

II. TEIL: DEUTSCHES RECHT

§ 4: UNTERNEHMENSBEGRIFF

A. Bedeutung

Das GWB bezieht sich auf das Handeln von „*Unternehmen*“. Der Unternehmensbegriff legt fest, welche Bereiche und Vorgänge an den kartellrechtlichen Regeln gemessen werden und sich prinzipiell dem Wettbewerb aussetzen müssen.

Das Kartellrecht tritt vielfach mit den Regeln anderer Gebiete in Konkurrenz. Es musste sich als vergleichsweise junges Gebiet seine Position, zum Beispiel seine Anwendbarkeit auf Freiberufler, erst erkämpfen. Dieser „Kampf“ wurde vor allem anhand des Unternehmensbegriffs ausgetragen.

Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff ist nicht mit dem älteren und ursprünglich ganz eng definierten Kaufmannsbegriff vergleichbar, sondern unterliegt eigenen Anforderungen.

- Das Handelsrecht ist auf Kaufleute anwendbar. Es orientiert sich also maßgeblich daran, was für eine Person handelt, weshalb man auch von subjektiver Anknüpfung spricht. Wenn das Handelsrecht als Kaufmann ansieht, legt es in den **§§ 1 ff. HGB** fest.
- Das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb bezieht sich dagegen nicht auf bestimmte Personen, sondern auf geschäftliche Handlungen, **§ 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG**. Es wählt also eine sachliche, keine subjektive Anknüpfung.

B. Anforderungen

I. Funktionale Kriterien

Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff ist im GWB nicht geregelt und beurteilt sich auch nicht nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG, *Nordemann* in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2. Auflage 2009, § 1 GWB Rn. 19. Er muss kartellrechtlich-funktional verstanden werden. Nach der Grundformel der Rechtsprechung wird „jede selbstständige Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr [erfasst], die auf den Austausch von Waren oder gewerblichen Leistungen gerichtet ist und sich nicht auf die Deckung des privaten Lebensbedarfs beschränkt“, BGH vom 6.11.2013 (VBL-Gegenwert), BGHZ 199, 1, 6 Rn. 43 mwN.

Der Unternehmensbegriff ist also tätigkeitsbezogen. Maßgebend ist nicht, wer etwas tut, sondern vielmehr, was jemand tut. Es kann zugleich sein, dass jemand für bestimmte von ihm ausgeübte wirtschaftliche Tätigkeiten als Unternehmen gilt und dem GWB unterliegt und für andere Tätigkeiten nicht. „Der Begriff des Unternehmens [lässt] sich nicht einheitlich festlegen. Die Unternehmenseigenschaft muss vielmehr im Einzelfall ermittelt werden. Dabei ist vom Zweck des GWB auszugehen, die Freiheit des Wettbewerbs

sicherzustellen, und der zu beurteilende wirtschaftliche Vorgang in seiner Gesamtheit zu würdigen“, BGH vom 26.10.1961 (Gummistrümpfe), BGHZ 36, 91, 103.

Der Schutzzweck, die Freiheit des Wettbewerbs, gebietet es, geschäftliche Tätigkeiten möglichst weitgehend zu erfassen, also den Unternehmensbegriff weit zu verstehen, BGH vom 9.3.1999 (Lottospielgemeinschaft), WuW 1999, 601, 603 f. = WuW/E DE-R 289, 291 f.

II. Tätigkeit

Grundsätzlich können nur Tätigkeiten, die auch tatsächlich ausgeübt werden, für die Verhältnisse auf dem Markt und das Funktionieren des Wettbewerbs relevant sein und die Unternehmenseigenschaft begründen.

Das Kartellrecht erfasst aber auch bestimmte Tätigkeiten, die nicht beziehungsweise noch nicht ausgeübt werden! Dies hat Bedeutung für potenzielle Unternehmen. Eine nicht kontinuierliche oder erst zukünftige Marktteilnahme wird durch den Begriff des potenziellen Unternehmens erfasst. Es kommt darauf an, ob in absehbarer Zeit die konkrete Möglichkeit der Marktteilnahme besteht, BGH vom 26.10.1959 (Glasglühkörper), BGHZ 31, 105, 109 f. Nach *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 3. Auflage 2014, § 15 Rn. 10 mwN. ist potenzieller Wettbewerber jedes Unternehmen, das tatsächlich in der Lage wäre, innerhalb eines Jahres in den relevanten Markt einzutreten und dies bei einem geringfügigen, aber dauerhaften Anstieg der Preise in dem relevanten Markt auch tun würde.

