



19.01.2024

**Kartellrecht**  
**WS 2023/24**  
**Universität Konstanz**  
**Mo 17.00 - 18.30 h, C 336**  
*Jochen Glöckner*

## **Arbeitspapier 10**

### **§ 10 Der Staat als Wirtschaftsakteur im System des Kartellrechts**

#### **Rechtsprechung:**

EuGH v. 11.4.1989, Rs. 66/86 – *Ahmed Saeed*, Slg. 1989, 803; EuGH v. 23.4.1991, Rs. C-41/90 – *Höfner und Elser*, Slg. 1991, I-1979; EuGH v. 17.2.1993, verb. Rs. C-159-160/91 – *Poucet*, Slg. 1993, I-637; EuGH v. 19.1.1994, Rs. C-364/92 – *Eurocontrol*, Slg. 1994, I-43; EuGH v. 25.10.2001, Rs. C-475/99 – *Ambulanz Glöckner*, Slg. 2001, I-8089; EuGH v. 26.3.2009, Rs. C-113/07 P – *SELEX*, Slg. 2009, I-2207, EuGH v. 17.7.2014, Rs. C-553/12 P – *DEI*, ECLI:EU:C:2014:2083 = EuZW 2014, 756; BGH v. 6.10.2015, KZR 17/14 – *Zentrales Verhandlungsmandat*, NZKart 2016, 78.

#### **Literatur:**

*Ahner*, Nachfragetätigkeit der öffentlichen Hand im Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht, Grundfreiheiten und Grundrechten, 2010; *Bornkamm*, Hoheitliches und unternehmerisches Handeln der öffentlichen Hand im Visier des europäischen Kartellrechts – Der autonome Unternehmensbegriff der Art. 81, 82 EG, in: Müller/Osterloh/Stein (Hrsg.), Festschrift für Günter Hirsch zum 65. Geburtstag, 2008, S. 231; *Bürger/Herbold*, Flucht der Wasserversorger ins Gebührenrecht und die 8. GWB Novelle, NVwZ 2012, 1217; *Essebier*, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und Wettbewerb – eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Art. 86 II EG, 2005; *Klement*, Verstaatlichung statt Regulierung?, EuZW 2014, 57; *Pauer*, Die Abgrenzung hoheitlicher und wirtschaftlicher Tätigkeiten im Europäischen Wettbewerbsrecht: Eine Analyse der Entscheidungspraxis des EuGH, WuW 2013, 1080; *Podszun/Palzer*, Machtprobe zwischen Markt und Staat? – Rekommunalisierung und Kartellrecht, NJW 2015, 1496; *Triantafyllou*, Der Staat als Garant der Wettbewerbsstruktur, EuZW 2014, 734; v. *Wallenberg*, Probleme der Presseverlage, MMR 2014, 577; *Weiß*, Öffentliche Daseinsvorsorge und soziale

Dienstleistungen: Europarechtliche Perspektiven, EuR 2013, 669; *Wernicke*, Die gewandelte Bedeutung des Art. 106 AEUV: Aus Apokryphen zum Kanon der Wirtschaftsverfassung, EuZW 2015, 281.

## *I. Unmittelbare Bindung des Staates durch die Art. 101, 102 AEUV*

### 1. Ausschluss hoheitlicher Tätigkeit

Zu Rn. 956:

EuGH, Urteil v. 6.5.2021 – C-142/20 – Lebensmittelüberwachung in Italien (Analisi Caracciolo) = NZKart 2021, 342 (Zur Anwendung des Art. AEUV Artikel 102 AEUV auf hoheitliche Tätigkeiten)

Leitsatz

Wenn eine Institution eine von gewerblichen Tätigkeiten unabhängige hoheitliche Tätigkeit ohne Gewinnerorientierung ausübt, ist sie kein „Unternehmen“ und unterliegt nicht dem Missbrauchsverbot des Art. AEUV Artikel 102 AEUV. (Leitsatz der Redaktion)

