

Herausgeber: Dr. **Stephan Articus**, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Städtetages, Köln; Prof. Dr. **Hans-Jörg Birk**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Justiziar des Sächsischen Städte- und Gemeindetages, Stuttgart/Dresden; Dr. **Jürgen Busse**, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Bayerischen Gemeindetages; **Hans Jörg Duppré**, Präsident des Deutschen Landkreistages und Landrat Südwestpfalz, Pirmasens; Prof. Dr. **Alfons Gern**, Stadtrechtsdirektor, Lahr/Schwarzwald; **Heinz Grenacher**, Bürgermeister der Stadt Baunatal; Prof. Dr. **Dorothea Hegele**, Rechtsanwältin, Berlin; Prof. Dr. **Franz-Ludwig Knemeyer**, Universität Würzburg; Prof. Dr. **Albert von Mutius**, Lorenz-von-Stein-Institut für Verwaltungswissenschaften, Universität Kiel; Dr. **Gerd Landsberg**, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Berlin; Prof. **Konrad Frhr. von Rotberg**, Ministerialdirigent im Innenministerium Baden-Württemberg, Stuttgart; Dr. **Alexander Schink**, Hauptgeschäftsführer des Landkreistages Nordrhein-Westfalen; Dr. **Bernd Jürgen Schneider**, Hauptgeschäftsführer des Städte- und Gemeindebundes Nordrhein-Westfalen; **Christian Ude**, Oberbürgermeister der Stadt München

Schriftleitung: Dr. **Franz Dirnberger**, Leitender Verwaltungsdirektor im Bayerischen Gemeindetag; Prof. Dr. **Alfons Gern**, Stadtrechtsdirektor; **Uwe Zimmermann**, Stellvertretender Direktor des Europabüros des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Brüssel/Bonn

Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit kommunaler Einkaufsgemeinschaften

Von Sven Schindler, Chemnitz*

I. Einleitung

Das Beschaffungsvolumen des öffentlichen Sektors beträgt nach Angaben des BDI über 250 Mrd. EUR. Davon werden 50 Prozent aller öffentlichen Aufträge von den Kommunen vergeben.¹ Die Funktion der Einkaufsgemeinschaft besteht darin, den gleichgerichteten Bedarf hinsichtlich der einzelnen Kommunen zusammenzuführen und dadurch günstigere Preise und Bedingungen im Einkauf zu erzielen. Die beteiligten Gemeinden können neben der effizienteren Beschaffung zugleich an der Realisierung von Mengenrabatten teilhaben. Diese Kostensenkungspotentiale machen die Einkaufsgemeinschaft auf kommunaler Ebene aufgrund der derzeitigen öffentlichen Haushaltslage interessant.

Mit dem Urteil des BGH vom 12.11.2002² wurde die Frage der Zulässigkeit solcher kommunaler Einkaufsgemeinschaften höchstrichterlich entschieden. Dem Verfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Bekl. ist hundertprozentige Tochtergesellschaft des Niedersächsischen Städte- und Gemeindebundes e.V., in dem eine Vielzahl der niedersächsischen Kommunen organisiert ist. Die Bekl. wurde mit dem Ziel errichtet, den Einkauf der Kommunen zu koordinieren. Der Niedersächsische Städte- und Gemeindebund e.V. informierte in den Jahren 1995 und 1996 seine Mitgliedsgemeinden, dass der Einkauf von Feuerwehrfahrzeugen und dazugehörigen Ausrüstungsgegenständen