Die Einbeziehung eines erst noch geplanten Unternehmens in das Kartellrecht erklärt sich zwanglos aus dem Schutzzweck des GWB. Eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung etwa zwischen dem Monopolisten und dem potenziellen Newcomer wirkt sich auf den Wettbewerb schädlich aus, indem sie das Bestehen von Nichtwettbewerb zementiert. Sie ist genauso „schlimm“ wie eine Vereinbarung zwischen Duopolisten, die eines der beiden Unternehmen zum Monopolisten macht.

Art. 1 lit. c VO 330/2010 über Vertikalvereinbarungen definiert unter anderem den potenziellen Wettbewerber.

III. Selbstständigkeit

Ein Unternehmen ist nur, dessen wirtschaftliches Verhalten eigenständig und selbstbestimmt ist.

1. Konzernunternehmen

Bedeutung hat das Selbstständigkeitskriterium insbesondere für die Behandlung von Konzernen. Hier geht es um die Frage, ob Mutter- und Tochterunternehmen ein einziges oder zwei voneinander zu trennende Unternehmen sind. Relevant wird dies zum Beispiel, wenn die Mutter der Tochter vorschreibt, dass die Tochter mit bestimmten Geschäftspartnern keine Geschäfte mehr machen soll und sich die Tochter daran hält. Ist das eine Kooperation zwischen

verschiedenen Unternehmen, die unter § 1 GWB fällt, oder lediglich eine unternehmensinterne Maßnahme, die § 1 GWB nicht erfasst?

- Rechtlich sind Mutter- und Tochterunternehmen in aller Regel selbstständige Unternehmen.
- Kartellrechtlich wird von der wohl h.M. darauf abgestellt, ob dem Einzelunternehmen im konkreten Fall eine selbstständige Planungszuständigkeit verblieben ist. Stehen Mutter- und Tochterunternehmen unter einer einheitlichen Leitungsmacht (§ 15 AktG), dann liegt lediglich ein Gesamtunternehmen vor. Lässt die Konzernleitung zwischen den rechtlich selbstständigen Töchtern Wettbewerb zu, so ist auch auf Koordinierungsabsprachen zwischen den Töchtern das Kartellrecht anzuwenden. Denn insoweit ist die wirtschaftliche Planungszuständigkeit bei den einzelnen Tochterunternehmen verblieben.

2. Gesellschafter

Gesellschafter einer Personengesellschaft sind nur dann als Unternehmen anzusehen, wenn sie die Voraussetzungen des Unternehmensbegriffs in ihrer eigenen Person erfüllen. Sie müssen also selbst aktuell oder potenziell am geschäftlichen Verkehr teilnehmen.

Konkurrenzverbote zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern sind also nicht von vornherein wegen mangelnder Unternehmenseigenschaft des Gesellschafters aus dem Anwendungsbereich des § 1 GWB ausgeschlossen. Die Beschränkung von Wettbewerb darf nicht einfach dadurch möglich sein, dass die Beteiligten eine besondere Organisationsform wählen, BGH vom 21.2.1978 (Gabelstapler), BGHZ 70, 331 ff.

Gesellschafter gelten nach § 36 Abs. 3 GWB aber als Unternehmer, wenn ihnen die Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen zusteht. Die Regelung ist nicht – wie ihr systematischer Standort an sich nahelegt – auf den Bereich der Fusionskontrolle beschränkt, sondern gilt für alle Tatbestände des GWB, *Regierungsentwurf und Begründung eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB* vom 29.1.1998, BT-Drucks. 13/9720, S. 58.

IV. Geschäftlicher Verkehr

Die Tätigkeit muss im „geschäftlichen Verkehr“ geschehen. Das Erfordernis ist weit zu verstehen. Es erfasst sowohl die Erzeugung von Gütern und Leistungen als auch alles, was auf dem Markt durch Angebot und Annahme, durch wirtschaftliche Leistung und Gegenleistung gehandelt werden kann.

