

Rechtliche Grenzen der Zulässigkeit von Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand

von Referentin Barbara Meißner, Deutscher Städtetag,
Hauptgeschäftsstelle Köln

I. Problemstellung

Aufgrund der desolaten Haushaltslage bemühen sich die Kommunen in den letzten Jahren verstärkt, durch gemeinsame Beschaffungstätigkeit im Rahmen von Einkaufsgemeinschaften die Kosten der öffentlichen Auftragsvergabe deutlich zu reduzieren. Durch den Zusammenschluss und die damit verbundene erhöhte Nachfragemacht, soll es zu Mengenpreinsnachlässen oder günstigeren Konditionen beim Einkauf kommen. Von den Kommunen wird in der letzten Zeit zunehmend gefordert, dass sie sich ökonomisch umorientieren von Verwaltungseinheiten hin zu einem wirtschaftlichen, kostenbewussten, flexiblen „kundenorientierten“ Dienstleistungsunternehmen¹, das seine durch öffentlich-rechtliche Vorgaben festgelegten Leistungen auf dem Markt – und damit im Wettbewerb – erbringt. Auch rechtlich sind die kommunalen Gebietskörperschaften nach den Vorgaben der Landeshaushaltsordnung und Gemeindeordnung zur Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit bei ihrer Haushaltsführung verpflichtet². Die öffentliche Verwaltung soll danach im Sinne eines „Sparsamkeitsprinzips“ mit dem Ziel wirtschaften, mit geringst möglichen Mitteln einen bestimmten Erfolg im Rahmen der Aufgabenerfüllung zu erzielen. Unter dem Gesichtspunkt der Kosteneffizienz sollen deshalb vorhandene Kapazitäten optimal ausgenutzt werden.

Kennzeichnend für den gemeinsamen Einkauf ist in jedem Fall der Verzicht der Kommunen auf ein eigenes Ausschreibungsverfahren zugunsten der Vornahme von Sammelausschreibungen. Gegenwärtig bestehen bereits von Einkaufsgemeinschaften im Bereich der gemeindlich betriebenen Feuerwehren, Krankenhäuser und der Energielieferungen. Denkbar ist daneben aber auch der gemeinsame Einkauf von Dienstleistungen, EDV oder Telekommunikationseinrichtungen; letztendlich schließlich jedes von mehreren Kommunen benötigten Bedarfsgegenstandes. Die gebündelte Nachfrage soll Einsparpotentiale von bis zu 30 Prozent eröffnen.

II. Rechtliche und ökonomische Einordnung

Die Tätigkeit von Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand berührt eine Vielzahl rechtlicher und wirtschaftlicher Gesichtspunkte. Als relevanteste Bereiche sind zu nennen:

1. Verfassungsrecht

Verfassungsrechtlich berührt die gemeinsame Beschaffungstätigkeit der Gemeinden das in Art. 28 Abs. 2 Grundgesetz (GG) nominierte Prinzip der kommunalen Selbstverwaltung. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in der Entscheidung zum Niedersächsischen Abfallbeseitigungsgesetz³ geprüft, ob

¹ Banner, Kommunale Selbstverwaltung, 81 (87 ff.)

² vgl. § 7 Abs. 1 LHO NdS, BW, NRW

³ BVerfGE 79, 127 ff.

Wirtschaftlichkeitserwägungen einen Aufgabenentzug bei den Gemeinden und eine Zuständigkeitskonzentration rechtfertigen können und ist zu dem Schluss gelangt, dass Wirtschaftlichkeitserwägungen einen Aufgabenentzug erst dann rechtfertigen können, wenn ein Belassen der gemeindlichen Aufgabenzuständigkeit zu einem unverhältnismäßigen Kostenanstieg führen würde. Den Kommunen darf die Beschaffungshoheit demnach nicht aus Wirtschaftlichkeitserwägungen entzogen werden. Allerdings dürfen sie sich aufgrund der Kooperationshoheit im Interesse der Kostenersparnis und Rationalisierungssteigerung nach Maßgabe der landesrechtlichen Vorgaben zu Zweckverbänden als öffentlich-rechtlichen Körperschaften bzw. in Rechtsformen des Privatrechts zusammenschließen. Ein freiwilliger Zusammenschluss zur gemeinsamen Beschaffung bei parallelem Bedarf an bestimmten Gütern ist somit verfassungsrechtlich zulässig. Das Verfassungsrecht lässt Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand insofern grundsätzlich zu, setzt ihrer Zulässigkeit aber in zweifacher Hinsicht Grenzen: Zunächst darf den Kommunen keine Pflicht zum Zusammenschluss im Sinne einer Zwangskooperation aufgezwungen werden, d. h. es muss ihnen grundsätzlich freistehen, mit anderen Kommunen im Einkauf zu kooperieren oder dieses zu unterlassen. Ein staatlich auferlegter Zwang zum gemeinsamen Einkauf ist mit Art. 28 Abs. 2 GG nicht vereinbar. Ebenso wenig darf ein solcher Zwang von anderen Kommunen – als Adressaten der Garantie - ausgehen. Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand dürfen nicht so ausgestaltet sein, dass eine Teilnehmergeinde in ihren Einkaufsentscheidungen nicht mehr frei und so ihrer Beschaffungsautonomie beraubt ist. Damit sind - wie noch auszuführen sein wird - pauschale Beschaffungsaufträge an eine Beschaffungskoooperation mit Abnahmeverpflichtung mit dem Grundsatz der kommunalen Selbstverwaltung im Sinne der finanziellen Eigenverantwortung der Kommunen unvereinbar.

2. Vergaberecht

Vergaberechtlich sind neben den §§ 97 ff. GWB die Bestimmungen der VOL/A (Verdingungsordnung für Leistungen ausgenommen Bauleistungen) maßgeblich. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) präzisiert die in den Verdingungsordnungen normierten materiellen Grundsätze. Die §§ 97 ff. GWB erfassen aber nur Verfahren, welche die nach den einschlägigen Richtlinien maßgeblichen Schwellenwerte erreichen, § 100 GWB. Für nationale Vergabeverfahren gelten weiterhin die Basisparagrafen der VOB/A und VOL/A. Die VOL/A enthält Verfahrensregeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge. Der Begriff des öffentlichen Auftrags ist im Sinne eines der Bedarfdeckung dienenden, durch zweiseitiges Rechtsgeschäft bekundeten Schuldverhältnisses im Sinne des BGB zu verstehen, durch das sich eine Privatperson (Auftragnehmer) gegenüber einem Träger öffentlicher Verwaltung (Auftraggeber) zur entgeltlichen Lieferung oder Herstellung einer Sache oder Erbringung einer Leistung verpflichtet⁴.

