

Constanze Kugler

# Die Relevanz öffentlicher Interessen im Rahmen des Behinderungs- und Diskriminierungsverbotes



Nomos Verlagsgesellschaft  
Baden-Baden

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	15
<i>1. Teil: Einleitung</i>	
A. Fragestellung	19
B. Bedeutung des Begriffs „öffentliches Interesse“ in der Arbeit	19
I. Abgrenzung zu reinen Einzelinteressen	20
II. Abgrenzung zum öffentlichen Interesse an der Wettbewerbsfreiheit	21
C. Fallbeispiele für den Konflikt zwischen Kartellrecht und öffentlichen Interessen	21
I. Konflikt zwischen Kartellrecht und politisch motivierter Vergabepraxis	21
1. „Tariftreue“ als Bedingung für die Vergabe öffentlicher Aufträge	22
2. Frauenförderung als Bedingung für die Vergabe öffentlicher Aufträge	23
3. Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen	24
II. Konflikt zwischen Kartellrecht und öffentlichen Interessen in Bereichen ehemals staatlicher Wirtschaftstätigkeit	24
1. Leitungsgebundene Energiewirtschaft	25
a) Sichere, preisgünstige und umweltverträgliche Versorgung	25
b) Ausreichend hohe Verstromung von Braunkohle in den neuen Ländern	26
2. Telekommunikation	26
3. Entsorgungswirtschaft	27
D. Eingrenzung der Fragestellung	28
I. Relevante Vorschriften im GWB	29
II. Institutionalisierung der Berücksichtigung öffentlicher Interessen	30
1. Rechtspolitischer und verfassungsrechtlicher Hintergrund und Problematik der Ministererlaubnis	30
2. Verfahren	31
3. Ministererlaubnis nach § 42 Abs. 1 GWB	32
a) Gemeinwohlgründe	32
b) Anerkennung eines Umstandes als Gemeinwohlgrund	34
c) Einschränkende Kriterien	34
d) Abwägung	35
aa) Umfassende Gesamtbetrachtung	35
bb) Gewichtung der Nachteile der Wettbewerbsbeschränkung	36
cc) Gewichtung der Gemeinwohlgründe	37
dd) Durchführung der Abwägung	38

4.	Ministererlaubnis nach § 8 GWB	39
	a) Erlaubnisvoraussetzungen nach § 8 Abs. 1 GWB	39
	aa) Nichtvorliegen der Voraussetzungen der §§ 2 bis 7 GWB	40
	bb) Vorteile für Gesamtwirtschaft und Gemeinwohl	40
	cc) Einschränkende Voraussetzungen	41
	dd) Abwägung	41
	b) Erlaubnisvoraussetzungen nach § 8 Abs. 2 GWB	41
III.	Konzentration auf das Behinderungs- und Diskriminierungsverbot nach § 20 Abs. 1 GWB	42
IV.	Ausgrenzung des Parallelproblems bei § 1 UWG	43
E.	Weiterer Gang der Arbeit	45
2. Teil:	<i>Lösungsansatz für die Berücksichtigung öffentlicher Interessen im Rahmen des Behinderungs- und Diskriminierungsverbotes</i>	
A.	Ausgrenzung der Anwendbarkeitsfrage	46
B.	Meinungsstand zu den weiteren Lösungsansätzen	48
I.	Normübergreifende Ansichten zum Verhältnis von Kartellrecht und öffentlichen Interessen	49
	1. Umfassende Rechtfertigung kartellrechtswidriger Verhaltensweisen bei Verfolgung öffentlicher Zwecke	49
	2. Allenfalls begrenzte Rechtfertigung durch öffentliche Interessen	49
II.	Ansichten zur Relevanz öffentlicher Interessen im Rahmen des Diskriminierungsverbotes	50
	1. Berücksichtigung bei der Prüfung der Normadressateneigenschaft	50
	2. Berücksichtigung bei der Prüfung der Gleichartigkeit	51
	3. Berücksichtigung bei der Prüfung der Unbilligkeit	51
	a) Vorgreifliche Verantwortung des Wirtschaftsministers	51
	b) Ausschluß einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtungsweise	52
	c) Entwicklung generalisierungsfähiger Kriterien im Rahmen der Systematik der Interessenabwägung	55
C.	Stellungnahme	55
I.	„Einheitslösung“ für das gesamte Kartellrecht?	56
II.	Berücksichtigung öffentlicher Interessen außerhalb der Unbilligkeitsprüfung?	58
III.	Vorgreifliche wirtschaftspolitische Verantwortlichkeit des Wirtschaftsministers?	59
IV.	Lösung auf Basis der Interessenabwägung?	60
	1. Kritik an der einzelfallbezogenen Interessenabwägung	60
	2. Alternativkonzepte zur Interessenabwägung	61
	a) Leistungswettbewerbskonzept	61