1. Marktbezug

Das Verhalten muss hinreichend auf das Marktgeschehen bezogen sein. Die Produktion zur bloßen Selbstversorgung sowie rein unternehmensinterne Vorgänge bewegen sich nicht im geschäftlichen Verkehr.

In BGH vom 7.10.1980 (Rote Liste), BGHZ 78, 190 ff. hatte der Bundesverband pharmazeutischer Unternehmen eine „Rote Liste“ betrieben, in der Arzneimittel der Verbandsmitglieder verzeichnet sowie nach therapeutischen Gesichtspunkten geordnet und beschrieben waren. Die Liste

wurde kostenlos an Ärzte, Apotheken, Krankenhäuser und Gesundheitsbehörden abgegeben. Sie beschränkte sich damit nicht auf den verbandsinternen Bereich, sondern war ein für den Markt bestimmtes Werbemittel. Die pharmazeutischen Anbieter waren mehr oder weniger zwingend darauf angewiesen, mit ihren Produkten in der Roten Liste aufgeführt zu werden, wenn sie überhaupt eine reale Chance zum Absatz dieser Produkte haben wollten. Die Verbandstätigkeit war deshalb insoweit eine unternehmerische Tätigkeit.

2. Irrelevant: Branchen, Rechtsform

Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff trennt weder nach Branchen, noch nach der Unternehmensrechtsform. Er unterscheidet sich damit wesentlich von den Begriffen anderer Rechte. Er beschränkt sich insbesondere nicht wie das HGB auf den gewerblichen Bereich und erfasst auch die Erzeugung. Die Vorteile des Wettbewerbs sollen dem Verbraucher eben nicht nur im gewerblichen Bereich, sondern möglichst generell zugute kommen.

Daher sind Fußballbundesligavereine, die als Lizenzligavereine organisiert sind, Unternehmen, BGH vom 11.12.1997 (Europapokalheimspiele), BGHZ 137, 297, 304 f. Gleiches gilt für den Deutschen Fußballbund, die Technischen Überwachungsvereine, Kirchen in ihren wirtschaftlichen Aktivitäten usw.

Nach BGH vom 29.10.1970 (Volksbühne II), WuW 1971, 136 f. = WuW/E BGH 1142 f. ist der Inhaber eines Künstlertheaters Unternehmer im Sinne des GWB. Auch die Darbietung künstlerischer Leistungen kann als Gegenstand eines Geschäftsverkehrs die Unternehmenseigenschaft begründen. Die unternehmerische Tätigkeit ist nicht die Darbietung als solche, sondern vielmehr ihre wirtschaftliche Verwertung. Der Inhaber eines Theaterbetriebes nimmt am Geschäftsverkehr teil, indem er die künstlerischen Leistungen seiner Schauspieler gegen Entgelt anbietet.

Ebenfalls Unternehmen sind Zeitungsunternehmen, siehe auch **§ 30 GWB**. Sie bewegen sich auf verschiedenen Märkten, je nach dem, wie sie sich finanzieren. Soweit sie sich durch Kaufentgelte finanzieren, bieten sie den Lesern ein Produkt an, nämlich das eigentliche Zeitungsblatt. Soweit sie sich aus Werbeentgelten inserierender Anzeigenkunden finanzieren, bieten sie den Werbekunden die Veröffentlichung und Verbreitung von Werbeanzeigen an.

3. Irrelevant: Gewinnerzielungsabsicht, hauptberuflicher Charakter, Mindestschwellen

Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff ist ebenso unabhängig von Gewinnerzielungsabsichten oder den Eigentumsverhältnissen am Gesellschaftskapital.

BGH vom 13.11.1979 (Deutscher Landseer Club), WuW 1980, 827, 828 = WUW/E BGH 1725, 1726 hat einen Hundezuchtverband, der gemeinnützige Ziele verfolgte und dabei nicht nach Gewinnen strebte, aufgrund seiner umfangreichen Betätigung auf dem Gebiet von Veräußerung und Zucht als Unternehmen eingeordnet.