Nach der VOL/A erfolgt die Vergabe von Leistungen durch Ausschreibung. Öffentliche Auftraggeber – und als solche auch die Kommunen – haben nach Maßgabe der haushaltsrechtlichen Vorschriften in der Regel öffentliche Ausschreibungen vorzunehmen⁵. Das Vergabeverfahren findet seinen Abschluss mit der Zuschlagserteilung, mit dem ein Liefervertrag mit dem sich aus dem Angebot ergebenden Inhalt zustande kommt. Ziel des Vergaberechts ist neben dem möglichst

⁴ Vgl. § 99 Abs. 1 GWB

⁵ § 31 Abs. 1 Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO)

günstigen Einkauf der öffentlichen Hand im Rahmen ihrer Beschaffungstätigkeit⁶ u. a. die Verhinderung des Missbrauchs von Nachfragemacht des Staates und die Chancengleichheit der Bieter. Die missbräuchliche Ausübung von Marktmacht durch marktstarke Nachfrage der öffentlichen Hand aber vermögen die Vorschriften der VOL/A kaum einzuschränken oder auszuschließen. Dieses hat auch das Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf in seinem Beschluss vom 10.04.2002 festgestellt. Damit hat das OLG in zutreffender Weise eine Klärung zur Zulässigkeit der Teilnahme von Einkaufsgenossenschaften an öffentlichen Ausschreibungen getroffen und diese als nicht vergaberechtswidrig angesehen⁷. Das Vergaberecht setzt danach also dem gemeinsamen Einkauf öffentlicher Hände lediglich insoweit Grenzen, als die Kommunen im Rahmen ihrer gebündelten Nachfrage die allgemeinen vergaberechtlichen Vorgaben hinsichtlich Ausschreibung und Zuschlagserteilung einzuhalten haben.

3. Kartellrecht

Im Mittelpunkt der kartellrechtlichen Beurteilung kommunaler Einkaufsgemeinschaften stehen die §§ 1 und 4 Abs. 2 GWB. Dabei ist schon die Anwendbarkeit des GWB auf Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand fraglich. Dieses hängt mit der Frage zusammen, ob Gemeinden im Sinne der kartellrechtlichen Vorschriften Unternehmen sind. Die Rechtssprechung (Rspr) hat sich für die Anwendbarkeit des GWB auf die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand ausgesprochen⁸. Dieses ergibt sich aus dem funktions- und tätigkeitsbezogenen Unternehmensbegriff, wonach als Unternehmen handelt, wer zum Zwecke des marktwirtschaftlichen Leistungsaustausches auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager auftritt. Damit ist die öffentliche Hand in einem fiskalischen Hilfsgeschäft an das GWB gebunden. Somit hat auch das Kartellverbot des § 1 GWB Bedeutung für die öffentliche Hand. Absprachen zwischen den zentralen Beschaffungsstellen der öffentlichen Hand können demgemäß wie andere Einkaufsgemeinschaften dem Kartellverbot des § 1 GWB unterliegen, wenn sie geeignet sind, die Wettbewerbsverhältnisse für den Verkehr mit Waren durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen⁹.

III. Der aktuelle Meinungsstand in Kartellrechtspraxis und Literatur

1. Rechtsprechung

Kommunale Einkaufskooperationen sind bereits Gegenstand verschiedener Gerichtsentscheidungen gewesen. Das OLG Düsseldorf¹⁰ hat in einem einstweiligen Verfügungsverfahren offen gelassen, ob eine gemeinschaftsrechtliche Ausschreibung durch eine Einkaufsgemeinschaft der öffentlichen Hand den Tatbestand des § 1 GWB erfüllt. Entgegengesetzt haben das Landgericht (LG) Hannover¹¹ und dies bestätigend das OLG Celle¹², das LG Mainz¹³ sowie das LG Leipzig¹⁴ im einstwei-

⁶ Schaller, Einführung Randnr. 2

⁷ Beschluss des OLG Düsseldorf vom 22.05.2002 - Verg. 6/02 -

⁸ BGH Entscheidungssammlung Wirtschaft und Wettbewerb (WuW) im Kartellrecht BGH 2301 2304 „Gummistrümpfe“: BGH-Urteil vom 12.11.2002 – KZR11/01

⁹ Bunte in WuW 1998, 1038

¹⁰ Urteil vom 12.05.1998 „Löschfahrzeuge“ WuW 150 ff.

¹¹ Landgericht Hannover WuW/E Verg. 34

¹² Urteil vom 13.05.1998 unveröffentlicht

¹³ Urteil vom 13.02.1998 ; Beschluss vom 13.02.1998 beide unveröffentlicht

ligen Verfügungsverfahren und das LG Hannover¹⁵ im Hauptsacheverfahren entschieden. Diese Gerichte haben angenommen, dass es sich bei den Einkaufsgemeinschaften um unzulässige Nachfragekartelle im Sinne von § 1 GWB handele, für die die Legalisierungsmöglichkeit des damaligen § 5 GWB (heute § 4 Abs. 2 GWB) nicht gelte. Mit seinem Urteil vom 12.11.2002 (KZR 11/01) hat nunmehr der Bundesgerichtshof (BGH) die bestehenden Unklarheiten ausgeräumt. Dieser hat angenommen, dass es sich bei einer kommunalen Einkaufsgemeinschaft zwar um ein unzulässiges Nachfragekartell im Sinne von 1 GWB handele, dieses führe jedoch nicht zur Unzulässigkeit dieser Einkaufsgemeinschaft, da die Vorschrift des § 4 Abs. 2 GWB auch auf Einkaufsgemeinschaften kleiner und mittlerer Kommunen Anwendung finde, jedenfalls soweit sie als Nachfrager der in Rede stehenden Güter am Markt auftreten. Allerdings dürfe die Einkaufsgemeinschaft nicht ihrerseits eine so erhebliche Nachfragemacht entwickeln, dass der Wettbewerb wesentlich beeinträchtigt werde. Auf die weiteren Einzelheiten des Urteils wird im Verlaufe der Darstellung eingegangen.

2. Praxis des Bundeskartellamtes

Das Bundeskartellamt (BKA) hat in der Vergangenheit die gebündelte Beschaffung der öffentlichen Hand als wettbewerbsrechtlich problematisch angesehen. Vor dem Hintergrund des neuen BGH-Urteils bleibt allerdings abzuwarten, ob es seine Praxis verändert. Aber bereits im Jahre 1999 hat es im Hinblick auf die Frage der kartellrechtlichen Prüfung von Einkaufsgemeinschaften der Stadtwerke für Strom und Gas seine grundsätzlich positive Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften kleiner und mittlerer Unternehmen bekräftigt. Diese Einschätzung soll auch für kommunale Stadtwerke gelten, so dass für Kooperationen derartiger Unternehmen dieselben Beurteilungsgrundsätze gelten wie für Kooperationen von Unternehmen ohne Beteiligung der öffentlichen Hand. Demnach hält das BKA § 4 Abs. 2 GWB zumindest für Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand in Form der Kooperation von Unternehmen mit öffentlich-rechtlicher Trägerschaft für anwendbar.

IV. Modelle von Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand

Kooperationen sind im Rahmen verschiedener Modelle denkbar, die allerdings hinsichtlich ihrer kartellrechtlichen Beurteilung jeweils gesondert zu untersuchen sind. Dabei kommt neben dem gemeinsamen Einkauf von Kommunen eine Kooperation kommunaler Eigenbetriebe oder sonstiger privatrechtlich organisierter Unternehmen in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft (insbesondere Stadtwerke) in Betracht.

