

Kurzgutachten zur Interpretation der Begriffe Wettbewerbsrecht und Kartellrecht und zur Analyse des Gutachtens von Dr. Novak

*erstellt von Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley) **

Zentraler Gegenstand dieses Kurzgutachtens ist die Frage, welche Bedeutung dem Terminus „Berufserfahrung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts“ in § 7 Absatz 1 Ziffer 3 des österreichischen Wettbewerbsgesetzes beizumessen ist.

Das Kurzgutachten von Dr. *Novak* kommt zu dem Schluss, dass es sich dabei um Tätigkeiten handeln müsse, „die die sich auf Art. 101 bis Art 106 AEUV beziehen. Die Berufserfahrung muss im Bereich des Kartellrechts (Kartellverbot, Missbrauchskontrolle und Fusionskontrolle) und in den einschlägigen Verfahrensrechten liegen“. Diese konkrete Berufserfahrung könne „in ihrem Kern nicht durch Tätigkeiten in verwandten Rechtsbereichen des Wirtschaftsrechts ersetzt werden“. Mitglieder der Wettbewerbskommission, so das Kurzgutachten weiter, erfüllten „diese Voraussetzungen nur, wenn es sich um ausgewiesene Kartellrechtsexperten handelt, die den genannten Berufsvoraussetzungen entsprechen“. Letztlich geht das Kurzgutachten also davon aus, dass mit „Wettbewerbsrecht“ in § 7 Absatz 1 Ziffer 3 WettbG einzig und allein „Kartellrecht“ gemeint sei.

Würde dies zutreffen, stellt sich die Frage, warum zwei österreichische Bundesgesetze, die in engem sachlichem Bezug zueinanderstehen (das Kartellgesetz und das Wettbewerbsgesetz) für ein und dasselbe (nämlich das Kartellrecht) zwei unterschiedliche Begriffe verwenden.

Es gilt daher, dem Begriff des „Wettbewerbsrechts“ in der deutschen Rechtssprache im Allgemeinen sowie in der österreichischen Rechtstradition und im Wettbewerbsgesetz im Besonderen nachzuspüren. Da es sich um die Auslegung eines Gesetzesbegriffs handelt, bietet es sich an, diese Untersuchung nach den klassischen Auslegungsmethoden, also nach Wortlaut, Systematik, Gesetzgebungshistorie und Telos der relevanten Norm, vorzunehmen und dabei

* Der Autor, Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley), ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Kartell- und Regulierungsrecht, Recht der digitalen Wirtschaft an der Universität zu Köln. Er ist seit 2004 Professor für Kartellrecht (zuvor in Düsseldorf, Jena und Göttingen) und u.a. Mitherausgeber des Großkommentars Immenga/Mestmäcker, „Wettbewerbsrecht“, der Neuen Zeitschrift für Kartellrecht (NZKart) und der Schriftenreihen „Kartell- und Regulierungsrecht“. Seit 2015 ist er stellv. Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats des Instituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (FIW). Von 2016 bis 2021 war er Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats für Regulierungsfragen der deutschen Bundesnetzagentur.

mit Blick auf die zunehmende Überformung des nationalen Kartell- und Wettbewerbsrechts durch unionsrechtliche Vorgaben natürlich auch das Unionsrecht einzubeziehen.

I. Wortlautauslegung

Der Begriff des „Wettbewerbsrechts“ ist ebenso vielfältig wie derjenige des „Wettbewerbs“ und entzieht sich wie dieser einer allgemein gültigen und universell akzeptierten Definition. Was mit dem in § 7 Absatz 1 Ziffer 3 WettbG verwendeten Ausdruck „Berufserfahrung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts“ gemeint ist, wird aber möglicherweise bereits durch einen Blick auf die Praxis erhellt.