Die Tätigkeit muss weder hauptberuflich ausgeübt werden noch einen irgendwie gearteten Mindestumfang überschreiten, Nordemann in:

Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, 2. Auflage 2009, § 1 GWB Rn. 20 mwN.; Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rdnr. 34 mwN. Die Unternehmenseigenschaft setzt außerdem weder Nachhaltigkeit noch Planmäßigkeit voraus.

Ein Hauseigentümer, der ein Geschäftslokal vermietet, nimmt am geschäftlichen Verkehr teil. Dies gilt selbst dann, wenn er dies nur neben seiner eigentlichen beruflichen Tätigkeit macht, OLG Düsseldorf vom 7.12.1976 (Automatenaufstellung), WuW 1977, 437 f. = WuW/E OLG 1793 f. Gleiches gilt für eine Erbengemeinschaft, die einmalig ein Grundstück aus dem Nachlassvermögen veräußert, BGH vom 22.7.1999 (Beschränkte Ausschreibung), WuW 1999, 1103, 1104 = WuW/E DE-R 349, 350.

Der „Privatmann“, der Wohnungen oder Studentenzimmer vermietet, ist bereits Unternehmer.

Hier besteht ein Unterschied zum UWG: Wer etwa seinen privaten Pkw verkaufen will und dazu eine Zeitungsanzeige schaltet, handelt privat und begeht keine geschäftliche Handlung im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.

V. Einzelkonstellationen und Abgrenzungen

Der Unternehmensbegriff gewinnt an Kontur, wenn man auf die im Einzelnen diskutierten Streitfälle und die Abgrenzung zu Nichtunternehmen sieht.

1. Öffentliche Hand

Die Unternehmenseigenschaft der öffentlichen Hand wirft vielfach Schwierigkeiten auf. Soweit Unternehmen der öffentlichen Hand wirtschaftlich tätig sind, unterliegen sie grundsätzlich dem Kartellrecht, wenn nicht etwas anderes bestimmt ist. **§ 185 Abs. 1 Satz 1 GWB** stellt dies ausdrücklich klar. Die Vorschrift besagt andererseits aber nur, dass Unternehmen, die ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, vom GWB erfasst werden können. Sie trifft keine Regelung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen die Tätigkeit des Staates zur kartellrechtlichen Unternehmenseigenschaft führt. Der Sondercharakter kann gebieten, dass sich die rechtliche Beurteilung der Wirtschaftstätigkeit ausschließlich nach öffentlichem Recht bestimmt.

Soweit die öffentliche Hand wie ein Privater tätig wird, ist sie ein Unternehmen. Die Schwierigkeiten beginnen aber, wenn eine tatsächliche oder vermeintliche öffentlich-rechtliche Sonderfunktion infrage steht. Dann wird die Anwendung des GWB auf Tätigkeiten mit hoheitlichem Bezug etwas uneinheitlich beurteilt. Die Diskussion ist nicht frei von Kasuistik und politischen Überlagerungen.

a. Ersatzkassen II-Urteil

Grundlegend ist BGH vom 22.3.1976 (Ersatzkassen II), BGHZ 66, 229 ff. Die Entscheidung bezieht sich zwar primär auf die Rechtswegfrage, ist aber auch für die Unternehmenseigenschaft relevant. In der Sache geht es darum, ob und in welchen Fällen allein das öffentliche Recht anwendbar ist.

Im Streitfall hatte eine öffentlich-rechtliche Ersatzkasse der gesetzlichen Krankenversicherung Studenten als Mitglieder geworben, die nach damaliger Rechtslage versicherungsfrei waren. Die Kasse überschritt damit die Grenzen ihrer öffentlich-rechtlichen Versicherungspflicht und konkurrierte mit den Privatversicherern.

Der BGH hielt das Privatrecht für anwendbar, soweit die Ersatzkasse mit den Privatkassen um Kunden konkurrierte. Es bestehe insoweit kein Verhältnis der Über- oder Unterordnung, sondern ein Gleichordnungsverhältnis. Auf das Kartellrecht übertragen bedeutet dies, dass die Ersatzkasse ein Unternehmen im Sinne des GWB ist, soweit sie mit den Privatkassen konkurriert.