1. Erstes Modell: Selbstständiger Zusammenschluss von Gemeinden

In Betracht kommt zunächst eine unmittelbar und selbstständig, d. h. ohne Einschaltung eines Dritten zwischen mehreren Kommunen vereinbarte Kooperation hinsichtlich kommunaler Beschaffungsmaßnahmen¹⁶. Aufgrund einer entsprechenden Absprache tritt eine Kommune für sich selbst und zugleich stellvertretend für eine oder mehrere andere Körperschaften auf, nachdem deren jeweiliger Bedarf im

¹⁴ Beschluss vom 09.07.1998 und Urteil vom 09.09.1998 beide unveröffentlicht

¹⁵ Urteil vom 16.07.1998 unveröffentlicht

¹⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 150 „Löschfahrzeuge“

Einzelfall festgestellt und die letztlich nachfragende Gemeinde mit der Organisation des gemeinsamen Einkaufs beauftragt worden ist. Die bevollmächtigte Kommune führt die Ausschreibung für alle beteiligten Kommunen durch, während die Auftragsvergabe nach Abgabe der Angebote an die Bevollmächtigte jeweils durch die Beteiligten getrennt erfolgt. Der gemeinsame Einkauf in dieser Form kann in Form eines sog. „ad-hoc Zusammenschlusses“ erfolgen. Ein solcher liegt vor, wenn mehrere Kommunen angesichts eines konkreten Beschaffungsbedarfs oder einer bestimmten Haushaltssituation, etwa der Erteilung mehrerer Bewilligungsbescheide an Gemeinden eines Kreises bezüglich vergleichbarer Bedarfsgüter¹⁷ spontan beschließen, einen einzelnen Einkauf gemeinsam vorzunehmen. Denkbar ist aber auch ein längerfristiger Zusammenschluss zu verschiedenen Beschaffungen. Kennzeichnend für dieses Modell ist, dass die Sammelausschreibung nicht durch eine organisatorische selbstständige Einrichtung erfolgt. Daher sind ihm Zweckverbände, die mit der Vornahme von Sammelausschreibungen betraut sind, trotz ihrer Eigenschaft als selbstständiger Zusammenschluss mehrerer Gemeinden nicht zuzuordnen.

2. Zweites Modell: Zentrale Beschaffungsstellen der öffentlichen Hand

Alternativ zu dem o. g. dargestellten Modell kann der gemeinsame Einkauf mehrerer Kommunen über eine zentrale Beschaffungsstelle erfolgen, die den Beschaffungsbedarf verschiedener Kommunen bündelt. Entsprechende Stellen werden unmittelbar durch die Kommunen oder die jeweiligen kommunalen Spitzenverbände (kommSpV) in Form organisatorisch selbstständiger Unternehmen zur Verbesserung der kommunalen Bedarfsdeckung gegründet. Die jeweiligen Einkaufsstellen nehmen die verbindliche Ausschreibung – teilweise gegen Entrichtung eines Entgelts – Namens und für Rechnung der Teilnehmerkommunen vor, nachdem der Bedarf der Kommunen im Einzelnen nachgefragt und die Beschaffungsstelle durch den Abschluss entsprechender Vermittlungsverträge beauftragt wurde. Dabei können die beteiligten Kommunen in die Zuschlagsvergabe einbezogen werden, in dem dieser eine Versammlung der Bestellergemeinden vorausgeht. Die Auftragsvergabe erfolgt stellvertretend durch die Beschaffungsstelle. Letztlich nehmen die Kommunen die Bestellung direkt vom Hersteller oder Lieferanten ab. Kennzeichnend für das Modell der neutralen Beschaffungsstellen ist also außer der organisatorischen Selbstständigkeit der mit der Nachfragebündelung betrauten Stellen deren Abhängigkeit von der öffentlichen Hand.

Als Einkaufsorganisation in diesem Sinne fungieren primär Gesellschaften mit begrenzter Haftung¹⁸, also juristische Personen des Privatrechts, die eigens bzw. zumindest auch zu diesem Zweck gegründet wurden. Deren Gesellschafter sind die kommSpV der einzelnen Bundesländer entweder allein¹⁹ oder aber neben anderen Rechtsträgern²⁰, sodass die jeweilige Beschaffungsorganisation ganz oder teilweise im Eigentum der öffentlichen Hand steht. Praktisch geht die Bindung der Einkaufsgesellschaft an den jeweiligen kommSpV zum Teil noch darüber hinaus, in dem etwa der Vorsitzende des Kommunalverbandes die Position des Geschäftsfüh-

¹⁷ s. Fußnote 16

¹⁸ Vgl. OLG Celle WuW/E Verg. 188 „Feuerwehrbedarfsartikel“, OLG Koblenz WuW/E Verg. 184 „Feuerlöschgeräte

¹⁹ so in Niedersachsen (KWL-GmbH) und Mecklenburg-Vorpommern (Kubus-GmbH)

²⁰ so in Rheinland-Pfalz, wo neben dem Gemeinde- und Städtebund e. V. (60 %) der Landesfeuerwehrverband e. V. das entsprechende Unternehmen (FKom-GmbH) trägt.

rers der beschaffenden GmbH bekleidet²¹.

In diesem Zusammenhang kann auch an die Gründung von Zweckverbänden gedacht werden. Es handelt sich dabei um eine Verbandskörperschaft des öffentlichen Rechts auf der Grundlage des öffentlich-rechtlichen Vertrags der beteiligten Kommunen, die gegründet wird, um Aufgaben kommunaler Verwaltungskompetenz für die Mitglieder gemeinsam zu erfüllen. Im Unterschied zu den bislang bestehenden Beschaffungsgesellschaften kennzeichnet einen Zweckverband, das mit dessen Gründung die Kompetenzen der jeweiligen Kommunen in Bezug auf die ihm zugewiesenen Aufgaben auf den Verband als Behörde übergehen. Bei diesem Modell ist zu beachten, dass nicht jede Beschaffungsstelle per se als Einkaufsgemeinschaft zu qualifizieren ist. Erforderlich ist eine Differenzierung zwischen der Organisation, die den kollektiven Einkauf vornimmt, und dem tatsächlich zwischen mehreren Kommunen hinsichtlich ihres Einkaufs vereinbarten Zusammenwirkens. Erst diese qualifiziert die einkaufenden Kommunen zur Einkaufsgemeinschaft. Bei Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung kann die Organisation den Kommunen selbstständig im Sinne einer Vermittlungsstelle gegenüber stehen.

Als derartige Beispiele sind aus kommunaler Praxis zu nennen:

Im Jahre 1995 gründete der Niedersächsische Städte- und Gemeindebund eine 100% Tochter, die eine Bündelung der kommunalen Nachfrage nach Feuerwehrtiteln vornehmen sollte, um Preisvorteile zu erzielen. Ihre Gründung war Gegenstand des o.g. Rechtsstreits vor dem BGH und führte zu dem Urteil. Jüngeres Beispiel eines kollektiven Einkaufs öffentlicher Hände ist die 1999 auf Initiative des Niedersächsischen Städte- und Gemeindebundes und des Wasserverbandestages in Niedersachsen vorgenommene, bundesweit erste kommunale Stromausschreibung, die der gebündelten Ausschreibung von Strom für kommunale Verbrauchstellen diente. Angesprochen waren Städte, Gemeinden und Samtgemeinden, sowie Verbände, kommunale Unternehmen und Landkreise, die nicht über eigene Stadtwerke verfügen. 170 Kommunen und Wasserverbände mit einem Energieverbrauch über 225 Mio. KW/h – und einem Gesamtaufwand für Strom von über 70 Mio. DM 1998 haben sich der Bündelausschreibung angeschlossen²². Die dadurch gegenüber dem Preisniveau 1998 erzielte Ersparnis betrug landesweit durchschnittlich 32 %.