b)	Theorie der monopolisierenden Einzelverhaltensweise	63
3.	Stellungnahme	63
a)	Schwächen der Alternativkonzepte	64
b)	Überlegenheit der Interessenabwägung	65
4.	Einheitliche Interessenabwägung für beide normativen Tatbestandsmerkmale	67
5.	Folgerung aus der Zustimmung zur Interessenabwägung	68
V.	Pauschale Ablehnung einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtungsweise?	68
VI.	Entwicklung generalisierungsfähiger Kriterien im Rahmen der Systematik der Interessenabwägung oder Fallgruppenbildung nach einzelnen öffentlichen Interessen?	71
D.	Ergebnis des 2. Teils	76

### *3. Teil: Berücksichtigung öffentlicher Interessen im Rahmen der Systematik der Interessenabwägung*

A.	Grundlagen der Interessenabwägung	77
I.	Funktion und Gegenstand der Interessenabwägung	77
II.	Überblick über die Vorgehensweise bei der Interessenabwägung	79
1.	Prüfungspunkte auf der Individualinteressenebene	79
a)	Bestimmung der maßgeblichen Interessenträger	79
b)	Ermittlung der Interessen der maßgeblichen Interessenträger	80
c)	Verlagerung weitergehender Wertungsfragen auf die Wertungsebene	80
2.	Prüfungspunkte auf der Wertungsebene	83
a)	Festlegung des Kreises der beachtlichen Wertungskriterien	83
aa)	Wettbewerbsspezifische Wertungskriterien	83
(1)	Wettbewerbsfreiheit als maßgeblicher Schutzzweck	84
(2)	Wertungsrelevante Teilaspekte	85
(3)	Konkretisierung durch Wertungen anderer freiheitssichernder Normen	86
(4)	Maßgeblichkeit der konkreten Marktsituation	87
(5)	Dreidimensionalität der Wettbewerbsfreiheit	87
(6)	Verhältnismäßigkeit	88
(7)	Sachgerechtigkeit der Beteiligteninteressen	89
bb)	Anerkennung außerwettbewerblicher Wertungskriterien	90
b)	Bewertung der Einzelfaktoren anhand der Wertungskriterien	90
c)	Gesamtabwägung	91
III.	Ergebnis zu A.	91
B.	Berücksichtigungsfähigkeit öffentlicher Interessen auf der Individualinteressenebene	92
I.	Meinungsstand	92
1.	Ablehnung der Einbeziehung öffentlicher Interessen	92