Ich gebe zusammen Prof. Dr. *Heike Schweitzer*, die von 2014 bis 2018 Sonderberaterin der EU-Wettbewerbskommissarin *Vestager* für Digitalisierung und Wettbewerbspolitik war und Prof. Dr. *Daniel Zimmer*, der von 2012 bis 2016 den Vorsitz der deutschen Monopolkommission innehatte, den Kommentar *Immenga/Mestmäcker*, „Wettbewerbsrecht“ heraus. Dieser Kommentar (derzeit in 6. Auflage 2019 ff.) umfasst neben drei Bänden zum deutschen und europäischen Kartellrecht i.e.S. auch das Vergaberecht und das Beihilfenrecht. Die Herausgeber zählen damit diese Materien ebenfalls zum „Wettbewerbsrecht“. Diese bereits von den Begründern Prof. Dr. Dr. h.c. *Ulrich Immenga* und Prof. Dr. Dr. h.c. *Ernst-Joachim Mestmäcker* getroffene Entscheidung für einen umfassenden Begriff des „Wettbewerbsrechts“ einschließlich des Vergabe- und Beihilfenrechts haben die neuen Herausgeber bewusst fortgeführt. Selbstverständlich ist eine solche wissenschaftlich fundierte herausgeberische Entscheidung, auch wenn sie von *Immenga* und *Mestmäcker*, den „Gründervätern“ des modernen deutschen Kartellrechts, ausgeht, für sich genommen kein Beleg für die Validität einer bestimmten Begrifflichkeit im österreichischen Recht, aber sie ist ein Indiz für eine naheliegende Begriffsauslegung.

Dieses Indiz wird dadurch verstärkt, dass es der zweite deutschsprachige Großkommentar zum Wettbewerbsrecht, der von Prof. Dr. Dres. h.c. *Franz-Jürgen Säcker*, Prof. Dr. *Florian Bien*, Prof. Dr. *Peter Meier-Beck* (Vorsitzender Richter des Kartellsenats des BGH a.D.) und Dr. *Frank Montag* (Kartellanwalt und Vorsitzender der deutschen Studienvereinigung Kartellrecht) herausgegebene „Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht“ es ebenso hält. Er umfasst

ebenfalls Kartellrecht, Beihilfenrecht und Vergaberecht und fasst diese drei Materien unter dem Oberbegriff „Wettbewerbsrecht“ zusammen.

Umgekehrt verwenden, soweit ersichtlich, alle anderen deutschsprachigen Kommentare, die das Vergabe- und Beihilfenrecht nicht umfassen und sich allein auf das Kartellrecht i.e.S. beschränken, den Begriff „Kartellrecht“, soweit sie nicht wie der Bechtold/Bosch schlicht „GWB“ heißen (im Einzelnen: Bechtold/Bosch/Brinker, „EU-Kartellrecht“; BeckOK „Kartellrecht“; Berg/Mäsch, „Deutsches und Europäische Kartellrecht“; Bunte, „Kartellrecht“; „Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht“; „Kölner Kommentar zum Kartellrecht“; Loewenheim et al. „Kartellrecht“). Entsprechendes gilt für die österreichischen Kommentare und Handbücher (Reidlinger/Hartung, „Das österreichische Kartellrecht“; Gruber „Österreichisches Kartellrecht“; Gugerbauer, „Kartellrecht“; Petsche/Urlesberger/Vartian, „KartG“ mit NVG; Egger/Harsdorf-Borsch, „Kartellrecht Kommentar“ mit FWBG).

Diese Analyse unterstreicht den Eindruck, dass der Begriff „Wettbewerbsrecht“ in der deutschsprachigen Fachliteratur und Praxis heute eher umfassend verstanden und vom Begriff des „Kartellrecht“ i.e.S. unterschieden wird. In dieselbe Richtung deutet auch die Namensgebung der (in Österreich ebenso wie in Deutschland existierenden) Studienvereinigung, welche „Studienvereinigung Kartellrecht“ und nicht etwa „Studienvereinigung Wettbewerbsrecht“ heißt, eben weil ihr Gegenstand allein das Kartellrecht i.e.S. ist.