3. Drittes Modell: Unabhängige zentrale Beschaffungsstellen

Ein gebündelter Einkauf ist nicht zuletzt auch durch eine von der öffentlichen Hand gänzlich unabhängige, im Sinne einer „Einkaufsagentur“ in privatem Eigentum stehende Einkaufsorganisation als zentrale Beschaffungsstelle denkbar. Dabei handelt es sich um eine Organisation, die rechtlich, finanziell und verwaltungstechnisch unabhängig von den über sie nachfragenden Kommunen ist. In vergleichbarer Weise können auch selbstständige Behörden als unabhängige Beschaffungsstellen tätig werden.

Private Einkaufsagenturen können dabei einerseits als Vertreter der Kommunen nur bei Bedarf in deren Namen und auf deren Rechnung nachfragen. Andererseits aber auch auf eigene Rechnung und in eigener Verantwortung tätig werden und inso-

²¹ so in Rheinland-Pfalz 1999

²² Die Niedersächsische Gemeinde 1999, 166

fern die Funktion eines Zwischenhändlers wahrnehmen.

Die Untersuchung der Grenzen der Zulässigkeit von Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand soll sich primär an diesen Modellen orientieren.

V. Die kartellrechtliche Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand nach § 1 GWB

Voraussetzungen

1. Kommunen bzw. kommunale Spitzenverbände als Unternehmen bzw. Unternehmensvereinbarung

Das die öffentliche Hand, soweit sie am marktwirtschaftlichen Verkehr teilnimmt, als Unternehmen im Sinne des GWB qualifiziert wird, wurde bereits oben unter III 1. dargelegt.

2. Vereinbarung zwischen Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinbarungen

Darüber hinaus ist es nach § 1 GWB erforderlich, dass es sich um eine Vereinbarung zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen handelt. In der Absprache der Kommunen, zentral nach den zu beschaffenden Gütern nachzufragen, liegt eine solche Vereinbarung. Nach der Rspr ist die Rechtsform der Einkaufsgemeinschaft unmaßgeblich, wenn sich die Beteiligten nur bei der Gründung des Unternehmens darüber einig sind, dass das Unternehmen mit seiner Tätigkeit die Interessen der Vertragsparteien koordinieren soll, um auf diese Weise die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Entscheidend ist damit, ob ein „Instrument zur Beschränkung des Nachfragewettbewerbs“ geschaffen wurde. Auch wenn die Kommunen nur mittelbar über ihren kommSpV Gesellschafter der Einkaufsgemeinschaft sind, so haben sie diese doch als Gemeinschaftseinrichtung zum Zweck der gemeinsamen Beschaffung gegründet und kontrollieren die Einkaufsgemeinschaft, so dass diese als über den kommSpV gehaltenes Gemeinschaftsunternehmen der Kommunen angesehen werden kann. Dieser Tatbestand ist nicht bei dem Beschaffungsmodell 3 der unabhängigen zentralen Beschaffungsstellen als erfüllt anzusehen. Hier beruht die zentrale Beschaffung nicht auf einer Vereinbarung zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Kommunen. Vielmehr erfolgt die Inanspruchnahme der Einkaufsagentur aufgrund autonomer unternehmerischer Entscheidung der einzelnen Verwaltungseinheiten. Ebenso wenig kommt die Annahme eines Beschlusses einer Unternehmensvereinbarung im Sinne des § 1 GWB in Betracht. Auch das in § 1 aufgezählte Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweisen kommt nicht zum Tragen. Denn eine Verständigung zwischen den an der Sammelausschreibung einer selbstständigen Einkaufsagentur teilnehmenden Kommunen im Sinne einer Erfüllungsmaßnahme mit dem Ziel, die anderen Kommunen über das eigene Verhalten zu informieren oder deren Verhalten zu beeinflussen, liegt bei diesem Modell regelmäßig gerade nicht vor. Damit unterfällt die Nachfragebündelung durch selbstständige Einkaufsagenturen nicht dem Kartellverbot des § 1 GWB und kann deshalb bei der weiteren Darstellung außer Acht bleiben.

3. Auswirkungen auf den Wettbewerb

Darüber hinaus müssten die Einkaufsgemeinschaften die Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken. Gegenstand der Wettbewerbsbeschränkung ist die Bündelung der Nachfrage, um möglichst hohe Preisnachlässe und möglichst günstige Konditionen zu erzielen. Ein gemäß § 1 GWB unzulässiger wettbewerbsbeschränkender Zweck oder eine entsprechende Wirkung einer Einkaufsgemeinschaft kann sich zunächst aus dem Bestehen einer Bezugspflicht ergeben. Darüber hinaus können Einkaufsgemeinschaften schon dann gegen § 1 GWB verstoßen, wenn sie eine in einer Bezugskonzentration zum Ausdruck kommende Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens ihrer Mitglieder durch deren Verzicht auf eigenständige Einkaufsverhandlungen bezwecken oder bewirken. Eine Einkaufsgemeinschaft kann eine Beschränkung des Wettbewerbs dann bezwecken oder bewirken, wenn die Vereinbarung über den Einkaufszusammenschluss zwar keinen direkten, aber einen mittelbaren oder faktischen Bezugszwang vorsieht, in dem die Wahrnehmung der Handlungsfreiheit mit wirtschaftlichen oder anderen Nachteilen verknüpft ist²³. Erforderlich ist, dass dem Mitglied für den Fall des Fremdbezugs Nachteile drohen, die geeignet sind, rational, insbesondere kaufmännisch vernünftig handelnde Unternehmen vom Fremdbezug abzuhalten. Im Hinblick auf Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand kommt einer faktischen Bezugspflicht allerdings keine praktische Relevanz zu.

4. Wettbewerbsbeschränkung ohne Bezugspflicht

Auch Einkaufsgemeinschaften ohne Bezugspflicht können dem Kartellverbot des § 1 GWB unterfallen, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung in Form einer Verhaltensvereinheitlichung ihrer Mitglieder durch deren Verzicht auf selbstständige Einkaufsverhandlungen im Sinne des § 1 GWB bezwecken oder bewirken. Danach kann auch eine Einkaufsgemeinschaft ohne Bezugspflicht zu einer Beschränkung des Nachfragewettbewerbs führen, wenn diese eine die Teilnehmerkommunen verpflichtende Vereinbarung bewirkt und den Anbietern durch eine Vereinheitlichung des Nachfrageverhaltens der Mitglieder Ausweichmöglichkeiten entzogen werden, die beim unbeschränkten Nachfragewettbewerb typischerweise bestehen. Einkaufsgemeinschaften fallen daher schon dann unter das Kartellverbot, wenn mit ihnen ein Verzicht der Mitglieder auf selbstständige Einkaufsverhandlungen mit dem Lieferanten verbunden sind. Dieses ist aber gerade das vorrangige Ziel der in der Einkaufsgemeinschaft zusammengeschlossenen Unternehmen. Damit gibt es für Einkaufsgemeinschaften nur wenig Spielraum. Letztlich führt also die Vereinheitlichung des Einkaufsverhaltens zur Anwendung des § 1 GWB. Sind sich die Kommunen darüber einig, Nachfragemacht zur Erzielung günstigerer Einkaufspreise und Konditionen zu bilden, so bildet dieses den Grund für die Anwendung des § 1 GWB. Kommunale Einkaufsgemeinschaften scheiden damit nicht schon deshalb aus dem Anwendungsbereich des § 1 GWB aus, weil die Kooperation nur die Rahmenvereinbarung mit den Lieferanten trifft, die eigentlichen Verträge jedoch dezentral und unabhängig von den einzelnen Kommunen geschlossen werden.