Heute ist im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Krankenkassen **§ 69 SGB V** zu beachten. Danach sind die Rechtsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken und sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden abschließend im Sozialrecht geregelt. Das GWB ist nur anwendbar, soweit der Sozialgesetzgeber es ausdrücklich anordnet. Die gesetzlichen Krankenkassen dürfen also zum Beispiel untereinander Preise absprechen oder auch dann miteinander fusionieren, wenn dies zur Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

b. Deutscher Lotto- und Totoblock

Das Lotteriegeschäft ist kraft Gesetzes dem Deutschen Lotto- und Totoblock vorbehalten. Der Lotto- und Totoblock ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, zu der sich die 16 Bundesländer zusammengeschlossen haben. Auf der Ebene der einzelnen Gesellschafter/Bundesländer ist die rechtliche und organisatorische Beteiligung unterschiedlich ausgestaltet. Zum Teil veranstalten die Bundesländer das Lotto selbst, zum Teil in Gestalt ihnen gehörender privater Gesellschaften. Der „Block“ und seine Gesellschafter lassen sich mit privaten Unternehmen nicht ohne Weiteres auf dieselbe Stufe stellen, weil (beziehungsweise solange) privaten Unternehmen das Betreiben von Lotterien gesetzlich verboten ist.

In BGH vom 9.3.1999 (Lottospielgemeinschaft), WuW 1999, 601 ff. = WuW/E DE-R 289 ff. fasste der Lotto- und Totoblock einen Beschluss über die Rahmenteilnahmebedingungen für das Lotto am Samstag und das Lotto am Mittwoch. Wer Lotto spielen wollte, konnte daher nicht mehr zwischen unterschiedlichen Teilnahmebedingungen wählen. Der Beschluss wäre nach § 1 GWB unwirksam gewesen, wenn der Lottoblock eine Unternehmensvereinigung beziehungsweise die Gesellschafter Unternehmen gewesen wären.

Der BGH hat das GWB für anwendbar gehalten, das heißt er sah sowohl die einzelnen Gesellschafter als auch den „Block“ als Unternehmen an, BGH vom 9.3.1999 (Lottospielgemeinschaft), WuW 1999, 601, 604 = WuW/E DE-R 289, 292. Die Tätigkeit der Gesellschaft und der Gesellschafter wird davon bestimmt, durch die Veranstaltung von Spiel- und Wettmöglichkeiten im Privatrechtsverkehr und mit den Mitteln des Marktes Einnahmen zu erzielen. Dass die von den Blockgesellschaftern erzielten Gewinne im Ergebnis den wirtschaftlich hinter ihnen stehenden Bundesländern zufließen und von diesen zur Finanzierung von im öffentlichen Interesse liegenden Vorhaben verwendet werden, verleiht der Tätigkeit des Lottoblocks und

seiner Gesellschafter keinen hoheitlichen Charakter. Die erzielten Einnahmen sind ihrer Natur nach das Ergebnis einer gewinnorientierten Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr.

c. Öffentlich-rechtlicher Rundfunk

Der öffentlich-rechtliche Rundfunk ist aufgrund einer verfassungsrechtlichen Sonderstellung durch **Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 GG** kein wirtschaftliches Unternehmen wie sonstige Unternehmen, *Beater*, Medienrecht, 2. Auflage 2016, Rdnr. 224 f. Insbesondere Entscheidungen über die Programmauswahl und -gestaltung sind Ausdruck der Programmautonomie und nicht nach kartellrechtlichen Maßstäben zu beurteilen. Es steht dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk beispielsweise in Wahlzeiten nicht frei, nach eigenem Gusto oder aufgrund einer entsprechenden Bezahlung nur regierungsfreundliche Beiträge zu senden.

