insbesondere die Vorschriften zum Schutz vor unlauterem Wettbewerb, aber auch Konzentrationsbeschränkungen wie z.B. für den Medienbereich oder die öffentliche Sicherheit (Rüstung).

Mittels solcher Vorschriften darf sich ein Staat allerdings nicht über **zwingende Grundsätze primären Gemeinschaftsrechts** hinweg setzen. Der nationale Gesetzgeber kann diese Normen also nicht dazu verwenden, unter dem Deckmantel einer abweichenden Zielsetzung (Umweltschutz, strukturpolitische Maßnahmen, Steuerpolitik etc.) das europäische Kartellrecht seiner Wirksamkeit zu berauben. In diesem Zusammenhang können sich schwierige rechtliche und politische Abgrenzungsfragen stellen. Dabei stehen sich einerseits die nationale Autonomie in vielen Politikbereichen, wie z.B. der Steuerpolitik oder der inneren Sicherheit, und andererseits die Wirksamkeit des Wettbewerbs als alles umfassendes Prinzip des europäischen Binnenmarktes gegenüber. Auf die damit zusammenhängenden Erwägungen ist an anderer Stelle ausführlicher einzugehen (siehe unten Rz. 60 ff., 92).

II. Europäisches Recht

Art. 101 Abs. 1 AEUV untersagt Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen sowie Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die eine Beschränkung, Verhinderung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

¹⁷ Die parallele Anwendung von § 1 GWB neben Art. 101 AEUV kann jedoch dann erforderlich sein, wenn neben dem Unternehmen auch Einzelpersonen, z.B. Geschäftsführer, mit einem Bußgeld belegt werden sollen. Dies erlaubt nur das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht, nicht aber das europäische Recht.

¹⁸ Siehe dazu Erwägungsgrund 9 zur VO 1/2003, ABl. 2003 Nr. L 1, S. 1.

1. Adressat

a) Unternehmen

- 21 Art. 101 AEUV richtet sich an Unternehmen. Dieser Begriff wird in der Praxis der Europäischen Kommission und der europäischen Gerichte **wirtschaftlich-funktional** verstanden. Er knüpft an die jeweilige Tätigkeit an, die Gegenstand kartellrechtlicher Untersuchung ist. Als Unternehmen handelt demnach jede natürliche oder juristische Person, die dadurch wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, dass sie Waren oder Dienstleistungen auf einem Markt anbietet¹⁹.
- 22 Von einer wirtschaftlichen Tätigkeit kann ausgegangen werden, wenn es tatsächlich privat-wirtschaftliche Wettbewerber gibt, die konkurrierende Waren oder Dienstleistungen anbieten. Umgekehrt ist das Fehlen solch aktuellen Wettbewerbs nicht ausreichend, um anzunehmen, eine Tätigkeit erfülle den Unternehmensbegriff nicht. Vielmehr wird von einer wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmens immer dann auszugehen sein, wenn die fragliche wirtschaftliche Leistung **von privaten Wettbewerbern auf einem Markt vorgenommen werden könnte**²⁰.
- 23 Auch Tätigkeiten des Staates, die diese Voraussetzungen erfüllen, sind als Tätigkeiten eines Unternehmens anzusehen. Ausdrücklich wurde in der bisherigen Praxis des EuGH festgestellt, dass die **Rechtsform** des Tätigwerdens und die **Art der Finanzierung keine Rolle spielen**, solange der Staat keine hoheitlichen²¹, sondern wirtschaftliche Tätigkeiten industrieller oder kommerzieller Art vornimmt²². Nicht erforderlich ist es auch, dass mit der betreffenden Tätigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgt wird. Ohne Bedeutung ist des Weiteren der Umfang der wirtschaftlichen Tätigkeit.
- 24 Eine auch in der Praxis wichtige Einschränkung des weit gefassten Unternehmensbegriffs besteht für die Tätigkeit als **Nachfrager** von Waren und Dienstleistungen. Die europäischen Gerichte haben zwar die Tätigkeit als Anbieter von Waren und Dienstleistungen als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen, nicht aber die Tätigkeit als Nachfrager an sich²³.

19 *Bechtold/Bosch/Brinker/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, Art. 81 EG-Vertrag Rz. 8 ff.