5. Spürbare Beeinflussung der Marktverhältnisse

²³ Bunte in L/B, 8. Auflage, § 1 Randnr. 67; vgl. BKA Tätigkeitsbericht 78, S. 74

Zuletzt ist die Eignung der Einkaufsgemeinschaften zur spürbaren Beeinflussung der Marktverhältnisse festzustellen. Diese ist nur dann gegeben, wenn die Mitglieder erhebliche Einkaufsvolumina auf sich vereinigen und dadurch erheblich günstigere Einkaufsbedingungen durchsetzen können²⁴. Der BGH hat eine Spürbarkeit allerdings bei der Eignung der Verhaltenskoordinierung angenommen, die Verhältnisse auf dem Markt „mehr als nur in unbedeutendem Umfang zu beeinflussen“²⁵.

Beeinflussung der Marktverhältnisse

Zur Feststellung der Beeinflussung der Marktverhältnisse ist eine Definition des relevanten Marktes nicht erforderlich. Vielmehr ist es ausreichend, dass die wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung für irgendeine Veränderung der Marktverhältnisse mit ursächlich ist²⁶. Eine überwiegende Wahrscheinlichkeit in diesem Sinne wird aufgrund der im Rahmen des gemeinsamen Einkaufs durch die Bündelung von Nachfragevolumina zu erwartenden Konditionenvorteile – wie bereits erwähnt - für nahezu jede Kooperationsvereinbarung schon ihrer Zielsetzung nach zu prognostizieren sein.

Spürbarkeit der Marktbeeinflussung

Das Merkmal der Spürbarkeit ist eines der maßgeblichen Kriterien, nach denen zu entscheiden ist, ob ein kommunaler Einkaufszusammenschluss unter das Kartellverbot des § 1 GWB fällt. Diese Feststellung kann nicht anhand von festen Grundsätzen getroffen werden, sondern nur nach den Umständen des Einzelfalles. Hier allerdings ist eine räumliche und sachliche Abgrenzung des relevanten Marktes, auf den sich das Nachfrageverhalten der Einkaufskooperation auswirkt, sowie die Feststellung der auf dem Markt auftretenden Anbieter und Nachfrager, ggf. auch ihrer Marktstärke erforderlich²⁷. Zwar ist der relevante Markt der Nachfragemarkt, jedoch bestimmt sich dieser nach einhelliger Auffassung aus Sicht der Anbieter. Bezüglich des sachlich-relevanten Marktes ist zu fragen, welche Ausweichmöglichkeiten den Anbietern zur Verfügung stehen und zwar einerseits für den Fall, dass sie ihre bisherigen Erzeugnisse und Vertriebsleistungen beibehalten, jedoch auf einen anderen Nachfrager mit gleichwertigen Handelsleistungen wechseln, andererseits unter der Voraussetzung, dass sie ihre Produktion – im Rahmen der vorhandenen Produktionsanlagen – sowie ihren Vertrieb umstellen, um einen weitergefassten Kreis von Nachfragern erreichen zu können. Der räumlich relevante Markt definiert sich nach den räumlichen Ausweichmöglichkeiten der Anbieter, beschränkt auf den Geltungsbereich des GWB. Hier können lokale und regionale Teilmärkte bestehen, soweit dem Absatz in anderen Gebieten wegen der Kosten der Belieferung, der Transportfähigkeit der Waren u. ä. tatsächliche Schranken gesetzt sind²⁸. Von Bedeutung ist hier insbesondere die Frage, ob nachgefragte Artikeln ein eigenes Marktsegment darstellen oder nur Teile eines großen Marktes sind. Je weiter der Markt ist, umso geringer die Gefahr, dass eine Marktbeeinflussung gegeben ist. Fragen die Kommunen nur Artikel allgemeinen Bedarfs nach, die u.a. auch in gleichem Maße von privaten Verbrauchern nachgefragt werden, so ist die

²⁴ Bunte, WuW, 1037 (1039) ; Bechtold § 1 Randnr. 59)

²⁵ BGH WuW/E De-R 115, 120 „Carpartner“, BGH Urteil v. 12.11.2002, KZR 11/01

²⁶ Vgl. Müller-Uri, Randnr. 82 ff. KZR 11/01

²⁷ Vgl. BGH WuW/E 1458 ff., 1462

²⁸ Vgl. Immenga/Mestmäcker – Immenga, § 5 c Randnr. 63, BGH, Urteil v. 12.11.2002, KZR 11/01

Spürbarkeit der Marktbeeinflussung als gering anzusehen. Die Größe der Einkaufskooperation und damit der in ihr vereinte Marktanteil der Nachfrager spielt im Rahmen der Einzelfallbeurteilung dabei eine große Rolle. Die Begrenzung auf ein Bundesland kommt dann in Betracht, wenn aufgrund landesrechtlicher Bestimmungen wesentlich andere Anforderungen an das abzusetzende Gut gestellt werden, die durch eine zumutbare Anpassung der Produktion – unter den tatsächlichen Gegebenheiten der vorhandenen Produktionsanlagen – nicht erfüllt werden können. Als Markt kommt darüber hinaus auch das Ausland in Betracht.

Neben dem räumlich und sachlich relevanten Markt kann auch noch ein Zeitfaktor einbezogen werden, im Rahmen dessen darauf abgestellt wird, ob in dem Zeitraum, in dem die zu beurteilenden Kommunen nachfragen, noch weitere Nachfragen auftreten können und in welchem Umfang die Anbieter in der Lage sind, auf andere Zeiträume auszuweichen. Vor diesem Hintergrund dürften Rahmenvereinbarungen durch gemeindliche Einkaufskooperationen insbesondere dann problematisch sein, wenn sie die Nachfrage der angeschlossenen Kommunen über einen längeren Zeitraum erfassen.

Ergebnis: Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass kommunale Einkaufsgemeinschaften zur zentralen Bündelung von Bedarfsdeckungsgeschäften als sog. Nachfrage- oder Einkaufskartelle unter das Wettbewerbsverbot des § 1 GWB fallen, sofern sie spürbare Auswirkungen auf die Marktverhältnisse haben. Die Spürbarkeit der Marktbeeinflussung ist für die Frage, ob die kommunalen Einkaufsgemeinschaften unter § 1 GWB fallen, der zentrale Problempunkt. Von maßgeblicher Bedeutung ist hierbei insbesondere die Größe der Einkaufskooperation und der räumliche Tätigkeitsbereich der Anbieter. Nach alledem ist die durch eine Einkaufsgemeinschaft bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung erst aber immer dann spürbar, wenn die Kooperation im Einzelfall in dem Maße Einkaufsvolumina auf sich vereinigt, dass die Anbieter erkennbar nur unter Abschlägen ihre Abschlüsse tätigen können, und insofern durch die Kooperation nicht nur theoretisch in ihrer wettbewerblichen Handlungsfreiheit beeinträchtigt sind. Es genügt nicht ein qualitativ geringer Verlust an Ausweichmöglichkeiten oder ein geringfügiger Verhandlungsnachteil²⁹. Das heißt: Sind die Einkaufsgemeinschaften in der Lage, die Marktgegenseite zur Preisnachlassen zu veranlassen, ist eine Eignung zu spürbaren Außenwirkungen anzunehmen. Angesichts der von kommunalen Einkaufsgemeinschaften regelmäßig erzielten prozentualen hohen Konditionsverbesserungen ist dieses in der Regel der Fall.