Im Übrigen hängt die Einordnung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks als kartellrechtliches Unternehmen davon ab, welche Tätigkeit infrage steht. Soweit die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten als Nachfrager von Programmmaterial in gleicher Weise wie die privaten Rundfunkveranstalter am allgemeinen geschäftlichen Verkehr teilnehmen, ist die Unternehmenseigenschaft zu bejahen, BGH vom 14.3.1990 (Sportübertragungen), BGHZ 110, 371, 381 mwN. Ebenso findet das Kartellrecht Anwendung auf Vereinbarungen der Rundfunkanstalten über die Preise und Konditionen für die Durchführung von Werbeaufträgen oder auf Verträge zwischen den Rundfunkanstalten und den Verlegern über die Beschränkung des Werbefernsehens.

BGH vom 14.3.1990 (Sportübertragungen), BGHZ 110, 371, 376 f. hat die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten relativ weitgehend dem Kartellrecht unterworfen. Im Streitfall hatten ARD und ZDF sich in einem Vertrag mit dem Deutschen Sportbund das Recht zur ausschließlichen Verwertung bestimmter Sportveranstaltungen einräumen lassen. Das Gericht musste entscheiden, ob darin eine kartellrechtlich unzulässige Beschränkung des Sportbunds in der Möglichkeit lag, Übertragungsrechte an Dritte zu vergeben. Der Vertrag machte es den privaten Sendern nämlich weitgehend unmöglich, ebenfalls über die Sportveranstaltungen zu berichten.

In den Augen der Richter dienen Programmbeschaffung, Programmgestaltung und Sendetätigkeit der Rundfunkveranstalter nicht nur dem publizistischen Wettbewerb im Verhältnis zu anderen Rundfunkveranstaltern und Medien, sondern beeinflussen auch den wirtschaftlichen Wettbewerb. Deshalb sind das Kartellrecht anwendbar und Verfügungen der Kartellbehörden zulässig, solange und soweit sie ihrem Wesen nach auf die Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung gerichtet sind, auch wenn sie als Nebenfolge Auswirkungen in dem Bereich der Rundfunkordnung haben. Wenn ein kartellrechtlicher Eingriff zur Sicherung der Freiheit des wirtschaftlichen Wettbewerbs erforderlich ist und zugleich eine möglichst weitgehende Vielfalt der Meinungen und Informationen im Rundfunk sichert, dann sind Folgeauswirkungen auf den publizistischen Wettbewerb der Fernsehveranstalter hinzunehmen.

BGH vom 16.6.2015 (Einspeiseentgelt), BGHZ 205, 354, 365 f. Rn. 34 ff., 37 hat an dieser Linie festgehalten.

2. Freie Berufe

Die freien Berufe haben sich heftig dagegen gewehrt, als Unternehmen zu gelten und damit unter das Kartellrecht zu fallen. Die Frage hat besondere Bedeutung, weil hier vielfach wettbewerbsbeschränkende Standesregeln gelten. Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Ärzte, Architekten und Apotheker sind grundsätzlich Unternehmer, weil sie sich selbstständig am wirtschaftlichen Verkehr beteiligen. Es ist ihnen daher zum Beispiel nach § 1 GWB verboten, untereinander wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zu treffen.

Die standesrechtlichen Berufsregelungen sind dagegen kartellrechtlich etwas schwieriger einzuordnen.

Für die freien Berufe besteht vielfach ein detailliertes Berufsrecht, aufgrund dessen etwa Ärzte und Rechtsanwälte nur unter Beachtung spezieller Anforderungen Werbung treiben dürfen. Der Inhalt dieses Standesrechts wird meist von den beruflichen Selbstverwaltungskörperschaften, etwa den Ärzte-, Apotheken- oder Rechtsanwaltskammern, festgelegt. In diesen Fällen ist zu entscheiden, ob die Kammern „Unternehmensvereinigungen“ sind und die von ihnen erlassenen Regeln dem GWB unterfallen, zum Beispiel dem § 1 GWB.

Für die exakte Behandlung ist zu differenzieren. Allgemein ist maßgeblich, ob die Kammern hoheitliche Befugnisse ausüben (dann kein GWB) oder als Organ zur Regelung des Berufs „Rechtsanwalt“ tätig werden (dann GWB), EuGH vom 19.2.2002 (Manuele Arduino) – Rs. C-309/99, Slg. 2002 I, 1577 ff. Rn. 58 ff. Darüber hinaus kommt es auf die gesetzliche Rechtsgrundlage an, aufgrund deren die Selbstverwaltungskörperschaften ihre Regeln erlassen. Das GWB scheidet aus, wenn und soweit die Maßnahme der Kammer von einer gesetzlichen Ermächtigung gedeckt ist, *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rdnr. 67 mwN.