Selbstverständlich gibt es auch spezialisierte Werke, die nur das Kartellrecht, nur das Vergaberecht oder nur das Beihilfenrecht behandeln (und auch solche die sich z. B. allein auf Fusionskontrolle oder Kartellverfahrensrecht beziehen). Daraus allein lässt sich letztlich aber entgegen dem Kurzgutachten *Novak* (S. 4 f.) ebenso wenig ein zwingender Schluss für eine enge Begrifflichkeit im Sinne von „Wettbewerbsrecht = Kartellrecht“ ziehen, wie umgekehrt allein durch die Zusammenfassung von Kartellrecht, Vergaberecht und Beihilfenrecht unter dem Oberbegriff des „Wettbewerbsrechts“ durch die deutschen Großkommentare zwingend bewiesen wird, dass der Begriff im österreichischen Wettbewerbsgesetz ebenso weit verstanden werden müsste.

In der Summe spricht aber m.E. mehr dafür, dass das Verständnis des Begriffs „Wettbewerbsrecht“ heute umfassend ist und jedenfalls die genannten Gebiete (sowie ggf. auch das Lauterkeitsrecht) einschließt. Der Begriff „Wettbewerbsrecht“ umfasst ausgehend vom Wortlautverständnis nicht nur das Kartellrecht i.e.S., sondern all jene Regelungen, die als (ein) Hauptziel

dem Schutz und der Förderung unverfälschten Wettbewerbs dienen. Für diese Auslegung – auch im Kontext des § 7 Absatz 1 Ziffer 3 WettbG – spricht auch dessen offene Formulierung. Die Norm verlangt nämlich keine *Berufstätigkeit im Kartellrecht*, sondern lediglich „*Berufserfahrung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts*“.¹ Dies spricht erst recht gegen eine Verengung des Wortlautverständnisses allein auf das Kartellrecht i.e.S.

II. Systematische Auslegung

Das Kurzgutachten *Novak* leitet die diesem Befund widersprechende These, der Begriff „Wettbewerbsrecht“ im Wettbewerbsgesetz sei mit dem Begriff „Kartellrecht“ gleichzusetzen, wesentlich aus einer systematischen Argumentation ab. Es betont, für die Auslegung des Begriffs „Wettbewerbsrecht“ in § 7 Absatz 1 Ziffer 3 WettbG sei im ersten Schritt auf § 3 Absatz 1 WettbG zu verweisen, wonach die Bundeswettbewerbsbehörde für die Durchführung der EU-Wettbewerbsregeln im Sinne von § 4 WettbG zuständig sei. Dieser verweise für den Begriff der EU-Wettbewerbsregeln wiederum auf die Art. 101 bis 106 AEUV, die zur Durchführung dieser Bestimmungen erlassenen Verordnungen, Richtlinien und Entscheidungen sowie die aufgrund von Art. 42 und 43 AEUV erlassenen Wettbewerbsregeln (S. 2). Des Weiteren weist das Kurzgutachten darauf hin, dass das EU-Vergaberecht nicht auf die Wettbewerbskompetenznorm des Art. 103 AEUV, sondern auf die Binnenmarktkompetenz nach Art. 114 AEUV gestützt sei. Diese Aussagen treffen für sich genommen zu. Sie tragen aber bei genauerer Betrachtung nicht den daraus gezogenen Schluss auf ein enges Verständnis des Begriffs „Wettbewerbsrechts“.

§§ 3 und 4 WettbG weisen der Wettbewerbsbehörde in der Tat die Kompetenz zur Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln zu. Die EU-Wettbewerbsregeln sind auch ganz ohne Frage (ein) Teil des Wettbewerbsrechts. Dies rechtfertigt aber nicht den im Kurzgutachten *Novak* implizit vorgenommenen Umkehrschluss, dass *nur* die Regelungsgegenstände der EU-Wettbewerbsregeln (und andere Kartellrechtsnormen) „Wettbewerbsrecht“ im Sinne von § 7 Absatz 1 Ziffer 3 WettbG sein könnten. Das EU-Recht verwendet nicht den terminologisch engen Begriff „Kartellrecht“, sondern den – schon dem Wortlaut nach auch andere Wettbewerbsbeschränkungen als Kartelle (z. B. das Missbrauchsverbot in Art. 102 AEUV) umfassenden –

¹ Hervorhebungen durch den Verfasser.