über die Bekl. im Wege einer Sammelbestellung erfolgen solle. Im November 1996 forderte der Niedersächsische Städte- und Gemeindebund e.V. seine Mitglieder auf, entsprechende Bedarfsmeldungen an die Bekl. zu richten und die Beschaffung von Pressluftatmern und Tragkraftspritzen über diese zu veranlassen. Die Bekl. schrieb am 16.7.1997 insgesamt 27 Tragkraftspritzen und 241 Pressluftatmer europaweit aus. Auf diese Ausschreibung hin gaben u.a. auch Hersteller dieser Produkte direkt an die Bekl. Angebote ab. Die Kl. sind Handelsunternehmen, die in unterschiedlichem Umfang die niedersächsischen Kommunen mit solchen Ausrüstungsgegenständen beliefern. Die Kl. wandten sich gegen diese Ausschreibungspraxis der Bekl. Sie beehrten mit ihrer Klage die Verurteilung der Bekl. zur Unterlassung von Nachfragebündelungen und gemeinsamen Ausschreibungen aus §§ 33 i.V.m. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Nach ihrer Auffassung begründet die Bündelung von Nachfragemacht ein verbotenes Kartell i.S. des § 1 GWB. Die Freistellungsklausel nach § 4 II GWB sei auf Kommunen nicht anwendbar, weil diese nicht miteinander im Wettbewerb stünden und ihre Wettbewerbssituation auch nicht verbessert werden könne. Die Klage hatte vor dem LG Hanno-

* Der Verfasser ist Assessor und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl Jura II – Prof. Dr. C. Scholl, TU Chemnitz.

1 Vgl. Jansen/ Priddat, Electronic Government, S. 123.

2 BGH, Urt. v. 12. 11. 2002 – KZR 11/01 = BGHZ 152, 347ff.

ver Erfolg. Auf die Berufung der Bekl. hat das OLG Celle³ die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebten die Kl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Revision hatte keinen Erfolg.

II. Die Entscheidung des BGH

1. Die zentralen Aussagen der Entscheidung

„Beschaffen sich Gemeinden Waren über eine von einem kommunalen Spitzenverband gegründete Gesellschaft, die gemeinsame Ausschreibungen durchführt und so die Nachfrage der Gemeinden bündelt, dann liegt darin ein unter das Kartellverbot nach § 1 GWB fallendes Verhalten. Auch kleine und mittlere Gemeinden können Einkaufsgemeinschaften im Sinne des § 4 II GWB bilden⁴.“

1.1. Anwendbarkeit des Kartellverbotes aus § 1 GWB auf kommunale Einkaufsgemeinschaften

Dem funktionellen Unternehmensbegriff⁵ folgend, sind Gemeinden als Träger hoheitlicher Gewalt dem GWB unterworfen, wenn sie sich wirtschaftlich betätigen (§ 130 I GWB). Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden liegt in der Beschaffung der Bedarfsgegenstände auf dem jeweiligen Beschaffungsmarkt, ungeachtet der damit letztendlich verfolgten hoheitlichen Aufgabe.⁶

1.1.1. Kartellverbot gem. § 1 GWB

In der Nachfragebündelung liegt eine Wettbewerbsbeschränkung im Horizontalverhältnis (Marktteilnehmer derselben Ebene) vor, da die Kommunen als Nachfrager untereinander im Wettbewerb, um die günstigsten Konditionen, stehen. Die Beschränkung des Nachfragewettbewerbes besteht in der Koordination der Beschaffung durch die Einkaufsgemeinschaft. Zwar haben die Gemeinden keine entsprechenden Absprachen oder Abstimmungen vorgenommen, aber die Koordination ihres Nachfrageverhaltens erfolgt über sogenannte Sternverträge. Das heißt, die Verhaltensabstimmung wird über die Vielzahl gleichartiger Beauftragung eines Dritten bewirkt.⁷ Als Folge des gemeinsamen Einkaufes wird die Anzahl der potentiellen Nachfrager verringert, also der Nachfragewettbewerb durch Verzicht auf wettbewerbliche Handlungsfreiheit eingeschränkt.⁸ Aus diesem Grund unterliegen Einkaufsgemeinschaften dem Kartellverbot aus § 1 GWB, wenn sie geeignet sind, die Wettbewerbsverhältnisse für den Warenverkehr durch Beschränkung des Wettbewerbs spürbar zu beeinflussen.⁹ Ob spürbare Beeinträchtigungen vorliegen, kann dahingestellt bleiben, wenn das Einkaufskartell nach § 4 II GWB freigestellt werden kann oder eine Rechtsgüterabwägung zu Gunsten des Einkaufskartells innerhalb des § 1 GWB zulässig wäre. Mit dem BGH ist eine Rechtsgüterabwägung innerhalb des § 1 GWB nicht vorzunehmen.¹⁰ Damit ist der Streit hinfällig, ob die Pflicht der Hoheitsträger zu einer sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung das Kartellverbot nach § 1