6. Rechtsgüterabwägung im Sinne des § 1 GWB

Fraglich ist zuletzt, ob die Anwendung von § 1 GWB auf kommunale Einkaufsgemeinschaften deshalb scheitert, weil die Wettbewerbsbeschränkung aus übergeordneten Gründen, nämlich aus dem Grund der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der öffentlichen Verwaltung³⁰ bzw. der Sanierung der öffentlichen Haushalte zu rechtfertigen ist³¹. Das OLG Celle hat in seinem Urteil³² dahingestellt sein lassen, ob das Argument der Kosteneinsparung der öffentlichen Hand und der Verbesserung der Ausstattung der Einrichtung zur Gefahrenabwehr überhaupt ge-

²⁹ Sprenger, Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand, S. 106

³⁰ BVerfGE 79, 127, 153

³¹ Dafür: Schumacher/Schaller, Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1998, 296 298

³² OLG Celle a. a. O. S. 7

eignet ist, übergeordnete Interessen zu begründen. Der BGH hat in seiner neuen Rspr. darauf abgestellt, ob für die Wettbewerbsbeschränkung bei wertender Betrachtungsweise im Hinblick auf die Frage des Wettbewerbs ein anzuerkennendes Interesse besteht oder nicht. Das BKA hat zeitweise bei Sachverhalten, bei denen Wettbewerbsbeschränkungen zur Verfolgung außerökonomischer Ziele vereinbart wurden, im Falle von Normenkonflikten eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 1 GWB aufgrund einer Güter- und Interessenabwägung vorgenommen. Allerdings wurde diese Praxis bisher nur zum Schutz von Leben und Gesundheit herangezogen. Damit kommt in erster Linie eine Einschränkung des § 1 GWB nur zum Schutz von Leben und Gesundheit in Betracht, und das auch nur, soweit die Wettbewerbsbeschränkung zur Verwirklichung des Schutzes geeignet und erforderlich ist. Bei der Güterabwägung ist zwar zu berücksichtigen, dass sich die Kostenersparnisse durch die kommunalen Einkaufsgemeinschaften für die ganze Bevölkerung als finanziell vorteilhaft darstellen. Dem steht jedoch die Tatsache gegenüber, dass sich die Kommunen bei ihren Bedarfsdeckungsgeschäften wie jeder andere Marktteilnehmer nach den Gegebenheiten des Marktes und den Bestimmungen des Kartell- und Wettbewerbsrechtes zu richten haben. Sie treten somit den Anbietern wie jeder andere Nachfrager gegenüber. Damit können Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand nicht mit höherrangigen Zielen, etwa mit dem Ziel der wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung der öffentlichen Hand, gerechtfertigt werden.

Damit bleibt als Ergebnis festzuhalten: **Kommunale Einkaufsgemeinschaften erfüllen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 GWB, sofern sie den Wettbewerb spürbar beeinträchtigen und unterfallen damit regelmäßig dem Kartellverbot.**

VI. Freistellung nach § 4 Abs. 2 GWB

Aus dem vorgenannten Ergebnis ergibt sich allerdings nicht schon zwingend die Erkenntnis der Unzulässigkeit kommunaler Einkaufsgemeinschaften. Vielmehr können diese nach § 4 Abs. 2 GWB vom Kartellverbot freigestellt werden. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf kommunale Einkaufsgemeinschaften war bis zum o.g. Urteil des BGH vom 12.11.2002 ungeklärt. Diese Unsicherheit wurde nunmehr beendet, indem der BGH die Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf kommunale Einkaufsgemeinschaften bejaht hat.

Die Freistellung ist unter den folgenden Voraussetzungen möglich:

1. Gemeinsamer Einkauf von Waren

Wie bereits dargelegt, beruht die zentrale Beschaffung auf Vereinbarungen der Kommunen bzw. Beschlüssen von gemeindlichen Zusammenschlüssen.

2. Kein Bezugszwang

Um die Freistellung zu erreichen, dürfen die Einkaufsgemeinschaften keinen über den Einzelfall hinausgehenden Bezugszwang für die beteiligten Kommunen begründen. Dieses bedeutet: Pauschale Beschaffungsaufträge ohne Festlegung der Ware, der Menge, der Qualität und des Höchstpreises, die quasi zu einer General-

vollmacht der Einkaufsgemeinschaft verbunden mit einer Abnahmeverpflichtung führen, begründen eine unzulässige Bezugsbindung, insbesondere wenn der Kommune keine ständige Korrektur der übernommenen Verpflichtungen möglich ist. Eine solche Verpflichtung würde auch dem Grundsatz der Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG, wozu auch die finanzielle Eigenverantwortung gehört, und der Allzuständigkeit der Kommunen für Dinge, die die Angelegenheit der örtlichen Gemeinschaft betreffen, widersprechen. Unzulässig sind allerdings nicht nur unmittelbare vertragliche Bezugsverpflichtungen, sondern auch ein mittelbarer Zwang zum Bezug, welcher jedoch über die, der Einkaufskooperation immanente wirtschaftliche Sogwirkung hinaus gehen muss, da diese in Form der Verbesserung der Nachfragesituation durch das Gesetz gerade gewollt ist. Die Kooperationsmitglieder müssen in der Wahl ihrer Lieferanten nach wie vor frei sein und die Entscheidung für einen bestimmten Lieferanten darf nicht auf Bindungen beruhen, die die gleiche Wirkung wie eine rechtliche Bezugsverpflichtung haben. Ein mittelbarer Bezugszwang kann sich insbesondere daraus ergeben, dass der Teilnehmerkommune Nachteile entstehen, soweit sie nicht über die Kooperation und zu deren Bedingungen bezieht bzw. ihr über den bloßen wirtschaftlichen Vorteil bei zentralem Bezug weitere Vorteile gewährt werden.

Die Teilnehmerkommunen haben dafür Sorge zu tragen, dass vertraglich eine derartige Bezugspflicht ausgeschlossen wird. Dieses ist einer der wichtigsten zu beachtenden Punkte. Wird diesem in unzureichendem Maße Genüge getan, besteht eine wesentliche Hürde auf dem Weg zur Freistellung .

3. Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen

Nach dem o. g. BGH-Urteil gilt die Freistellung für kleine und mittlere Kommunen. Das OLG Düsseldorf³³ hat in einem früheren Urteil auf die Größenqualifizierung des § 4 Abs. 1 GO NRW abgestellt. Danach wird eine kreisangehörige Gemeinde mit mehr als 60.000 Einwohnern als große „kreisangehörige Stadt“, einer solchen mit mehr als 25.000 Einwohnern als „mittlere kreisangehörige Stadt“ bezeichnet. Unterhalb der Schwelle von 25.000 Einwohnern soll eine kleine Stadt vorliegen³⁴. Der BGH hat in seinem neuesten Urteil v. 12.11.2002 dazu keine weiteren Ausführungen gemacht.