### 2. Daseinsvorsorge und Leistungsverwaltung als wirtschaftliche Tätigkeit

**Zu Rn. 958 Fn. 13:**

Ebenso und zusammenfassend EuGH v. 11.06.2020, Rs. C 262/18 P, C-271/18 P - *Dovera zdravotna poist'ovna*, ECLI:EU:C:2020:450 = BeckRS 2020, 12446, Rn. 30 f.: „Um zu beurteilen, ob eine im Rahmen eines Systems der sozialen Sicherheit ausgeübte Tätigkeit nichtwirtschaftlicher Natur ist, nimmt der Gerichtshof eine Gesamtbetrachtung des fraglichen Systems vor und berücksichtigt dabei die folgenden Aspekte, nämlich die Verfolgung eines sozialen Ziels durch das System, die Umsetzung des Solidaritätsprinzips durch dieses System, das Fehlen jeglicher Gewinnerorientierung der ausgeübten Tätigkeit und die staatliche Kontrolle dieser Tätigkeit. [...] Im Rahmen dieser Gesamtbetrachtung ist insbesondere zu prüfen, ob und inwieweit das fragliche System als Umsetzung des Solidaritätsprinzips angesehen werden kann und ob die Tätigkeit der Versicherungsträger, die ein solches System verwalten, staatlicher Kontrolle unterliegt.“

### 3. „Gemischte“ Tätigkeit

### 4. Fiskalgeschäfte und Kartellrecht

**Fall 1:** 26 Einrichtungen, darunter drei Ministerien der spanischen Regierung, verwalten das spanische nationale Gesundheitssystem (Sistema Nacional de Salud, SNS). Diese Einrichtungen beglichen ihre Schulden gegenüber den Mitgliedern der Federación Nacional de Empresas, Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) systematisch mit einem Rückstand von durchschnittlich 300 Tagen, während sie ihre Verbindlichkeiten gegenüber anderen Dienstleistungserbringern innerhalb sehr viel angemessenerer Fristen erfüllten. Der Grund für diese Diskriminierung sei, dass die das SNS verwaltenden Einrichtungen über eine beherrschende Stellung auf dem spanischen Markt für medizinische Erzeugnisse verfügten, so dass sie die Begleichung ihrer diese Erzeugnisse betreffenden Schulden verzögern könnten, ohne dass ihre Gläubiger irgendeinen wirtschaftlichen Druck ausüben könnten, um sie zur Aufgabe dieser Praxis zu zwingen. (EuG v. 4.3.2003, Rs. T-319/99 – *FENIN*, Slg. 2003, II-357)

Der BGH hat in der Zwischenzeit klargestellt, dass die Rechtsprechung der europäischen Gerichte, wonach die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand vom Anwendungsbereich des europäischen Kartellrechts ausgenommen ist, nicht der Rechtsprechung des BGH entspricht (BGH, Urt. v. 18.2.2020, KZR 6/17 – *Einspeiseentgelt II*, Rn. 17). Da es sich aber konkret um einen Fall handelte, der nicht dem Anwendungsbereich des EU-Kartellrechts unterfiel, konnte er offenlassen, ob dies Anlass gibt, die gefestigte Rechtsprechung zum Unternehmensbegriff im deutschen Recht zu überprüfen (BGH, Urt. v. 18.2.2020, KZR 6/17 – *Einspeiseentgelt II*, Rn. 18).

## *II. Öffentliche und monopolartige Unternehmen nach Art. 106 AEUV*

1. Artikel 106 AEUV im System der kartellrechtlichen Regelungen
2. Bindung der Mitgliedstaaten an das Unionsrecht nach Art. 106 Abs. 1 AEUV
  - a) Maßnahmen der Mitgliedstaaten
  - b) Öffentliche und privilegierte Unternehmen
    - (1) Öffentliche Unternehmen
    - (2) Privilegierte Unternehmen
      - (a) Ausschließliche Rechte
      - (b) Besondere Rechte
    - (3) Entstehung einer besonderen Rechtsbeziehung
  - c) Widerspruch zu den Regelungen des AEU-Vertrages
3. Bereichsausnahme, Art. 106 Abs. 2 AEUV

**Fall 2:** Der deutsche Gesetzgeber hat in § 30 Abs. 2a Satz 1 GWB die Geltung von § 1 für Branchenvereinbarungen zwischen Vereinigungen von Presseverlagen und Presse-Grossisten ausgeschlossen, soweit der flächendeckende und diskriminierungsfreie Vertrieb von Zeitungen und Zeitschriften, insbesondere dessen Voraussetzungen und Vergütungen sowie die dadurch abgegoltenen Leistungen geregelt sind. Zu diesem Zweck wurden in § 30 Abs. 2a Satz 2 GWB die Vereinigungen von Presseverlagen und -grossisten zur Sicherung eines flächendeckenden und diskriminierungsfreien Vertriebs mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut.

- a) Dienstleistungsunternehmen
- b) Schutzwürdiges Ziel: Erfüllung eines allgemeinen wirtschaftlichen Interesses
- c) Verhältnismäßigkeit
  - (1) Erforderlichkeit
  - (2) Berücksichtigung der Unionsinteressen