20 Sog. Möglichkeits- („Potentiality-“) Test, EuGH v. 23.4.1991 – Rs. C-41/90 – Höfner & Elser/Macrotron, Slg. 1991, I-1979, Rz. 21.

21 Maßnahmen in Form marktregulierender, hoheitlicher Rechtssetzung (z.B. durch Gesetz oder Verordnung) wird also nicht von den Wettbewerbsvorschriften erfasst, vgl. *Schwarze*, EuZW 2000, 613 (617) m.w.N.

22 EuGH v. 23.4.1991 – Rs. C-41/90 – Höfner&Elser/Macrotron, Slg. 1991, I-1979, Rz. 21; EuGH v. 18.3.1997 – Rs. C-343/95 – Diego Cali, Slg. 1997, I-1649, Rz. 16.

23 EuG v. 4.3.2003 – Rs. 319/99 – FENIN, Slg. 2003, II-361, Rz. 37 m.w.N.; bestätigt durch EuGH v. 11.7.2006 – Rs. C-205/03 P – FENIN, Slg. 2006, I-6295, Rz. 25 ff.

„Kauft eine Einrichtung ein Erzeugnis – auch in großen Mengen – nicht ein, um Güter oder Dienstleistungen im Rahmen einer wirtschaftlichen Tätigkeit anzubieten, sondern um es im Rahmen einer anderen, z.B. einer rein sozialen, Tätigkeit zu verwenden, so wird sie demnach nicht schon allein deshalb als Unternehmen tätig, weil sie als Käufer auf einem Markt agiert. Zwar trifft es zu, dass eine solche Einrichtung eine erhebliche Wirtschaftsmacht auszuüben vermag, die ggf. zu einem Nachfragemonopol führen kann. Das ändert jedoch nichts daran, dass sie, soweit die Tätigkeit, zu deren Ausübung sie Erzeugnisse kauft, nichtwirtschaftlicher Natur ist, nicht als Unternehmen i.S.d. Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft handelt und daher nicht unter die in Artikel [101 Absatz 1 AEUV und 102 AEUV] vorgesehenen Verbote fällt.“

Die Tätigkeit des Staates als Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen ist somit nur dann Gegenstand des europäischen Wettbewerbsrechts, wenn die Beschaffung **im Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Angebotstätigkeit** im oben beschriebenen Sinne steht. Der Bezug von Waren zur internen Verwendung, zur Erfüllung hoheitlicher Aufgaben, die nicht auch von Privaten durchgeführt werden oder werden könnten, unterfällt somit nicht den Schranken des Art. 101 AEUV. Demnach unterliegen beispielsweise Einkaufsgemeinschaften für Güter, mit denen keine wirtschaftliche Tätigkeit auf einem nachfolgenden Angebotsmarkt ausgeübt wird, nicht den Beschränkungen des europäischen Kartellrechts. Insofern besteht ein Unterschied zur Behandlung von Einkaufsgemeinschaften im deutschen Recht²⁴.

Eine wirtschaftliche Tätigkeit eines Unternehmens liegt auch dann nicht vor, wenn die fragliche Tätigkeit eine **typisch hoheitliche Maßnahme** ist. Dies wurde beispielsweise für die Kontrolle des Luftraums durch ein staatlich beauftragtes Unternehmen angenommen, das dafür von den Luftverkehrsgesellschaften ein Entgelt verlangen durfte. Aufgrund des hoheitlichen Charakters der Maßnahme sah der EuGH hierin keine Tätigkeit wirtschaftlicher Art. Hinzu kam in diesem Fall, dass das betreffende Unternehmen nicht in der Lage war, die Höhe der Gegenleistung zu bestimmen, die von den „Kunden“, also den Luftfahrtgesellschaften, verlangt wurde²⁵. Eine staatliche Aufgabe ohne wirtschaftlichen Charakter wurde vom EuGH auch für die Überwachung des Hafens von Genua auf Wasserverschmutzungen angenommen. Der EuGH ging davon aus, dass diese Tätigkeit im Allgemeininteresse stehe, der Staat damit seine Aufgabe auf dem Gebiet des Umweltschutzes wahrnehme, und er dies durch typischerweise hoheitliche Befugnisse tue, weshalb die Tätigkeit keinen wirtschaftlichen Charakter habe²⁶. Beide genannten Fälle haben

m.w.N. und v. 26.3.2009 – Rs. C-113/07 P – SELEX, Slg. 2009, I-2207, Rz. 102; dazu auch v. 16.3.2004 – Rs. C-264/01 etc. – AOK Bundesverband u.a., Slg. 2004, I-2493.