Fraglich ist, ob diese Anlehnung an die kommunalrechtliche Terminologie und Zuordnung generell zur Einordnung einer Gemeinde als klein oder mittel im Sinne des § 4 Abs. 2 GWB Anwendung finden kann³⁵. Das Problem besteht bei kommunalen Einkaufsgemeinschaften hinsichtlich der Beteiligung von großen Städten an dieser Kooperation. Eine derartige Beteiligung ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen, sofern sie objektiv auch der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der kleinen und mittleren Kommunen dient³⁶. Eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der kleinen und mittleren Kommunen wird durch die Beteiligung einzelner großer Städte dann gefördert, wenn diese an den guten Einkaufsbedingungen der großen Städte partizipieren. Die Feststellung dieses Merkmals ist im Einzelfall für die Kooperationspartner äußerst schwierig und birgt Gefahren in sich. Da die Grenze nicht klar ist, sollte auf keinen Fall mehr als eine große Stadt an der

³³ OLG Dssd, WuW/E-DE-R 150, 155

³⁴ OLG Dssd, WuW/E-DE-R 150, 155

³⁵ Sprenger, Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand, S. 153

³⁶ Begründung BT-Drucksache 11/4610 S. 16, BGH – Urteil vom 12.11.2002, KZR 11/01

Einkaufsgemeinschaft teilnehmen. Allerdings scheint auch hier die Grenze bei den Millionenstädten erreicht zu sein. Keinesfalls aber darf eine Einkaufsgemeinschaft nur große Städte als Mitglieder haben. Die Grenze, ab der von einer großen Stadt gesprochen werden kann, ergibt sich dabei aus den Gemeindeordnungen. In diesem Zusammenhang ergibt sich ein Streit, ob sich die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit auf den Beschaffungsmarkt bezieht oder nur auf den Absatzmarkt der Kooperationspartner. Aus der Begründung des Regierungsentwurfs zur 5. GWB-Novelle³⁷ wird deutlich, dass der Gesetzgeber eindeutig auf die Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit auf dem Beschaffungsmarkt abgestellt. Dieses erscheint auch logisch. Damit soll der strukturelle Nachteil kleiner und mittlerer Kommunen gegenüber großen Städten und Stadtstaaten verringert werden.

4. Keine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

Die Freistellung nach § 4 Abs. 2 GWB ist darüber hinaus nur dann zulässig, wenn der Wettbewerb auf dem Markt dadurch nicht wesentlich beeinträchtigt wird, § 4 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Diese Beurteilung setzt zunächst die Definition des relevanten Marktes sowohl in fachlicher, räumlicher als auch zeitlicher Hinsicht voraus, die immer einer Einzelfallentscheidung bedarf und sich nach der Art des nachgefragten Gutes richtet³⁸. War bisher der lokale oder regionale Handel Lieferant der Kommunen, so ist auf diese lokalen und regionalen Teilmärkte abzustellen und danach zu fragen, ob die Kooperation durch die Bündelung großer Einkaufsvolumina den bisherigen Beschaffungswettbewerb wesentlich beeinträchtigt. Dies kann zu Forderungen nach Aufteilung in Losen führen, die auch der lokale und regionale Handel noch bedienen kann. Der BGH stellt in seiner jüngsten Entscheidung auch maßgeblich darauf ab, wie weit die Möglichkeit des Ausweichen auf andere Nachfrager und auch die räumliche Ausdehnung der Verkaufsanstrengungen reicht, um möglicherweise neue Kunden zu erreichen. Erlaubt der betreffende Markt es ohne weiteres, den Vertriebskreis auszuweiten und so Umsatzeinbrüche im lokalen Geschäft zu kompensieren, so liegt keine Marktbeeinträchtigung vor. Die Schwelle, ab der die Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht mehr von § 4 Abs. 2 GWB toleriert wird, liegt jedoch höher als die Spürbarkeitsschwelle der Wettbewerbsbeschränkung des § 1 GWB. Eine Orientierung kann sich hier aus der Rspr. ergeben, die von einem relevanten Marktanteil von 10 bis 15 % ausgeht³⁹. Der BGH scheint diese Grenze auch anzunehmen. Zu beachten ist jedoch, dass die Intensität der Wettbewerbsbeschränkung bei Einkaufsgemeinschaften grundsätzlich besonders hoch ist, da sie primär auf die Erzielung günstigerer Preise gerichtet sind, so dass der kritische Marktanteil hier keinesfalls mehr als 15 % betragen dürfte.

Damit bleibt als Ergebnis festzuhalten: Die Freistellung einer kommunalen Einkaufsgemeinschaft vom Kartellverbot des § 1 GWB kommt nach § 4 Abs. 2 GWB in Betracht, wenn die Einkaufsgemeinschaft keine Bezugsverpflichtung für die Teilnehmerkommunen begründet, aufgrund ihrer Größe und ihrer Marktsituation keinen höheren Marktanteil als 10 bis 15 % besitzt und der Verbesserung der Wettbewerbssituation kleiner und mittlerer Gemeinden auf den Beschaffungsmärkten dient.

³⁷ BT-Drucksache 11/4610 S. 15

³⁸ BGH – Urteil v. 12.11.2002 – KZR 11/01

³⁹ Immenga I/M, § 4 Randnr. 139; OLG Düsseldorf WuW/E-DE-R 150 (156) “Löschfahrzeuge”

VII. Anmeldepflicht der kommunalen Einkaufsgemeinschaften

Mit der 6. GWB-Novelle hat das GWB in § 9 Abs. 4 GWB eine Anmeldepflicht für Vereinbarungen und Beschlüsse im Sinne des § 4 Abs. 2 GWB – den Einkaufskooperationen – begründet. Die tatbestandlich von § 4 Abs. 2 GWB erfassten Einkaufszusammenschlüsse sind damit formell zu Anmeldekartellen qualifiziert worden. Sie sind zur Anmeldung verpflichtet und können von der Kartellbehörde gemäß § 81 Abs. 2 GWB mit einer Geldbuße belegt werden, wenn sie die Anmeldung nicht unverzüglich, nicht richtig oder nicht vollständig übernehmen. Es gilt allerdings zu beachten, dass der Anmeldung nur deklaratorische Wirkung und kein Wirksamkeitserfordernis zukommt. Unabhängig vom Zeitpunkt der Anmeldung unterliegen damit kommunale Einkaufsgemeinschaften bereits mit Erfüllung der Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 GWB der Missbrauchskontrolle des § 12 Abs. 1 GWB.