GWB einzuschränken oder zu modifizieren vermag. Zu Recht scheidet die Berücksichtigung des Sparsamkeitsgebotes aus, eine solche Liefere im Ergebnis darauf hinaus, dass die sich am Wettbewerb beteiligenden Träger hoheitlicher Gewalt letztlich zu Lasten anderer Marktteilnehmer Vorteile verschaffen könnten.¹¹ Die Kommune hat ihre Verpflichtung zur Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit innerhalb der geltenden kartell- und wettbewerbsrechtlichen Regelungen zu erfüllen. Im übrigen können übergeordnete Interessen nur eine Legalisierungsmöglichkeit nach § 8 GWB eröffnen. Es bestünde sonst die Gefahr der Instrumentalisierung des § 1 GWB für gewisse außerökonomische Interessen und der Umgehung der Systematik des Gesetzes mit dem Verbot in § 1 GWB und den Erlaubnisvorbehalten in §§ 2 bis 8 GWB.

1.2. Freistellungsmöglichkeit nach § 4 II GWB auch auf Kommunen anwendbar

1.2.1. Anwendbarkeit

Die Freistellungsregelung des § 4 II GWB ist auf Gemeinden und die von ihnen gebildeten Einkaufsgemeinschaften anwendbar.¹² Der BGH geht davon aus, dass aus dem Wortlaut der Norm nicht unbedingt auf die Anwendung des Freistellungstatbestandes auf Gemeinden und ihrer Einkaufskartelle geschlossen werden kann.¹³ Die Anwendbarkeit der Freistellung auf kommunale Einkaufskartelle ergibt sich aus dem Regelungszusammenhang und dem Normzweck der Vorschrift.¹⁴ Es muss Gleichlauf mit § 1 GWB bestehen, da eine unterschiedliche Auslegung des Unternehmensbegriffes vom Gesetzgeber nicht gewollt gewesen ist.

1.2.2. Freistellungsvoraussetzungen

Eine Freistellung kann nach § 4 II i.V.m. I Nr. 2 GWB erteilt werden, soweit (a) der gemeinsame Einkauf von Waren geregelt wird und dabei (b) kein Bezugswang auf die Beteiligten ausgeübt wird und dadurch (c) die Wettbewerbsfähigkeit der kleinen und mittleren Unternehmen verbessert wird und (d) keine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auf dem Markt entsteht.

a) Gemeinsamer Einkauf

Grundsätzlich ist § 4 II GWB anwendbar auf die gemeinschaftliche Ausschreibung und die anschließende Bearbeitung der ab-

3 OLG Celle, Urt. v. 31.5.2001, 13 U (Kart) 248/98 = OLG Celle NJW-RR 2002, 476.

4 BGHZ 152, 347 – Leitsätze des Gerichts.

5 Wonach als Unternehmen handelt, wer zum Zwecke des marktwirtschaftlichen Leistungsaustausches auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager auftritt.

6 Vgl. Hootz in: Gemeinschaftskommentar, S. 16 Rn 17; WuW/E BGH 1469 f. = WuW 1977, 507 f. – Autoanalyser.

7 Vgl. BGHZ 152, 351 mwN.

8 Vgl. WuW 1983, 141, 147; WuW 1986, 801, 806; WuW 1999, 320, 321.

9 Vgl. Bunte, WuW 1998, 1037, 1039.

10 Vgl. BGHZ 152, 352.

11 Vgl. zu einer ähnlichen Problemlage bei der Berücksichtigung sportpolitischer Ziele BGHZ 137, 297, 311 f. – Europapokalheimspiele.