Begriff „Wettbewerbsrecht“. Daraus, dass man mit dem Begriff „Wettbewerbsrecht“ i.e.S. auch kartellrechtliche Normen bezeichnen kann, folgt aber nicht, dass dieser Begriff zwingend darauf verengt werden müsste. Hinzu kommt bezogen auf die Gesetzgebung in Österreich, dass durch die Verwendung des terminologisch umfassenderen Begriffs „Wettbewerbsrecht“ im WettbG auch sonst möglicherweise drohende Verwechslungen der Bundeswettbewerbsbehörde mit dem Kartellgericht vermieden werden, das zwischen 1999 und 2002 zum amtswegigen Einschreiten befugt war und nach Schaffung der Bundeswettbewerbsbehörde mit modifizierter Aufgabenzuweisung neben dieser fortbesteht.

Nichts anderes gilt auch für den Verweis auf die unionsrechtliche Rechtsgrundlage. So ist beispielsweise die EU-Fusionskontrollverordnung 139/2004 (FKVO) jedenfalls nicht allein auf Art. 103 AEUV gestützt, sondern auch auf Art. 352 AEUV, obwohl es sich bei ihr (auch nach der engen Auslegung des Kurzgutachtens *Novak*) unstreitig um „Wettbewerbsrecht“ handelt. Die am 12. Oktober 2022 im Amtsblatt der EU veröffentlichte VO 2022/1925 (Gesetz über digitale Märkte, Digital Markets Act, DMA) ist ebenfalls auf Art. 114 AEUV gestützt. Beim DMA handelt es sich um eine (nach eigenem Bekunden in Erwägungsgrund 11) das klassische EU-Kartellrecht ergänzende, aber nicht mit diesem gleichzusetzende Regelung. Trotzdem kann kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass es sich beim DMA um einen Teil des Wettbewerbsrechts handelt. Dies folgt schon daraus, dass der DMA in Art. 5 bis 7 im Wesentlichen klassische kartellrechtliche Ge- und Verbote für Torwächter normiert, aber auch aus seiner Zielsetzung „für alle Unternehmen bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor“ zu gewährleisten (Art. 1). Bestreitbarkeit (also auch Offenheit) von Märkten und Fairness in Märkten sind klassische Ziele des Wettbewerbsrechts. Der DMA ist insoweit in der Sache ein auf Art. 114 AEUV gestütztes wettbewerbspolitisches Instrument, wohingegen die begriffliche Einordnung als Regulierungsrecht oder „Sonderkartellrecht“ ebenso wie die formelle Verankerung in Art. 103 oder 114 AEUV nachrangig erscheint. Die Heranziehung des Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage steht der Zuordnung eines nach seinem Sinn und Zweck auf den Schutz des freien, fairen und unverfälschten Wettbewerbs gerichteten Gesetzes zum „Wettbewerbsrecht“ mit hin nicht entgegen.

Inwieweit das Kurzgutachten *Novak* schließlich einen engen (offenbar jedenfalls das Vergaberecht ausschließenden) Begriff des Wettbewerbsrechts (im Sinne von „Kartellrecht“) daraus ableiten will, dass das Kartellrecht in Österreich Bundessache sei, während die Vollziehung des

Vergaberechts auf Bund und Länder verteilt sei (S. 4), ist nicht nachvollziehbar. Eine solche formelle Kompetenzzuweisung hat schlichtweg nichts mit der inhaltlich-materiellen Ausfüllung des Begriffs „Wettbewerbsrecht“ zu tun. In Deutschland ist beispielsweise die Durchsetzung des GWB-Kartellrechts auf Bund und Länder verteilt, ohne dass das GWB-Kartellrecht bei Durchsetzung durch die Landeskartellbehörden seinen Charakter als Kartellrecht und Teil des Wettbewerbsrechts verlieren würde.