VIII. Ergebnis und Zusammenfassung der kartellrechtlichen Beurteilung der Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand nach § 1 und § 4 Abs. 2 GWB

Ausgehend von den vorangegangenen Ausführungen ist folgendes bei der Gründung kommunaler Einkaufsgemeinschaften zu beachten:

1. Nach neuester Rspr des BGH sind die § 1 und § 4 Abs. 2 GWB auch auf kommunale Einkaufsgemeinschaften anwendbar. Ausgenommen von dem Kartellverbot des § 1 GWB sind Modelle der von der öffentlichen Hand unabhängigen zentralen Beschaffungsstellen, da in diesem Fall die zentrale Beschaffung nicht auf einer Vereinbarung zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Kommunen beruht und die Inanspruchnahme dieser Agentur vielmehr aufgrund autonomer unternehmerischer Entscheidung der einzelnen Verwaltungseinheiten beruht.
2. Ein einer Freistellung nach § 4 Abs. 2 GWB entgegen stehender Bezugszwang im Einzelfall liegt nicht vor, wenn die Kommune Ware, Menge, Qualität und Höchstpreis des Beschaffungsauftrags der Einkaufsgemeinschaft vorgeben kann. Pauschalisierte Beschaffungsaufträge im Sinne einer Generalvollmacht verbunden mit einer Abnahmeverpflichtung führen dagegen zu einer unzulässigen Bezugsbindung, insbesondere wenn der Kommune keine ständige Korrektur der übernommenen Verpflichtung möglich ist. Eine derartige Verpflichtung würde den Grundsatz der Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG, wozu auch die finanzielle Eigenverantwortung gehört, und der Allzuständigkeit der Kommunen für Dinge, die die Angelegenheiten der öffentlichen Gemeinschaft betreffen widersprechen.
3. An einer nach § 4 Abs. 2 GWB legalisierbaren Einkaufsgemeinschaft der öffentlichen Hand dürfen nur kleine und mittlere Kommunen – im Ausnahmefall große Kommunen – beteiligt sein. Für die Bestimmung kann auf die Regelungen der Gemeindeordnungen über kleine und mittlere Kommunen zurückgegriffen werden.
4. Der Tatbestand der „Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der kleinen und mittleren Unternehmen“ stellt nur auf den Beschaffungsmarkt und die Erzielung günstigerer Konditionen aufgrund größerer Verhandlungsstärke in Folge der Zu-

sammenfassung der Einkaufsvolumina ab.

5. Bei dem Merkmal, das „der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt“ werden darf, kommt es auf die Sicht der bisherigen Anbieter/Lieferanten und deren Ausweichmöglichkeiten an. War bisher der lokale oder regionale Handel Lieferant der Kommunen, so ist auf diese lokalen und regionalen Teilmärkte abzustellen und danach zu fragen, ob die Kooperation durch die Bündelung großer Einkaufsvolumina die bisherige Wettbewerbsstruktur auf der Lieferantenseite wesentlich beeinträchtigt. Ausgehend von diesen Ausführungen sind kommunale Einkaufsgemeinschaften dann als unproblematisch einzustufen, wenn sich lediglich im Einzelfall zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit große Kommunen daran beteiligen. Schließen sich allerdings kleine und mittlere Kommunen zusammen und fragen nicht mehr als max. 15 % (ggf. nach neuer Rechtsprechung 20 %) des nachgefragten Marktes nach, so kann die Freistellung nach § 4 Abs. 2 GWB erfolgen.

Literaturverzeichnis

Banner, Gerhard, Kommunale Dienstleistungen zwischen Gemeinwohlauftrag, Bürgerschaft und Markt, in: Kommunale Selbstverwaltung, Europäische und Nationale Aspekte, hrsg. von Michael Nierhaus, Berlin 1996, S. 81

Bechtold, Rainer, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2. Auflage, München 1999

Bunte, Hermann-Josef/Langen, Eugen (Begründer), Kommentar zum Deutschen und Europäischen Kartellrecht, Band 1, 8. Auflage, Berlin 1998 (zitiert Bearbeiter in L/B 8. Auflage)

Bunte, Hermann-Josef Die kartellrechtliche Beurteilung von Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand, in Wirtschaft und Wettbewerb, 1998, S. 1037 ff.

Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht: Herausgegeben von Helmut Glassen, Helmut von Kahn, Hans-Christian Kersten, Harald Rieger, 3. Auflage, Köln 1993, Lose Blattsammlung: Stand September 2000

Fritzsche, Jörg Die Auslegung des § 1 GWB und die Behandlung von Einkaufsgemeinschaften im Kartellrecht, Dissertation, Augsburg 1992

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage, München 2001 (zitiert: Bearbeiter in I/M)

Müller-Uri, Rolf, Kartellrecht (GWB), Köln 1989

Püttner, Günter, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Auflage, Stuttgart 1985

Schaller, Hans, Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) München 1999

Schumacher, Eva/Schaller, Christoph, Wettbewerb und Rationalisierung fiskalischer Tätigkeit durch Kommunen als Wertwiderspruch, Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1998, S. 296

Sprenger, Katja, Einkaufsgemeinschaften der öffentlichen Hand – Grenzen der Zulässigkeit – Dissertation 2001, Universität Göttingen, Rechtswissenschaftliche Forschung und Entwicklung, Band 669 München 2001

Nachtrag

Die Tatbestände der § 2 ff. GWB wurden aufgehoben. Stattdessen wurde eine dem Artikel 81 Absatz 3 EG entsprechende Generalklausel alleiniger Freistellungstatbestand. Dieses hat Auswirkungen auf die Prüfung der Zulässigkeit von Einkaufskooperationen. Diese waren nach altem Recht in § 4 Absatz 2 GWB geregelt. Dort wurde genauen Voraussetzungen dargestellt, wann eine Freistellung dieser Einkaufskooperation vom Kartellverbot erfolgt. Dieses ist nun nicht mehr der Fall. Der Verweis auf Artikel 81 Absatz 3 EG hat zur Folge, dass die kasuistisch ausgestatteten Freistellungstatbestände im deutschen Recht weitgehend keine Berechtigung mehr haben. Einkaufskooperationen sind im künftig maßgeblichen europäischen Recht eingehend geregelt. So hat die Kommission in den Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit Auslegungsgrundsätze zur kartellrechtlichen Beurteilung von Einkaufskooperationen entwickelt (vergleiche Rdnrn. 115 - 138). Ein wesentliches Kriterium für die Beurteilung von Einkaufskooperationen ist danach die durch die Bindung entstehende Marktmacht. Die Leitlinien gehen davon aus, dass Einkaufskooperationen mit einem formulierten Marktanteil der Beteiligten von weniger als 15 % jedenfalls regelmäßig die Voraussetzung des Artikels 81 Absatz 3 erfüllen (RandNr. 130). Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen gelten sie als zulässig. Diese Auslegungsgrundsätze, die weitergehende Spielräume für die Bildung und Tätigkeit von Einkaufskooperationen als der bisherige § 4 Absatz 2 bieten, sind künftig auch für die Beurteilung von Einkaufskooperationen von kleinen und mittleren Unternehmen im deutschen Recht zu berücksichtigen. Allerdings sollte nicht vergessen werden, dass durch die Einführung eines Legalausnahmesystems vom Kartellverbot die Städte zwar im Hinblick auf die Einkaufskooperation einen größeren Freiraum gewinnen. Andererseits liegt in der geplanten Entformalisierung der Freistellungsverfahren für die betroffenen Unternehmen ein nicht zu unterschätzendes Gefahrenpotenzial. Denn sie haben die Risiken zu tragen, wenn ein Dritter gegen die Gründung einer Einkaufskooperation klagt, ob die Voraussetzungen tatsächlich vorliegen. Nach der jetzigen Rechtslage sind derartige Einkaufskooperationen beim Bundeskartellamt anzumelden. Insofern scheint diese Gesetzesänderung nicht unbedingt von Vorteil für die Kommunen zu sein.