12 Vgl. BGHZ 152, 352.

13 So schon BKartA, BT-Drs. 13/7900, S. 106; LG Hannover, Urt. v. 16.7.1998 – 21 O 160/97 – unveröffentlicht –; LG Leipzig, Urt. v. 9.9.1998 – 6 HK 59/90/98 – unveröffentlicht –; OLG Celle, Urt. v. 13.5.1998, 13 U (Kart) 260/97 – unveröffentlicht –.

14 Vgl. BGHZ 152, 353.

gegebenen Angebote, selbst wenn es nur um einen einzigen gemeinschaftlichen Beschaffungsvorgang geht.¹⁵

b) Ohne Bezugszwang

Die Einkaufskooperation darf allerdings keinen über den Einzelfall hinausgehenden Bezugszwang für die beteiligten Gemeinden begründen. Damit kein Bezugszwang vorliegt, ist erforderlich, dass die jeweilige Gemeinde in ihrer Auswahl- und Entscheidungsfindung in jedem konkreten Beschaffungsfall unabhängig ist. Besteht Entscheidungsfreiheit über die Teilnahme an der jeweiligen konkreten gemeinsamen Beschaffung, liegt kein Bezugszwang i.S.v. § 4 II GWB in solchen Regelungen, welche den teilnehmenden Gemeinden verbindliche Bedarfsmeldungen auferlegen und nach Durchführung des gemeinschaftlichen Beschaffungsvorganges eine Abnahmepflicht auferlegen.¹⁶ Der BGH stellt klar, dass eine wirtschaftliche Sogwirkung, die sich allein aus der Mitgliedschaft ergibt und zu einem weitergehenden Bezug über die Kooperation führt, nicht erfasst wird.¹⁷ Die bloße Möglichkeit zu einem günstigeren Einkauf ist regelmäßig der Zweck sämtlicher Einkaufskooperationen.

c) Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Gemeinden

Die Erzielung günstigerer Einkaufskonditionen verbessert die Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Gemeinden. Der BGH stellt klar, dass nach dem Schutzzweck des § 4 II i.V.m. I Nr. 2 GWB allein auf den Nachfragemarkt als relevanten Markt abzustellen ist, weil die strukturellen Defizite in der Nachfragemacht ausgeglichen werden sollen.¹⁸ Für die Verbesserung der Wettbewerbsposition ist bereits die Verwirklichung günstigerer Beschaffungskonditionen/Einkaufsbedingungen ausreichend.¹⁹ Auch größere Gemeinden können sich an Einkaufskooperationen beteiligen, weil stets die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Gemeinden betrachtet wird.²⁰ Es ist aber in jedem Einzelfall im Anschluss zu prüfen, ob die Beteiligung von großen Kommunen objektiv geeignet ist, die Nachfragemacht in einem Maße zu verstärken, dass dadurch der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt wird. Diese (negative) Voraussetzung ist jedoch im Rahmen des Ausschlussstatbestandes des § 4 I Nr. 1 GWB zu prüfen, der auch für Einkaufskooperationen nach § 4 II GWB gilt.²¹

d) Keine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auf dem relevanten Markt

Nach § 4 II i.V.m. I Nr. 1 GWB darf der Wettbewerb auf dem *relevanten Markt* nicht wesentlich beeinträchtigt werden. Entscheidend ist, ob die Einkaufsgemeinschaft zu hohe Marktmacht erreicht, unerheblich ist, ob die bisherigen Strukturen erhalten werden oder ob die Bildung einer solchen Einkaufskooperation das Beschaffungsverhalten von den Mitgliedsgemeinden wesentlich verändert.²² Die Marktmacht ist im Einzelfall aufgrund einer Gesamtabwägung von quantitativen und qualitativen Kriterien zu bestimmen. Qualitativ ist auf die Art und Intensität der Wettbewerbsbeschränkung abzustellen.²³ Quantitativ ist auf dem Umsatzanteil der Einkaufsgemeinschaft im Vergleich zu dem am relevanten Markt insgesamt bestehenden Nachfragenvolumen abzustellen.²⁴ Die Schwelle einer wesentlichen