In der Summe fällt damit auch eine systematische Betrachtung nicht eindeutig aus. Zwar ist richtig, dass die Bundeswettbewerbsbehörde für die Durchsetzung des materiellen Kartellrechts zuständig ist, woraus abgeleitet werden kann, dass insbesondere Berufserfahrungen auf dem Gebiet des Kartellrechts i.e.S. mit Sicherheit auch solche auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts sind. Doch bedeutet dies nicht umgekehrt, dass Erfahrungen auf anderen Teilgebieten des Wettbewerbsrechts außer Betracht bleiben müssten.

III. Historische Auslegung

Die historische Auslegung der Gesetzesmaterialien zum WettbG gibt ebenfalls wenig für die hier untersuchte Frage her. Den Materialien zum WettbG ist, soweit ersichtlich, nichts Eindeutiges zur Reichweite des Ausdrucks „Berufserfahrung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts“ zu entnehmen. In den Materialien zur Wettbewerbsrechtsnovelle 2002 (XXI_I_1005_2) heißt es zu §§ 6 bis 8 lediglich: „Diese Bestimmungen enthalten Vorschriften über die Bestellung des Generaldirektors, die Bestellungs Voraussetzungen sowie dienst- und besoldungsrechtliche Regelungen“.

Allerdings war dem österreichischen Gesetzgeber bei Erlass des Wettbewerbsgesetzes der Begriff „Kartellrecht“ wohlbekannt, denn das zentrale materielle österreichische Wettbewerbsgesetz hieß (und heißt auch heute noch) „Kartellgesetz“. Hätte der Gesetzgeber des Wettbewerbsgesetzes einen engen Fokus ausschließlich und zwingend auf das Kartellrecht i.e.S. legen wollen, so hätte es nahe gelegen, im § 7 Absatz 1 Ziffer 3 WettbG klarer von „Berufserfahrung im Kartellrecht“ zu sprechen und nicht schon begrifflich deutlich weiter und offener von „Berufserfahrung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts“.

Begriffshistorisch wurde in der deutschen Rechtssprache oftmals sogar zwischen Wettbewerbsrecht und Kartellrecht unterschieden, wobei mit dem Begriff „Wettbewerbsrecht“

früher das Lauterkeitsrecht gemeint war und der Begriff „Kartellrecht“ über Regelungen zu Wettbewerbsbeschränkungen durch abgestimmtes Verhalten (also Kartelle i.e.S.) hinaus mindestens auch Machtmissbrauchsverbote und Fusionskontrolle umfasste. Diese Begriffspaarung findet sich bis heute in den Titeln von Lehrbüchern, so etwa beim Lehrbuch Dreher/Kulka, „Wettbewerbs- und Kartellrecht“, das beide Materien – Wettbewerbsrecht i.S.v. Lauterkeitsrecht und Kartellrecht i.e.S. – umfasst. Diese traditionelle Differenzierung findet sich auch in der österreichischen Rechtshistorie. So wurde unter dem Begriff „Wettbewerbsrecht“ beispielsweise in § 1 des Wettbewerbsrechts-Überleitungsgesetzes vom 11. Juni 1947 das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, das Zugabengesetz, das Bundesgesetz betreffend das Verbot unentgeltlicher Zuwendungen im geschäftlichen Verkehr und die Verordnung über Ausverkäufe und ausverkaufähnliche Veranstaltungen zusammengefasst, also eine Reihe lauterkeitsrechtlicher Materien. Diese traditionelle Begrifflichkeit („Wettbewerbsrecht = Lauterkeitsrecht“) stammt allerdings, worauf auch das Kurzgutachten Novak auf S. 3 zu Recht hinweist, aus einer Zeit, in der es beispielsweise das moderne Vergaberecht noch gar nicht gab. Aus Gründen klarer Unterscheidung wird in Literatur und Lehre heute eher zwischen Lauterkeitsrecht und Kartellrecht differenziert und der Begriff des „Wettbewerbsrechts“ teilweise als Obergriff für diese beiden und – wie wir gesehen haben – auch für weitere Materien wie das Vergabe- und Beihilfenrecht verwendet. Die historische Auslegung führt mithin ebenfalls zu keinem klaren Ergebnis. Sie liefert insbesondere keine Anhaltspunkte für eine Verengung der Auslegung des Begriffs „Wettbewerbsrecht“ auf das Kartellrecht i.e.S.