24 Vgl. unten Rz. 82 zu Einkaufsgemeinschaften im deutschen Recht.

25 EuGH v. 19.1.1994 – Rs. C-364/92 – Eurocontrol, Slg. 1994, I-43, Rz. 30 f.

26 EuGH v. 18.3.1997 – Rs. C-343/95 – Diego Cali, Slg. 1997, I-1649, Rz. 21 ff.

gemeinsam, dass Gegenstand der erbrachten Leistung öffentliche Güter waren. Luftsicherheit und Sauberkeit des Hafengewässers sind keine Güter, die im wirtschaftlichen Verkehr gehandelt werden. Sie stellen vielmehr die Sicherheit des Wirtschaftsverkehrs her und betreffen Kosten, die aus Sicht der betroffenen „Kunden“ (in den genannten Fällen also der Fluggesellschaften und der Schiffbetreiber) externe Kosten darstellen. Die Internalisierung dieser Kosten durch den Staat stellt auch dann eine hoheitliche Maßnahme dar, wenn er sich dabei Privater bedient. Dies gilt auch für die Wahrnehmung dieser Aufgaben durch diese Privaten. Nimmt also der Staat selbst oder durch Dritte eine Tätigkeit wahr, die zwar privatwirtschaftlich angeboten werden kann, die aber für die „Kunden“ einen hoheitlichen Charakter hat, weil die Tätigkeit in der Erfüllung staatlicher Aufgaben besteht, dann ist die Vornahme der Handlung nicht als wirtschaftliche Tätigkeit anzusehen, auch wenn sie im Einzelfall durch private Unternehmen im Auftrag des Staates durchgeführt wird.

- 26 Ebenso wurde der Abschluss eines Vertrages zwischen einer Gemeinde und einem Bestattungsunternehmen, wonach das Unternehmen das ausschließliche Recht hat, die Bestattungsdienstleistungen auf einem kommunalen Friedhof zu erbringen, nicht als unternehmerische Tätigkeit angesehen. Das **Übertragen einer hoheitlichen Aufgabe auf einen Privaten** wurde als hoheitliche Tätigkeit angesehen. Art. 101 AEUV war deshalb nicht anwendbar. Der EuGH bejahte in diesem Fall aber die Anwendbarkeit von Art. 106 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 102 AEUV²⁷.
- 27 Schwierige Abgrenzungsfragen wirft die Bestimmung der Qualität von Maßnahmen von **Sozialversicherungsträgern** auf. Dabei wird eine Reihe von Aspekten berücksichtigt, mittels derer ermittelt werden soll, ob der Tätigkeit des jeweiligen Sozialversicherungsträgers vornehmlich **soziale**, oder vornehmlich **wirtschaftliche** Prinzipien zugrunde liegen. Die sozialen Funktionen werden insbesondere dann überwiegen, wenn das System auf die Umverteilung finanzieller Mittel innerhalb einer Sozialgemeinschaft angelegt ist. Kennzeichen solcher Systeme ist die verpflichtende Mitgliedschaft mindestens eines Teils der betroffenen Personen. Auch das Fehlen eines Zusammenhanges zwischen der Beitragsleistung und der Höhe der später ausgezahlten Leistungen an den Versicherten spricht für ein überwiegend soziales Anliegen des Systems. Fehlt es dagegen an den genannten Aspekten, handelt es sich insbesondere um freiwillige Zusatzversicherungen, die im Wettbewerb mit privaten Anbietern vom Staat aufgelegt werden, so kann das europäische Wettbewerbsrecht auf

²⁷ EuGH v. 4.5.1988 – Rs. 30/87 – Bodson, Slg. 1988, 2479, Rz. 18; zu Art. 106 Abs. 1 AEUV, vgl. unten Rz. 185 ff.