Marktbeeinträchtigung liegt über der Spürbarkeitsgrenze aus § 1 GWB und unterhalb der Schwelle der Marktbeherrschung.²⁵ Als Anhaltspunkte werden die Marktanteile für die betreffenden Güter bzw. Waren herangezogen. Tendenziell wird eine wesentliche Beeinträchtigung ausgeschlossen, wenn die gemeinsame Ausschreibung der Einkaufskooperation einen Anteil an der Gesamtnachfrage auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt von weit unter 10 % annimmt.²⁶ Dagegen wären Einkaufskooperationen ab einem Marktanteil oberhalb von 10 bis 15 % nicht mehr freistellungsfähig.²⁷

Der *relevante Markt* ist aus Sicht der Marktgegenseite (=Lieferanten) zu bestimmen.²⁸ Die *sachlich* relevante Marktabgrenzung bestimmt diejenigen Produkte, die miteinander in Wettbewerb stehen. Die Kernfrage für die Abgrenzung des sachlichen Marktes ist die Frage nach der Austauschbarkeit der in Frage stehenden Produkte. Der BGH hat im vorliegenden Fall die Einbeziehung der Beratungs-, Service- und Reparaturleistungen abgelehnt,²⁹ so dass nur der Verkauf der Ausrüstungsgegenstände ausschlaggebend war.

Der *räumlich* relevante Markt ist definiert als das Gebiet, in dem die betreffenden Unternehmen die relevanten Produkte anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbare Wettbewerbsbedingungen unterscheidet. Wie das jeweilige Absatzgebiet zu fassen ist, hängt auch davon ab, inwieweit es den Herstellern bzw. Lieferanten möglich und zumutbar ist, ihre Produkte an einen bestimmten Abnehmerkreis zu vertreiben und ob Ausweichmöglichkeiten den Anbietern zur Verfügung stehen.³⁰ Daher ist in jedem Einzelfall genau zu prüfen, ob es sich tatsächlich um einen lokalen oder regionalen Markt handelt und dem lokalen Anbieter eine Ausweitung des räumlichen Bezirkes unzumutbar wäre. Die Existenz kleiner Anbieter zwingt nicht dazu, die Marktabgrenzung ausschließlich an deren jetzigen, auf die Erhaltung des Status quo gerichteten Bedürfnissen vorzunehmen.³¹ Eine räumliche Ausweitung der Angebotspraxis lässt sich für die Anbieter ohne erhebliche betriebliche Umstrukturierung erreichen. Den kleineren Anbietern ist es grundsätzlich möglich und zumutbar, ihre Vertriebskonzepte den dann veränderten Marktverhältnissen anzupassen und ihre Absatzakti-

15 Vgl. OLG Düsseldorf WuW 1998, 720, 721; Schroeder in: Handbuch des Kartellrechts, S. 206 Rn 80.

16 Vgl. Bunte in: Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 113.

17 Vgl. Schroeder in: Handbuch des Kartellrechts, S. 206 Rn 81; RegE eines Fünften Gesetzes zur Änderung des GWB, BR-Drs. 123/89, S. 36; Bunte, WuW 1998, 1037, 1044; Bunte in: Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 98.

18 Vgl. BGHZ 152, 353.

19 Vgl. BGHZ 152, 353.

20 Vgl. BGHZ 152, 354.

21 So schon Immenga in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 4 Rn 71 f.

22 Vgl. BGHZ 152, 355.

23 Vgl. Immenga in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 4 Rn 60.

24 Vgl. BGHZ 152, 355.

25 Vgl. Schroeder in: Handbuch des Kartellrechts, S. 206 Rn 81; Bunte in: Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 134 mwN.