IV. Teleologische Auslegung

Letztlich entscheidend ist damit – neben der, wie gezeigt wurde, eher in Richtung eines weiten Begriffsverständnisses deutenden Wortlautauslegung – eine teleologische Auslegung, die nach dem Sinn und Zweck des § 7 Absatz 1 Ziffer 3 WettbG fragt. § 7 Absatz 1 lautet in Gänze:

„Zum Generaldirektor kann ernannt werden, wer

1. persönlich und fachlich zur Ausübung des Amtes geeignet ist,
2. das rechtswissenschaftliche oder wirtschaftswissenschaftliche Studium abgeschlossen hat und
3. eine mindestens fünfjährige Berufserfahrung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts hat“.

Es kann also nur eine Persönlichkeit ernannt werden, die in persönlicher und fachlicher Hinsicht geeignet ist, die Bundeswettbewerbsbehörde zu leiten und die ein hinreichendes Verständnis für die in § 2 ff. WettbG beschriebenen Aufgaben und Zuständigkeiten der Behörde hat, um dieser Aufgabe gerecht zu werden.

Dass für das Kriterium in Ziffer 3 jedenfalls *auch* eine mindestens fünfjährige „Berufserfahrung“ (nicht zwingend: ausschließliche Berufstätigkeit) als Kartellrechtanwalt, als Mitarbeiterin der Bundeswettbewerbsbehörde, als Richter des Kartellgerichts oder Kartellobergerichts, als Bundeskartellanwältin oder als Kartellrechtsprofessor ausreicht, und zwar auch dann, wenn sich die betreffende Person (wie bei Richtern oder Professorinnen üblich) in dieser Zeit nicht allein mit Kartellrechtsfragen befasst hat, erkennt auch das Kurzgutachten *Novak* an (S. 6). Wie sich aus dem Wort „mindestens“ ergibt, spielt dabei auch die Dauer der Berufserfahrung eine Rolle. Dass die betreffende Tätigkeit nicht für mindestens fünf Jahre „am Stück“ oder in ein- und derselben Funktion ausgeübt werden muss, also z. B. auch eine zweijährige Tätigkeit als Kartellanwalt und eine dreijährige als Kartellrechtsprofessor ausreichen würde, dürfte sich ebenfalls von selbst verstehen.

Entsprechendes sollte auch für eine Tätigkeit als Mitglied der Wettbewerbskommission gelten, welche ausweislich des § 16 WettbG die Aufgabe hat, Gutachten über allgemeine wettbewerbspolitische Fragestellungen zu erstatten, und die Empfehlungen zu angemeldeten Zusammenschlüssen (§ 17) abgeben kann. Dass ist ohne Zweifel eine Tätigkeit „auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts“ i.S.d. § 7 Absatz 1 Ziffer 3 WettbG. Dass das Kurzgutachten *Novak* dies nur dann gelten lassen will, „wenn es sich um ausgewiesene Kartellrechtsexperten handelt, die den genannten Berufsvoraussetzungen entsprechen“, findet im WettbG keine Grundlage. Auch dass die Wettbewerbskommission keine Antrags- oder Entscheidungsbefugnisse hat, erscheint entgegen dem Kurzgutachten (S. 7) irrelevant. Für eine solche Einschränkung findet sich im Gesetzestext kein Anhalt. Im Gegenteil verlangt § 7 Abs. 1 Ziffer 3 WettbG explizit nur „Berufserfahrungen“, nicht aber frühere Entscheidungsbefugnisse auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts. Die Tätigkeit in der Wettbewerbskommission *selbst* vermittelt daher im Grundsatz, ebenso wie die Tätigkeit in einem der oben genannten Berufsfelder, „Berufserfahrung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts“, und zwar nicht nur dann, wenn es sich bei dem Kommissionsmitglied um einen schon *vor* der Mitgliedschaft in der Kommission als solchen ausgewiesenen Kartellrechtsexperten handelt. Dies folgt einerseits schon daraus, dass