In BGH vom 16.12.1976 (Architektenkammer), WuW 1977, 512 ff. = WuW/E BGH 1474 ff. ging es um die Einhaltung von Honorarmindestbeträgen, die durch die Architektenkammer festgelegt worden waren. In der Festlegung von Mindestbeträgen liegt eine Wettbewerbsbeschränkung, weil sie den Preiswettbewerb ausschaltet. Der BGH sah die Architektenkammer als eine „Unternehmensvereinigung“ im Sinne des § 1 GWB an.

Für die Einordnung der Architektenkammer komme es nicht auf eine allgemeine Beurteilung an, sondern auf die Tätigkeiten, die Gegenstand des Verfahrens seien. Die Kammer kann also in bestimmten Bereichen dem Kartellrecht unterliegen und in anderen nicht. Das GWB findet Anwendung, wenn es um Bereiche geht, in denen Architekten mit anderen Architekten oder Dritten in Preiswettbewerb treten.

Im Streitfall war die Kammer gesetzlich (§ 9 Abs. 1 Nr. 5 Nds. Architektengesetz) nur ermächtigt, Höchstbeträge zu bestimmen. Der Gesetzgeber hatte also den Wettbewerb unter den Architekten insoweit eröffnen

wollen, als dass die Architekten diesen Höchstbetrag unterschreiten und sich so gegenseitig Konkurrenz machen durften.

3. Deckung des privaten Lebensbedarfs

Die private Nachfrage zur Deckung des persönlichen Lebensbedarfs begründet keine Unternehmenseigenschaft, BGH vom 6.11.2013 (VBL-Gegenwert), BGHZ 199, 1, 6 Rn. 43 mwN. Wer lediglich zum privaten Verbrauch nachfragt, ist ein Verbraucher und kein Unternehmer, *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rdnr. 33.

- Die Einbeziehung der Verbraucher in den Adressatenkreis des GWB würde dessen Sinn und Zweck widersprechen. Dieser liegt gerade darin, die „bestmögliche Versorgung der Verbraucher“ sicherzustellen, *Regierungsentwurf und Begründung zum GWB* vom 22.1.1955, BT-Drucks. II/1158, S. 21. Versuchen die Verbraucher, dieses Ziel durch eigene Aktionen zu erreichen, so kann es nicht Sinn des GWB sein, ihre Handlungsfreiheit einzuschränken. Verbraucherverhalten bedarf keiner kartellrechtlichen Kontrolle, denn die Verbraucher haben gerade kein Interesse an der Beschränkung, sondern allein an dem Bestehen von Wettbewerb.
- Ein Käuferstreik oder ein von Verbraucherverbänden ausgelöster Boykott fällt nicht unter das GWB, *Zimmer* in: Immenga/Mestmäcker, 5. Auflage 2014, § 1 GWB Rdnr. 24 mwN. **§ 21 Abs. 1 GWB** regelt nur den Boykott durch Unternehmen. **§§ 3 ff. UWG** setzen eine geschäftliche Handlung und damit in der Regel Unternehmenseigenschaft voraus. Im Gegensatz zum GWB kann das UWG allerdings fremdnütziges Verhalten erfassen. Ansonsten kommen lediglich die **§§ 823 Abs. 1, 826 BGB** in Betracht.

Schließen sich Verbraucher zu Sammelbestellern zusammen, um günstigere Bedingungen zu erzielen, so kann darin eine unternehmerische Betätigung liegen. Die gesteigerte Nachfragemacht von Sammelbestellern wird zu einer potenziell wettbewerbsrelevanten Größe, wenn sie über den bloßen Privatbedarf hinausreicht. Schlossen sich etwa alle privaten Autokäufer zusammen, so würde das Wohlergehen der deutschen Wirtschaft in wesentlichen Teilen von den Entscheidung dieser Käuferorganisation abhängen.