26 Vgl. OLG Düsseldorf WuW 1998, 720, 725.

27 Vgl. Bunte in: Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 135.

28 Vgl. BGH, Urt. v. 13.11.1990 – KZR 28/89.

29 Vgl. BGH 152, 358.

30 Vgl. Bunte in: Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 133.

31 Vgl. BGH 152, 357.

vitäten auch auf entferntere potentielle Abnehmer auszudehnen. Wie das Berufungsgericht ging der BGH deswegen von einem bundesweiten Markt für Ausrüstungsgegenstände von Feuerlöschfahrzeugen aus, weil einerseits die Anbieter teilweise bundesweit tätig waren und andererseits die niedersächsischen Kommunen zum Teil bereits bundesweit ihre Ausrüstungsgegenstände beschafften.

2. Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung des BGH ist zu begrüßen. Es sind keine Gründe ersichtlich, die den Ausschluss kommunaler Einkaufskooperationen aus der Freistellungsmöglichkeit des § 4 II GWB rechtfertigen könnten. Das Urteil überzeugt in der konsequenten Anwendung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften auf sog. Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand. Der Zusammenschluss mehrerer Gemeinden zur gemeinsamen Beschaffung gleichartiger Güter wird im Ergebnis nicht anders beurteilt, wie die Zusammenschlüsse privater Unternehmen. Aus Sicht der Kommunen schafft die Entscheidung endlich die erforderliche Rechtsklarheit, um das kommunale Beschaffungsverhalten an die neuen Einkaufskonzepte anzupassen.

III. Fazit

Die koordinierte Beschaffung mit Hilfe einer kommunalen Einkaufsgemeinschaft bewegt sich im Spannungsfeld von Sparanstrengung der öffentlichen Hand und dem Grundsatz der Markterhaltung. Mit der Anwendbarkeit der Freistellung nach § 4 II GWB auf kommunale Einkaufskooperationen wird dieses Spannungsverhältnis zu Gunsten kleinerer und mittlerer Gemeinden gelöst.

1. Anforderungen an kommunale Einkaufsgemeinschaften

Bei der Gründung kommunaler Einkaufsgemeinschaften ist es wichtig, die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Freistellung nach § 4 II GWB zu erfüllen, weil die Einkaufskooperation als solche dem Kartellverbot aus § 1 GWB unterliegt. Die Beurteilung der Freistellungsfähigkeit wird sich grundsätzlich auf die Merkmale (a) Bezugszwang und (b) wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung begrenzen.

1.1. Ohne Bezugszwang

Zu beachten ist, dass ein Bezugszwang sich unmittelbar oder ausdrücklich aus Vertrag, mittelbar aus anderen Vertragspflichten oder aus faktischen Bindungen, die in ihrer Wirkung einer rechtlichen Bezugspflicht gleichkommen, ergeben kann.³² Einen mittelbaren Bezugszwang kann der allein wirtschaftliche Vorteil der Nachfragebündelung nicht begründen.³³ Das Verfahren zur gemeinsamen Beschaffung mit Hilfe der Einkaufsgemeinschaft muss so gestaltet werden, dass die Gemeinde in ihrer Auswahl- und Entscheidungsfindung keinem Zwang unterliegt. Entscheidend ist, dass das einzelne Mitglied frei bleibt, seine Kaufent-

scheidung unter dem Gesichtspunkt des größeren Nutzens zu treffen. Einzelfälle: *Zulässig*: (a) Mengenrabatte, da sie nur den einzelnen Einkaufsvorgang beeinflussen können. (b) Zentralregulierungsabreden, wenn sie die bloße Verpflichtung enthalten, die Abrechnung zentral vornehmen zu lassen. (c) Kostendeckungsklauseln, solange darin kein finanzieller Druck ausgeübt wird, der einer Schadensersatzpflicht gleichkommt.³⁴ *Zulässig* nur, wenn die Höhe des Beitrages an der tatsächlichen Inanspruchnahme anknüpft. *Unzulässig*: (a) Mindestumsatzklauseln, die die Mitglieder verpflichten eine bestimmte Menge über die Kooperation zu beziehen. (b) Direktbelieferungsverbote, welche den Anbietern die Direktbelieferung an Kooperationspartner untersagen. (c) Konzentrationsrabatte, sobald sie sich auf den zunehmenden Bezug auswirken. (d) Ausschlussklauseln, die Mitglieder bei Nichterreichen kostendeckender Umsätze aus der Gemeinschaft ausschließen.