die Wettbewerbskommission nach dem WettbG bestimmungsgemäß auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts tätig ist. Andererseits würdigt das Kurzgutachten *Novak* insoweit nicht hinreichend § 7 Absatz 1 Ziffer 2 WettbG, wonach es für die Qualifikation des Generaldirektors der Bundeswettbewerbsbehörde (bei Erfüllung der anderen Kriterien) ausreicht, dass die betreffende Person „das rechtswissenschaftliche *oder wirtschaftswissenschaftliche* Studium abgeschlossen hat“.² Nach dem klaren Wortlaut der Ziffer 2 kommen für das Amt des Generaldirektors also nicht nur Juristen i.S.v. „Kartellrechtsexperten“ in Betracht, sondern auch Ökonomen, die zuvor mit hinreichendem Bezug zum Wettbewerbsrecht tätig waren.

Ob der Ausdruck „Berufserfahrung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts“, wie es der weite Wortlaut andeutet, darüber hinaus auch Erfahrungen auf anderen Gebieten als denen des Kartellrechts i.e.S. umfasst, hängt maßgeblich davon ab, inwieweit es in diesen Rechtsgebieten – wie im Kartellrecht – um Aspekte des unverfälschten Wettbewerbs, seiner Förderung und seines Schutzes geht, also letztlich davon, wie Sinn, Zweck und Ziele (das *Telos*) dieses Gesetzes sich zu Sinn, Zweck und Zielen (dem *Telos*) des § 7 Absatz 1 WettbG verhalten.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden exemplarisch am Beispiel des Vergaberechts untersucht werden, ob Gegenstand und *Telos* dieses Rechtsgebiets diesen Anforderungen genügen, mithin, ob es sich dabei um „Wettbewerbsrecht“ i.S.v. § 7 Abs. 1 Ziffer 3 WettbG handelt. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass das Vergaberecht auf der Basis der ihm zugrunde liegenden EU-Vergaberechtsrichtlinien einen grundlegenden Paradigmenwechsel erfahren hat. Die traditionellen, genuin nationalen Vergabevorschriften waren dem Haushaltsrecht zugeordnete Verwaltungsvorschriften, die sich mit dem alleinigen Zweck an die Vergabestellen wandten, die korrekte wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Gelder zu sichern. Die EU-Vergaberichtlinien verfolgen demgegenüber das Ziel, das öffentliche Auftragswesen für den unionsweiten Wettbewerb zu öffnen.³

Es ist daher kein Zufall, dass z. B. allein die Richtlinie 2014/24/EU (einschließlich der Erwägungsgründe) in unterschiedlichen Kontexten 66 mal das Wort „Wettbewerb“ enthält und das BVergG sogar 107 mal. Vor allem aber hat der EuGH „den freien Dienstleistungsverkehr und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten“ als „Hauptziele“

² Hervorhebungen durch den Verfasser.

³ So schon BT-Drucks. 13/9340, S. 12 (1997).

des EU-Vergaberechts bezeichnet⁴ und später sogar betont, „dass die Rechtsvorschriften der Union für öffentliche Aufträge, insbesondere für öffentliche Dienstleistungsaufträge, den freien Dienstleistungsverkehr und die Öffnung für einen unverfälschten und möglichst umfassenden Wettbewerb in den Mitgliedstaaten gewährleisten sollen“.⁵