2.	Einbeziehung öffentlicher Interessen unter bestimmten Voraussetzungen	93
a)	„Auswirkung“ auf die Beteiligteninteressen	93
b)	Identität mit Beteiligteninteressen	93
II.	Stellungnahme und eigener Ansatz	94
1.	Einstellung öffentlicher Interessen auf der Individualinteressenebene?	95
a)	Maßgeblichkeit der Individualinteressen der Beteiligten	95
b)	Zirkelschluß des Bundeskartellamtes	96
2.	„Auswirkung“ auf die oder „Identität“ mit den Beteiligteninteressen?	97
3.	Ermittlung der Eigeninteressen der Beteiligten	98
a)	Maßstab für die Bestimmung der Eigeninteressen der Beteiligten	98
b)	Fallgruppen von Eigeninteressen	99
aa)	„Originäre“ Eigeninteressen	100
(1)	Originäre Eigeninteressen privatwirtschaftlicher Beteiligter	100
(2)	Originäre Eigeninteressen der öffentlichen Hand	101
bb)	Eigeninteressen kraft gesetzlicher Zuordnung	101
(1)	Eigeninteressen privatwirtschaftlicher Beteiligter kraft gesetzlicher Wahrungs- bzw. Förderungspflicht	101
(2)	Eigeninteressen der öffentlichen Hand aufgrund gesetzlicher Zuständigkeits- und Aufgabenzuweisung	102
cc)	Eigeninteresse kraft willkürfreier privatautonomer bzw. organisationsrechtlicher Zuordnung	102
(1)	Eigeninteresse eines privatwirtschaftlichen Beteiligten kraft willkürfreier privatautonomer Entscheidung	102
(2)	Eigeninteresse der öffentlichen Hand kraft willkürfreier organisationsrechtlicher Zuordnung	104
c)	Ausschluß „fremder“ Interessen	104
III.	Anwendungsbeispiele	106
1.	Beispiele für privatwirtschaftliche Beteiligte	106
a)	Öffentliche Interessen als Eigeninteressen privatwirtschaftlicher Beteiligter	106
b)	Beispiele für Fälle der Interessenüberschneidung	107
2.	Beispiele für die Öffentliche Hand	109
IV.	Ergebnis zu B.	112
C.	Berücksichtigungsfähigkeit öffentlicher Interessen auf der Wertungsebene	112
I.	Anerkennung öffentlicher Interessen als Wertungskriterien	112
1.	Meinungsstand	112
a)	Ausschluß öffentlicher Interessen als Wertungskriterien	112
b)	Gesamtwirtschaftliche Interessen als Teilaspekt des Wertungsmaßstabes der Wettbewerbsfreiheit	113
c)	Einbeziehung nicht wettbewerbsspezifischer gesetzlicher Wertungen	113
2.	Stellungnahme	114
II.	Voraussetzungen für die Anerkennung öffentlicher Interessen als Wertungskriterien	116
1.	Meinungsstand	116

a)	Öffentliche Hand als Normadressat	116
b)	Erfordernis einer gesetzlichen Regelung	117
c)	Erfordernis einer qualifizierten gesetzlichen Regelung	119
d)	Beschränkung auf Wertungen höherrangiger Normen	120
e)	Relevanz nur im Amtsverfahren	120
2.	Stellungnahme	120
a)	Öffentliche Hand als Normadressat?	121
b)	Erfordernis einer gesetzlichen Regelung?	121
c)	Erfordernis einer qualifizierten gesetzlichen Regelung?	126
d)	Trennung nach Amts- und Zivilverfahren?	127
III.	Folgen für die Sachgerechtigkeitsprüfung	127
IV.	Verhältnis der Wertungskriterien zueinander	129
1.	Meinungsstand	129
2.	Stellungnahme	130
3.	Eigener Ansatz	132
a)	Argumente für eine Stufenlösung	132
b)	Kriterien für die Feststellung der Gewichtigkeit der Wertungsmaßstäbe	133
aa)	Konkrete Gewichtigkeit	133
bb)	Abstrakte Gewichtigkeit der gegenläufigen Wertungskriterien	134
cc)	Grad der demokratischen Legitimation des öffentlichen Interesses	135
dd)	Ausmaß des „Wettbewerbsbezugs“	135
c)	Inhalt des Stufenmodells	136
aa)	Erste Stufe: Gravierender Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit	136
bb)	Zweite Stufe: Erheblicher Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit	137
cc)	Dritte Stufe: Geringfügiger Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit	137
V.	Anwendungsbeispiele	137
VI.	Ergebnis zu C.	140
<i>4. Teil: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse</i>		
A.	Lösungsansatz	141
B.	Relevanz öffentlicher Interessen auf der Individualinteressenebene	141
C.	Relevanz öffentlicher Interessen auf der Wertungsebene	142
	Literaturverzeichnis	145