1.2. Keine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung

Ob eine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt ist vom jeweiligen Einzelfall abhängig. Die Grenze dürfte ab einer Größenordnung von 10 bis 15 % Marktanteil auf dem konkreten Nachfragemarkt erreicht sein. Im Einzelfall könnte durch eine vergaberechtliche³⁵ Losvergabe des Gesamtauftrags eine Wettbewerbsbeeinträchtigung ausgeschlossen werden. Bei der Losvergabe wird ein Großauftrag in mehrere Einzellöse aufgeteilt und einzeln ausgeschrieben. Es bleibt aber abzuwarten, ob eine solche Praxis einer höchstrichterlichen Prüfung standhält.

1.3. Ausblick

Der *räumlich* relevante Markt könnte tendenziell sogar auf das Gebiet des Europäischen Wirtschaftsraums erstreckt werden,³⁶ wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbedingungen innerhalb des europäischen Binnenmarktes hinreichend homogen wären und keine wesentlichen Unterschiede der nationalen Wettbewerbsbedingungen vorliegen. Eine spürbare Beeinträchtigung des Wettbewerbs wäre so nur noch schwer möglich. Dafür spricht der Grundgedanke der Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes, innerhalb dessen ein freier Warenverkehr zu gewährleisten ist. Wenn ein gemeinschaftlicher Markt für alle europäischen Unternehmen geschaffen werden soll, so muss die Liberalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe auch vorangetrieben werden. So stellt der BGH klar, dass gefestigte traditionelle Bindungen der Tendenz zur Bündelung der Nachfrage und der damit verbundenen wesentlichen Erweiterung von europaweiten Ausschreibungen nicht entgegenstehen können.³⁷ Der Schutzzweck des Kartellgesetzes gebietet es nicht, begründeten Lieferverhält-

32 Vgl. Bunte WuW 1998, 1037, 1044; Schroeder in: Handbuch des Kartellrechts, S. 206 Rn 80; Bunte in: Frankfurter Kommentar (FK), § 4 GWB 1999/ GWB Tz. 100.

33 Vgl. Begründung des RegE zur § 5. GWB-Novelle – § 5c GWB a.F. – BT-Drs. 11/4610, S. 15.

34 Immenga in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 4 Rn 125 mwN.

35 Vgl. dazu: § 97 III GWB, § 5 VOL/ A.

36 Vgl. OLG Düsseldorf WuW 1998, 720, 725 mwN.

37 Vgl. BGHZ 152, 357.

nissen Bestandsschutz zuzugestehen, wozu aber ein Festhalten an traditionellen Bindungen bei der Marktabgrenzung führt und damit im Ergebnis zu einer Marktabschottung führen würde. Dem einzelnen Anbieter ist es möglich und zumutbar, die Vertriebskonzepte den veränderten Marktverhältnissen anzupassen und die Absatzaktivität auf potentielle Abnehmer in größerer räumlicher Entfernung auszudehnen.

2. Einsparungspotentiale

Die Kommunen können durch die Einschaltung kommunaler Einkaufsgemeinschaften an den Kostensenkungspotentialen einer zentralen Beschaffung teilhaben. Zum einen kann der gesamte Beschaffungsvorgang innerhalb der Kooperation effizient gestaltet werden, zum anderen ergibt sich Einsparungspotenzial in den einzelnen kommunalen Beschaffungsstellen. Zugleich werden die günstigeren Einkaufskonditionen an die beteiligten Kommunen durchgegeben. Die Zentralisierung einzelner Beschaffungsvorgänge kann aus diesen Gründen zu einer Entlastung der öffentlichen Haushalte beitragen.