Der deutsche Gesetzgeber hat sich angesichts dieser Zielsetzung des EU-Vergaberechts entschlossen, die unionsrechtlichen Vorgaben im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) umzusetzen, „um diesem gewandelten Verständnis der Vergaberegeln [...] zu entsprechen und die wettbewerbliche Bedeutung des heutigen Vergaberechts zu betonen“.⁶ In Österreich ist das Vergaberecht zwar in einem vom KartellG und WettbG separaten Gesetz, dem BVergG, geregelt, doch macht dies in der Sache keinen Unterschied, weil beide Gesetze – GWB wie BVergG – der Umsetzung derselben EU-Richtlinien dienen und damit die gleichen wettbewerbsbezogenen Ziele verfolgen (müssen) wie die ihnen zugrunde liegenden EU-Richtlinien. Dies folgt schon aus dem Gebot der unionsrechtskonformen Auslegung der nationalen Umsetzungsregelungen, aber auch aus den nationalen Gesetzen selbst, die wie die EU-Richtlinien einen klaren Wettbewerbsbezug aufweisen. Das Vergaberecht ist damit auch auf nationaler Ebene „primär wettbewerbsorientiert“⁷ und „konsequent wettbewerbsbezogen in Übereinstimmung mit dem allgemeinen Kartellrecht auszulegen“.⁸

Mit anderen Worten: Das moderne Vergaberecht ist nach seinem Wortlaut, seiner Systematik und seinem Sinn und Zweck nach (wie das Kartellrecht) auf Schutz und Förderung des unverfälschten Wettbewerbs ausgerichtet, und zwar nicht nur „nebenbei“, sondern in seinen Hauptzielen. Dass sich Kartell- und Vergaberecht in Verfahren und Adressaten unterscheiden und ggf. (wie in Österreich) in formell getrennten Gesetzen geregelt sind, erscheint mit Blick auf dieses gemeinsame Telos nachrangig. Teleologisch betrachtet ist das Vergaberecht unzweifelhaft Teil des Wettbewerbsrechts.

Berufserfahrungen, die auf dem Gebiet des modernen Vergaberechts gesammelt wurden, sind mithin als solche „auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts“ i.S.v. § 7 Abs. 1 Ziffer 3 WettbG anzusehen, und Entsprechendes sollte auch für Erfahrungen auf anderen

⁴ EuGH, 11.1.2005, Rs. C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, Ziffer 44 „Stadt Halle“.

⁵ EuGH, 28.1.2016, Rs. C.50/14, ECLI:EU:C:2016:56 Ziffer 55 „CASTA“.

⁶ BT-Drucks. 13/9340, S. 12.

⁷ Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auf. 2021, Vergaberechtsband, Vor §§ 97 ff. GWB Rn. 138.

⁸ Dreher, a.a.O., Rn. 174 f.

Rechtsgebieten gelten, die in ähnlicher Weise wettbewerbsbezogen im Sinne eines auf Schutz und Förderung des unverfälschten Wettbewerbs gerichteten Hauptziels sind.

V. Fazit

1. Der Ausdruck „Berufserfahrungen auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts“ in § 7 Abs. 1 Ziffer 3 WettbG ist weit zu verstehen und nicht auf Berufserfahrungen oder gar Berufstätigkeiten auf dem Gebiet des Kartellrechts i.e.S. einzuschränken. Entscheidend ist, dass die betreffende Person hinreichende Erfahrungen in Bezug auf Regelungsmaterien gesammelt hat, die – wie das WettbG und das KartellG – in einem ihrer Hauptziele auf Schutz und Förderung unverfälschten Wettbewerbs gerichtet sind. Auch Berufserfahrungen auf anderen Gebieten des Wettbewerbsrechts, z. B. des modernen Vergaberecht, sind also zu berücksichtigen.
2. Für ein Erfordernis, nach dem die betreffende Person (falls es sich bei ihr um ein Mitglied der Wettbewerbskommission handelt) bereits *vor* ihrer Mitgliedschaft in der Wettbewerbskommission Kartellrechtsexperte gewesen sein müsste, um den Anforderungen des § 7 Abs. 1 Ziffer 3 WettbG zu genügen, findet sich weder im Wortlaut noch im Sinn und Zweck des Gesetzes ein Anhalt. Im Gegenteil ist danach auch eine Tätigkeit *als* Mitglied der Wettbewerbskommission grundsätzlich geeignet, um Berufserfahrung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts i.S.d. § 7 Abs. 1 Ziffer 3 WettbG zu sammeln.

Köln, 20. Oktober 2022



Prof. Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley)