

I. ABHANDLUNGEN

Christian Koenig / Jürgen Kühling / Christoph Müller, Bonn/Karlsruhe Marktfähigkeit, Arbeitsgemeinschaften und das Kartellverbot

Die Arbeitsgemeinschaft ist mittlerweile in vielen Branchen und Wirtschaftsbereichen von großer Bedeutung. Entsprechend umfangreich ist die hierzu bestehende Kartellrechtspraxis. Dennoch ist die Dogmatik der Arbeitsgemeinschaften noch nicht weit entwickelt. Gleiches gilt für die hiermit im Zusammenhang stehende Marktfähigkeitsproblematik, also die Frage, ob ein Unternehmen überhaupt im Stande ist, an einem bestimmten Markt aus eigener Kraft teilzunehmen. Vor diesem Hintergrund ist eine Auseinandersetzung mit den Grenzen der Kartellfreiheit dieser Form der Zusammenarbeit ebenso geboten wie die Erörterung der Frage, ob sich die bisherigen Ansätze der Rechtspraxis fortentwickeln und auf andere Fallkonstellationen übertragen lassen. Diese Diskussion ist auch über die bevorstehenden, grundlegenden Änderungen des GWB durch die 7. Kartellgesetznovelle hinaus relevant, weil mit dieser eine weitere Angleichung des nationalen an das europäische Kartellrecht verbunden ist und auch auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene Marktfähigkeits- und Arbeitsgemeinschaftsgedanken zu finden sind.

I. Marktfähigkeit und Arbeitsgemeinschaften in den Entscheidungen der deutschen Kartellrechtspraxis¹⁾

1. Begriff

Die Marktfähigkeit bezeichnet im Kern das Leistungsvermögen eines Unternehmens i. S. des GWB, auf einem bereits bestimmten oder noch unbestimmten Markt tatsächlich oder potenziell auftreten zu können und als Anbieter oder Nachfrager von am Markt vorhandenen Leistungen von der Marktgegenseite wahrgenommen zu werden. Diese Fähigkeit ist abhängig von den – entsprechend verschiedenen spezifischen Marktverhältnissen differierenden – Anforderungen des jeweiligen Marktes. Das Fehlen von Marktfähigkeit hat regelmäßig die Zusammenarbeit der betreffenden Unternehmen zur Folge, welche es diesen ermöglichen soll, durch eine Koordinierung und Bündelung ihrer wirtschaftlichen Kräfte die auf einem Markt nachgefragte Leistung gemeinsam erbringen zu können²⁾.

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M., ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Universität Bonn. Univ.-Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M., ist Senior Fellow am ZEI und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbesondere Medien- und Telekommunikationsrecht sowie Datenschutzrecht am Zentrum für Angewandte Rechtswissenschaft (ZAR) der Universität Karlsruhe. Christoph Müller ist Mitarbeiter am ZEI.

1) Berücksichtigt wird die kartellrechtliche Praxis seit dem BGH-Urteil „Bauvorhaben Schramberg“ vom 13. 12. 1983 – KRB 3/83, WuW/E BGH 2050.

2) Die folgende Untersuchung konzentriert sich auf die im Zusammenhang mit dem Anbieterwettbewerb problematisierten Fälle. Ausser Betracht bleibt die verwandte Diskussion in Bezug auf Einkaufsgemeinschaften. Vgl. hierzu etwa KG, Beschluss vom 16. 6. 1982 – Kart. 7/82 („HECE“), WuW/E OLG 2745 (2751) und den Beschluss des KG vom 26. 2. 1986 – Kart. 7/85 („Selex / Tamia“), WuW/E OLG 3737 (3745) sowie die Nachweise bei Zimmer, in: Immenga/Mestmäcker, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl. 2001, § 1

2. Beispiele fehlender Marktfähigkeit und von Arbeitsgemeinschaften

Standardbeispiel sind die Arbeitsgemeinschaften in der Baubranche, weshalb vor allem in diesem Bereich Marktfähigkeitsfragen und der Arbeitsgemeinschaftsgedanke diskutiert werden³⁾. Die Gründe für die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft sind meist fehlendes Know-how, nicht ausreichende oder gänzlich fehlende Kapazitäten für einen (Teil-) Bereich der nachgefragten Leistung oder die Auslastung der beteiligten Unternehmen infolge anderer laufender Aufträge. Die jüngere kartellrechtliche Praxis weist zudem Fälle aus anderen wirtschaftlichen Bereichen auf, in denen einzelnen Unternehmen das wirtschaftliche Potenzial zur Erbringung eines marktfähigen Angebotes fehlte. So erforderte etwa die Etablierung eines besonderen Taxifahrten-Angebotes die Zusammenarbeit mehrerer selbstständiger Taxi-Unternehmen in Form einer Arbeitsgemeinschaft⁴⁾. Häufig sind Arbeitsgemeinschaften zudem im Bereich von Forschung und Entwicklung anzutreffen⁵⁾. Aber auch im Zusammenhang mit der zentralen Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten deutscher Fußballvereine durch den Deutschen Fußballbund wurde die Anwendbarkeit des Arbeitsgemeinschaftsgedankens diskutiert⁶⁾. Ähnliche Überlegungen finden sich im Kontext von Abfallentsorgungsleistungen⁷⁾, für eine Anzeigengemeinschaft von Tageszeitungen⁸⁾, im Zusammenhang mit der Vergabe von Abschleppaufträgen⁹⁾ sowie im Rahmen der kartellrechtlichen Zulässigkeit der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, dessen Gegenstand grenzüberschreitende Gesamtdistributionsleistungen bei PKW-Neuwagen für die Automobilindustrie und für Importeure waren¹⁰⁾. Eine Auseinandersetzung mit der Problematik erfolgte schließlich mit Blick auf eine Zusammenarbeit privater Rundfunkanbieter¹¹⁾.

3) Vgl. etwa BGH, Urteil vom 13. 12. 1983 – KRB 3/83, WuW/E BGH 2050 („Bauvorhaben Schramberg“) und KG, Urteil vom 19. 1. 1984 – Kart. a 8/82 („Rohrleitungsbau“), WuW/E OLG 3115 (3116 f.). Zimmer, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rdn. 366 ff. S. aber auch Rdn. 381; Bunte, in: Langen/Bunte, Komm. z. deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, Band 1, § 1 Rdn. 307 ff. Weitergehend Bechtold, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 3. Aufl. 2002, § 1 Rdn. 76.

4) BGH, Urteil vom 5. 2. 2002 – KZR 3/01 („Jugend- und Frauenmächtfahrten“), WuW/E DE-R 876. OLG Schleswig, Urteil vom 9. 1. 2001 – 6 U Kart. 36/00; WuW/E DE-R 623 („Vornestanz“), S. zu einer Etablierungsbewertung der Ausschreibung eines Schülerfreizeiteinstellungsverkehrs OLG Celle, Urteil vom 23. 3. 2000 – 13 Verg 1/00, OLG Celle 2001 S. 55. Im Zusammenhang mit Krankentransporten OLG Celle, Urteil vom 9. 3. 1989 – 13 U (Kart.) 99/98 („Rettungsleitstelle“), WuW/E OLG 4492 (4493).

5) Vgl. Zimmer, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rdn. 381 m. w. N.
6) BGH, Beschluss vom 11. 12. 1987 – KVR 7/96 („Europapokalheimspiele“), WuW/E DE-R 17 (20 ff.) sowie in der Vorinstanz den Beschluss des KG vom 8. 11. 1995 – Kart. 21/94, WuW/E OLG 5565 (5575). S. in diesem Zusammenhang auch die Beschlüsse des Bundeskartellamtes vom 2. 9. 1994 – B6-747/000-A-105/92, WuW/E BKartA 2682 und B6-747/000-J-60/94, WuW/E BKartA 2692. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang insbesondere § 31 GWB, mit dessen Einführung der Gesetzgeber auf die vorstehenden Entscheidungen reagiert hatte. Diese Regelung wird durch die bevorstehende GWB-Novelle aufgehoben werden.

7) OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 27. 6. 2003 – 11 Verg 2/03 („Zweckverband“), WuW/E Verg 823 (825); Bundeskartellamt, (Untersuchungs-)Beschluss vom 17. 12. 2002 – B 10-10/02 („Nehlsen/Rethmann/BRG“), WuW/E DE-V 759 (765 f.). S. hierzu auch die Entscheidung der EG-Kommission vom 30. 5. 2002 – COMP/M 2760, WuW/E EL-V 817. Vgl. auch OLG Dresden, Urteil vom 19. 3. 1998 – 7 U 827/97 („Duales System Deutschland“).

8) Urteil des OLG Schleswig vom 7. 2. 1984 – 6 U (Kart.) 57/83 („Kombinationstarif für Kleinanzeigen“), WuW/E OLG 3260 (3262).

9) OLG Naumburg, Beschluss vom 21. 12. 2000 – 1 Verg 10/00 („Abschleppaufträge“), WuW/E Verg 493 (495 ff.).

10) Bundeskartellamt, Beschluss vom 20. 6. 1994, B9-796000-U-2013/94 („ATC – Menke – Silcock & Colling“) WuW/E BKartA 2659 (2667 f.). Das Bundeskartellamt lehnte die Anwendung des Arbeitsgemeinschaftsgedankens ab den Kooperationsvertrag ab.

11) LG München I, Urteil vom 19. 7. 1989 – 1 HK O 7898/89 („AirPlay“), WuW/E LG/AG 655 (657). Im Fall ließ das LG die Frage der Anwendbarkeit des Arbeitsgemeinschaftsgedankens offen. S. zu diesem Urteil auch die Anmerkung von v. Wallenberg, WuW/E LG/AG 657 ff. Vgl. im Übrigen aus dem Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2001/2002 S. 387 f., 200 sowie die Pressemitteilung des Bundeskartellamtes vom 24. November 2004 zur gemeinsamen Beteiligung von Rethmann und Tönsmeier an der Gesellschaft für Abfallwirtschaftskathen. Die Pressemitteilung ist abrufbar unter: www.bundeskartellamt.de

3. Kartellrechtliche Bedeutung fehlender Marktfähigkeit

a) Kartellfreiheit infolge fehlender Wettbewerbsbeeinträchtigung und aufgrund der Entstehung zusätzlicher Wettbewerbs

Im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Bewertung von Arbeitsgemeinschafts- und Marktfähigkeitsüberlegungen ist in besonderem Maße die Frage von Bedeutung, ob die der Bildung einer Arbeitsgemeinschaft zugrunde liegende Vereinbarung tatbestandmäßig i. S. von § 1 GWB ist. Gem. § 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken, verboten. Ungeschriebenes und anerkanntes Tatbestandsmerkmal des Kartellverbotes ist die Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung¹²⁾. Diese ist gegeben, wenn das fragliche Handeln der Beteiligten geeignet ist, die Verhältnisse auf den Märkten mehr als nur in unbedeutendem Umfang zu beeinflussen¹³⁾. Im Rahmen einer Einzelfallprüfung sind dabei sorgfältig alle in Betracht kommenden Umstände zu berücksichtigen und abzuwägen¹⁴⁾. Anhand der bisherigen Entscheidungspraxis wird deutlich, dass der Marktfähigkeitsgedanke regelmäßig im Zusammenhang mit der Frage der Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeeinträchtigung problematisiert wird. So stand im bereits angesprochenen Urteil des BGH zum „Bauvorhaben Schramberg“¹⁵⁾ die kartellrechtliche Bewertung einer gemeinsamen Bewerbung von Zweigniederlassungen dreier Großunternehmen der Bauindustrie in Frage. Gegenstand der Bewerbung war die Durchführung eines Bauvorhabens der Großen Kreisstadt Schramberg. Der BGH führte aus, dass ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmen zu einer Arbeits- und Bietergemeinschaft nur dann gegen § 1 GWB verstoße, wenn die zugrunde liegende Vereinbarung eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung bewirken könne. Dies sei aber vorliegend nicht der Fall gewesen, da keines der beteiligten Unternehmen infolge der Absprache aus dem Wettbewerb ausgeschlossen sei. Vielmehr habe die Vereinbarung die Abgabe eines zusätzlichen Angebotes zur Folge gehabt, da sich keines der beteiligten Unternehmen selbstständig an der Ausschreibung beteiligen hätte. Ähnlich lautende Begründungen finden sich in späteren Entscheidungen und anderer Gerichte. So verneinte etwa das KG¹⁶⁾ die wettbewerbsbeschränkende Wirkung eines Arbeitsgemeinschaftsvertrages angesichts nicht ausreichender Einzelkapazitäten der beteiligten Unternehmen. Nach Ansicht des KG entstand durch die Absprache zusätzlicher neuer Wettbewerb für die Beteiligten, da auf diese Weise die Teilnahme am Ausschreibungswettbewerb erst ermöglicht wurde¹⁷⁾. Unlängst hat der BGH die im Urteil „Bauvorhaben Schramberg“ entwickelten Grundsätze auf andere Konstellationen übertragen und erläutert, dass der Arbeitsgemeinschaftsgedanke in den Fällen Geltung beanspruche, in denen erst die Zusammenarbeit mehrerer Unternehmen und eine Abstimmung ihres Auftretens gegenüber der Marktgegenseite die Möglichkeit schafft, eine am Markt nachgefragte Leistung zu erbringen¹⁸⁾. In diesem Fall ging es um den

12) Vgl. nur Zimmer, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rdn. 256 ff.

13) BGH, Beschluss vom 13. 1. 1998 - KVR 40/96 („Carpantner“), WuW/E-DE-R 115 (119 f.).

14) BGH, Beschluss vom 23. 2. 1982 - KR 4/87 („Prillenfassungen“), WuW/E-DE-R 2469 (2470).

15) Urteil vom 13. 12. 1983 - KR 3/83, WuW/E-DE-R 2050. S. auch die vorinstanzliche Entscheidung des OLG Stuttgart, Urteil vom 15. 7. 1983 - 2 Kart. 3/83 („Parkhaus“), WuW/E-OLG 3108.

16) KG, Urteil vom 19. 1. 1984 - Kart. a 9/82 („Rohrleitungsbau“), WuW/E-OLG 3115 (3116 f.).

17) WuW/E-OLG 3115 (3116). S. auch BGH, Beschluss vom 11. 12. 1997 - KVR-7/96 („Europapokalheimspiele“). WuW/E-DE-R 17 sowie in der Vorinstanz den Beschluss des KG vom 8. 11. 1995 - Kart. 21/94, WuW/E-OLG 5665. Vgl. im Übrigen OLG Celle, Beschluss vom 2. 8. 1984 - 13 W (Kart.) B 2/84 („Fährbahnbeläge auf Britchen“), WuW/E-OLG 3330.

18) BGH, Urteil vom 5. 2. 2002 - KZR 3/01 („Jugend- und Frauennachfahrten“), WuW/E-DE-R 876. Vgl. auch die Vorinstanz, OLG Schleswig, Urteil vom 9. 1. 2001 - 6 U Kart. 36/00, WuW/E-DE-R 623.

Zusammenschluss verschiedener Taxiunternehmen, welche gemeinsam ein Angebot von Jugend- und Frauennachfahrten etablieren wollten.

Festgehalten werden kann also, dass die kartellrechtliche Praxis die Kartellfreiheit von Arbeits- und Bietergemeinschaften immer dann annimmt, wenn diese Gemeinschaften keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs, sondern vielmehr durch die Ermöglichung des Marktzutritts für weitere Anbieter – dessen Förderung bewirken. Grund hierfür ist die bei selbstständigem Auftreten fehlende Marktfähigkeit der Beteiligten, während bei einem gemeinsamen Handeln eine Marktfähigkeit gegeben ist und ein Marktzutritt erfolgt¹⁹⁾.

b) Grenzen der Kartellfreiheit

Unbestritten ist, dass die fehlende Tatbestandsmäßigkeit nicht automatisch die Kartellfreiheit aller im Zusammenhang mit der Bildung der Arbeitsgemeinschaft stehenden Vereinbarungen auslöst. Vielmehr werden in der Praxis die regelmäßig mit der Vereinbarung zur Gründung einer Arbeitsgemeinschaft einhergehenden Nebenabreden selbst noch auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin geprüft²⁰⁾. So betonte etwa das LG München I²¹⁾, dass eine Mindestpreissprache für den Werbezitenverkauf im Rahmen einer Zusammenarbeit privater Rundfunkanbieter auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit hin zu prüfen sei, und zwar unabhängig von der Frage, ob bei Anwendung des Arbeitsgemeinschaftsgedankens die grundlegenden Vereinbarungen selbst möglicherweise kartellfrei seien²²⁾. Die Grenze der Kartellfreiheit ist auch dann erreicht, wenn der Arbeitsgemeinschaftsdenken herangezogen wird in der Absicht, sich nicht gewünschten Folgen des Wettbewerbs zu entziehen. Das KG verneinte daher folgerichtig im Zusammenhang mit dem Fernsehübertragungsrechten von Fußballspielen die Anwendung des Arbeitsgemeinschaftsgedankens, da der Wunsch, durch die zentrale Vermarktung Aufwendungen zu sparen und eine optimale Vergütung zu erzielen, keinen Anwendungsfall des Arbeitsgemeinschaftsgedankens begründe, da dies die typische Zielvorstellung eines jeden Kartells sei²³⁾. Weiterhin gilt andererseits, dass die Kartellfreiheit einer Vereinbarung nicht nur dann in Betracht kommt, wenn durch kleine und mittlere Unternehmen eine im Vergleich zu großen Unternehmen konkurrenzfähige Arbeitsgemeinschaft gegründet. Vielmehr kann die Kartellfreiheit – unter den soeben angesprochenen Voraussetzungen – auch einem Zusammenschluss von Großunternehmen zugute kommen, und zwar auch, wenn jedes der beteiligten Unternehmen für sich zwar zur Durchführung des betreffenden Auftrags in der Lage wäre, wegen der Besonderheiten des konkreten Projektes

19) Offen bleiben soll hier, ob für die Diskussion der wettbewerbsrechtlichen Bedeutung der Marktfähigkeit das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB der richtige Prüfungsort ist. Diskutiert werden kann, ob nicht eine Verortung im Rahmen des Unternehmensbegriffs von § 1 GWB sachgerechter wäre. Grund hierfür ist die Überlegung, nicht marktfähigen Unternehmen ihre Unternehmensbegriffsbereits mangels wirtschaftlicher Beteiligung – zumindest teilweise – absprechen zu können. Insoweit könnte an das Konzept des „relativen Unternehmens“ angeknüpft werden. S. hierzu auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene Streinz-Koenig/Kühling, Komm. z. EUV/EGV 2003, Art. 86 Rdn. 13.

20) Vgl. zu den Besonderheiten der kartellrechtlichen Zulässigkeit von Nebenabreden im Zusammenhang mit Forschungs- und Entwicklungsgemeinschaften Zimmer, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rdn. 383 ff. m. w. N.

21) Urteil vom 19. 7. 1988 - 1 HK O 2898/89 („AirPlay“), WuW/E-OLG/AG 655 (657).

22) Vgl. auch OLG Naumburg, Beschluss vom 21. 12. 2000 - 1 Verg 10/00 („Abschleppaufträge“), WuW/E Verg 493 (495).

23) Beschluss des KG vom 6. 11. 1995 - Kart. 21/94 („WuW/E-OLG 5565 (5576)).

III. Fallgruppen

Trotz der in vielen Branchen und Wirtschaftsbereichen evident gewordenen Bedeutung von Arbeitsgemeinschaften und der Problematik fehlender Marktfähigkeit, und obwohl - wie dargelegt - eine umfangreiche Kartellrechtspraxis noch nicht ist die Dogmatik der Marktfähigkeit und der Arbeitsgemeinschaften noch weit entwickelt. Eine Analyse der bereits ergangenen Entscheidungen ermöglicht jedoch eine Strukturierung des Arbeitsgemeinschafts- und Marktfähigkeitsgedankens. Auf dieser Grundlage können zudem Fallgruppen gebildet und der Gedanke weiterentwickelt werden.

1. Ausgangspunkt: Objektiviertes Verständnis der Marktfähigkeitskriterien „wirtschaftliche Vernunft“ und „kaufmännische Zweckmäßigkeit“

Die kartellrechtliche Praxis stellt im Rahmen der Prüfung einer möglichen Kartellfreiheit von Arbeitsgemeinschaften regelmäßig darauf ab, ob die beteiligten Unternehmen in der Lage sind, die gefragte Leistung selbstständig am jeweiligen Markt zu erbringen. Maßgeblich ist hierbei, ob die Entscheidung für einen Zusammenschluss zu einer Bieter- und Arbeitsgemeinschaft in der Erkenntnis geschaftlich nicht zweckmäßig und kaufmännisch nicht vernünftig gewesen wäre. Nicht geklärt ist, wie die Kriterien der „wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit“ und der „kaufmännischen Vernunft“ zu verstehen sind. Zum Teil wird in der Entscheidung „Bauvorhaben Schramberg“ ohne weiter gehende Erörterung die Anerkennung einer subjektiven Komponente gesehen³⁰⁾. Andererseits finden sich aber auch Meinungen in der Literatur, die diese Kriterien insbesondere wegen ihrer subjektiven Ausrichtung ablehnen³¹⁾. Eine nähere Untersuchung der Praxis zeigt, dass diese meistens bemüht ist, die objektiven wirtschaftlichen Bedingungen im Umfeld von Arbeitsgemeinschaften zu ermitteln. Erkennbar beschränkt sich die Praxis also nicht etwa darauf, die Angaben der betreffenden Unternehmen unbedungen zu übernehmen. Stattdessen werden diese üblicherweise, etwa mit Hilfe sachkundiger Zeugen und vorgelegter Unterlagen, dahin gehend überprüft, ob wirtschaftlich sinnvolle und konkurrenzfähige Angebote hätten abgegeben werden können, bzw. ob die Beteiligten selbst nicht doch über marktfähige Leistungen verfügten³²⁾. Mit der Praxis ist daher bei der Bestimmung der Marktfähigkeit von Arbeitsgemeinschaften beteiligten Unternehmen ein objektiviertes Verständnis der Kriterien „wirtschaftliche Zweckmäßigkeit und der kaufmännische Vernunft“ zugrunde zu legen³³⁾. Zutreffend spricht auch das OLG Naum-

30) Insb. Zimmer, a.a.O. (Fn. 2), § 1 Rdn. 370 und Bunte, a.a.O. (Fn. 3), § 1 Rdn. 310. Teilweise abweichend hingegen Bechtold, a.a.O. (Fn. 3), § 1 Rdn. 76. Zu dieser Frage vgl. auch v. Gumm, in: FS Card Pfeiffer, 1988, S. 643 (656) und Karollus/Armann, wbl 2001 S. 453 (457).

31) Vgl. insbesondere Maasch, ZHR 150 1986 S. 657 (672, 685) unter Hinweis auf die Subjektivität dieser Termini. Kritisch auch Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl. 2001, 1. Teil § 4, 2 und Bärnickel, WlVerw 1984 S. 90 (100 ff.). S. aber auch, dem Urteil des BGH zum „Bauvorhaben Schramberg“ folgend, die OLG Naumburg (100 ff.), S. aber auch, dem Urteil des BGH zum „Bauvorhaben Schramberg“ folgend, die OLG Naumburg (100 ff.).

32) Beispielfall hierzu Beschluss des KG vom 8. 11. 1995 - Kart. 21/94, WuW/E OLG 5565 (5575) („Fernsehübertragungsrechte“) sowie der (Untersagungs-)Beschluss des Bundeskartellamtes vom 17. 12. 2002 - B 10-104/02 („Nobels/Rethmann/BEC“), WuW/E DE-V 759 (766) und das Urteil des KG vom 19. 1. 1984 - Kart. a 8/82 („Roblitzingbau“), WuW/E OLG 3115 (3116 f.). Das KG stellte primär auf das in der Hauptverhandlung festgestellte Fehlen nicht genügender Kapazitäten der Beteiligten ab und unterließ eine Auseinandersetzung mit den Kriterien „wirtschaftliche Zweckmäßigkeit“ und „kaufmännische Vernunft“, deren maßgebliche Bedeutung es gleichwohl herausstellte. Vgl. auch den Hinweis des BGH auf die Tatsachenermittlung der Vorinstanz im BGH-Urteil „Bauvorhaben Schramberg“ vom 20. 6. 1994, BG-986000-U-2013/94 (BGH 2050 2051). Deutlich auch das Bundeskartellamt-Beschluss vom 20. 6. 1994, BG-986000-U-2013/94 („ATG - Menke - Silcock & Coiling“), WuW/E 2659 (2667), für den Fall eines zu gründenden Gemeinschaftsunternehmens. S. in diesem Zusammenhang auch das Urteil des BGH vom 5. 2. 2002 - KZR 3/01 (Jugend- und Frauenmarchen“), WuW/E DE-R 876 (879 f.) und das Urteil des OLG Schleswig vom 9. 1. 2001 - 6 U Kart. 36/00, WuW/E DE-R 623 (Vorinstanz) vgl. im Übrigen Bunte, a.a.O. (Fn. 3), § 1 Rdn. 340.

33) Vgl. im Besonderen zum Verständnis der Kriterien „wirtschaftliche Zweckmäßigkeit“ und „kaufmännische Vernunft“

aber ein Zusammenschluss erforderlich ist, um überhaupt auf dem Markt mit einem konkurrenzfähigen Angebot auftreten zu können²⁴⁾.

II. Gemeinschaftsrecht

Auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene ist hinsichtlich des Kartellverbots von Art. 81 Abs. 1 EGV ein dem in der nationalen Praxis entwickelten Ansatz ähnlicher Markterschließungsgedanke zu finden. So geht die Europäische Kommission in ihren Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EGV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit²⁵⁾ davon aus, dass mangels Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Vertragspartner Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern dann nicht vom Kartellverbot von Art. 81 Abs. 1 EGV erfasst werden, wenn die Beteiligten die von der Zusammenarbeit erfasste Tätigkeit oder das Projekt nicht eigenständig durchführen können, es sei denn, an dieser Zusammenarbeit sind Unternehmen mit einer erheblichen Marktmacht beteiligt, und die Zusammenarbeit kann zu Abschottungsproblemen gegenüber Dritten führen. Dem entsprechend verneinte die Kommission in einer Reihe von neueren Entscheidungen die Einschlägigkeit der Regelungen von Art. 81 Abs. 1 EGV, etwa für den Fall, dass die an einer Arbeitsgemeinschaft Beteiligten nur solche Erzeugnisse bzw. Leistungen anbieten, die von den einzelnen Unternehmen nicht erbracht werden können²⁶⁾. Vergleichbares galt für die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, deren Muttergesellschaften jeweils für sich genommen nicht über die erforderlichen Technologien bzw. Erfahrungen verfügten, und die die für einen selbstständigen Marktzutrittsversuch erforderlichen Forschungs- und Entwicklungsarbeiten sowie die erforderlichen Investitionen nicht allein übernehmen hätten²⁷⁾. Auch im Falle eines zu großen personellen und finanziellen Aufwandes für die Entwicklung eines neuen Kommunikationssystems im Zusammenhang mit Mobiltelefonen entschied die Kommission ähnlich²⁸⁾. Nicht genügend für die Befreiung einer Arbeitsgemeinschaft ist es nach Auffassung der Kommission allerdings, wenn die beabsichtigte Zusammenarbeit für die Beteiligten lediglich wirtschaftlich effizienter wäre, es den Unternehmen aber technisch und wirtschaftlich möglich ist, die betreffenden Leistungen unabhängig voneinander zu erbringen²⁹⁾.

24) OLG Stuttgart, Urteil vom 15. 7. 1983 - 2 Kart. 3/83 („Parkhaus“), WuW/E OLG 3108 (3110), bezogen auf einen Fall in der Bauindustrie. Die Tatsache, dass auch die Kooperation ausschließlich von Großunternehmen unter den genannten Voraussetzungen grundsätzlich als Arbeitsgemeinschaft kartellfrei sein kann, verdeutlicht die unterschiedlichen Regelungswirkungen des Arbeitsgemeinschaftsgedankens einerseits und der Legalisierungsmöglichkeiten nach den §§ 2 ff. 8 GWB andererseits. Im Falle der Legalisierung eines Kartells gem. den genannten Vorschriften werden teilweise aufgrund wettbewerbspolitischer bzw. gesamtwirtschaftlicher Überlegungen Wettbewerbsbeeinträchtigungen ausnahmsweise toleriert. Die kartellfreien Arbeitsgemeinschaften hingegen stehen aufgrund ihrer - vom Wettbewerbschutz des GWB schon begrifflich nicht erfassten - wettbewerbsfördernden Wirkung außerhalb des Regelungsrahmens von § 1 GWB. Hieraus lassen sich weitere Schlüsse ziehen, etwa für die Beantwortung der Frage, ob auch Unternehmen der Spitzengruppe an Arbeitsgemeinschaften beteiligt sein dürfen. Sofern die betreffende Kooperation im dargestellten Sinne erforderlich ist, ist dies nicht unzulässig. Hier gilt also etwas anderes als für die Legalisierung eines Kartells nach § 4 Nr. 1 GWB, wenn man hinsichtlich der letztgenannten Frage mit dem Bundeskartellamt davon ausgeht, dass die Beteiligung von Unternehmen der Spitzengruppe an Mittelstandskartellen unzulässig ist. S. hierzu Bundeskartellamt, Merkblatt über die Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen nach dem Kartellgesetz (Stand: Dezember 1998), Teil I A.1.

25) ABIEG 2001 Nr. C 3 S. 2 Ziffer 24; s. auch Ziffer 143 ff.
26) Entscheidung der Kommission vom 24. 10. 1988, ABIEG 1988 Nr. L 311 S. 36 („Eurotunnel“).
27) Entscheidung der Kommission vom 13. 7. 1990, ABIEG 1990 Nr. L 208 S. 15 („Elopak / Métal Box - Odin“).
28) Entscheidung der Kommission vom 17. 7. 1990, ABIEG 1990 Nr. L 228 S. 31 („Konsortium ECR 900“).
29) Entscheidung der Kommission vom 14. 9. 1999, ABIEG 2000 Nr. L 58 S. 16 („GEAEP & W“). Vgl. auch die Entscheidung der Kommission vom 17. 9. 1968, ABIEG 1968 Nr. L 201 S. 1 („Alliance de constructeurs français de machines-outils“) und die Entscheidung der Kommission vom 20. 5. 1999, ABIEG 1999 Nr. L 518 S. 14 („Cégetec“).

25) ABIEG 2001 Nr. C 3 S. 2 Ziffer 24; s. auch Ziffer 143 ff.
26) Entscheidung der Kommission vom 24. 10. 1988, ABIEG 1988 Nr. L 311 S. 36 („Eurotunnel“).
27) Entscheidung der Kommission vom 13. 7. 1990, ABIEG 1990 Nr. L 208 S. 15 („Elopak / Métal Box - Odin“).
28) Entscheidung der Kommission vom 17. 7. 1990, ABIEG 1990 Nr. L 228 S. 31 („Konsortium ECR 900“).
29) Entscheidung der Kommission vom 14. 9. 1999, ABIEG 2000 Nr. L 58 S. 16 („GEAEP & W“). Vgl. auch die Entscheidung der Kommission vom 17. 9. 1968, ABIEG 1968 Nr. L 201 S. 1 („Alliance de constructeurs français de machines-outils“) und die Entscheidung der Kommission vom 20. 5. 1999, ABIEG 1999 Nr. L 518 S. 14 („Cégetec“).

burg in einem vergaberechtlichen Kontext³⁴) zwar zunächst von einem Einschätzungsspielraum, der den Unternehmen zu gestatten sei und betont, dass die hieraus resultierende unternehmerische Entscheidung nur begrenzt einer nachträglichen gerichtlichen Überprüfung zugänglich sei. Das Gericht fügte dem aber hinzu, dass es im Rahmen der Sachaufklärung festgestellt habe, dass die im Fall zu beurteilende Vereinbarung einer Bietergemeinschaft aus der objektivierten Sicht jedes einzelnen der an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen eine im Rahmen zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Handelns liegende vernünftige Entscheidung gewesen sei³⁵).

2. Relative und absolute Marktfähigkeit

Wie dargestellt bejaht die kartellrechtliche Praxis die Anwendbarkeit des Arbeitsgemeinschaftsgedankens, wenn und soweit die an einer sich tatbestandsmäßigen Vereinbarung beteiligten Unternehmen nur hinsichtlich des in Frage stehenden, konkreten Leistungsangebotes nicht in der Lage sind, eine marktfähige Leistung anzubieten. Die Kartellfreiheit von Vereinbarungen nicht marktfähiger Unternehmen zur Bildung von Arbeitsgemeinschaften ist folglich nicht an die Bedingung geknüpft, dass die betreffenden Unternehmen marktfähig in einem absoluten Sinne wären, also hinsichtlich ihrer Kapazitäten, ihres technischen Know-hows etc. überhaupt nicht in der Lage sind, auf irgendeinem Markt wirtschaftlich tätig zu sein. Es genügt stattdessen bereits die jeweils aktuelle – und sei sie auch nur vorübergehend – marktspezifische oder relative Marktfähigkeit. In Fällen absoluter Marktfähigkeit ist der Arbeitsgemeinschaftsgedanke freilich schon kraft Größenschlusses einschlägig und damit die betreffende Kooperation regelmäßig kartellfrei.

3. Bezugsgrößenorientierte Marktfähigkeit

Vor dem Hintergrund des relativen Verständnisses der Marktfähigkeit stellt sich die Frage, ob eine Kartellfreiheit auch den Kooperationen solcher Unternehmen zugute kommen kann, die zwar an sich zur Angebotserbringung in der Lage sind, aber hinsichtlich der von der Marktgegenseite nachgefragten Bezugsgrößen – insbesondere Rohstoffe aber auch Dienstleistungen und andere nachgefragte Leistungen – wegen zu geringer Angebotsmengen nicht mit den betreffenden Unternehmen in geschäftlichen Kontakt treten, sondern stattdessen nur mit Abnehmern geringerer Bezugsgrößen, also hinsichtlich erstgenannter marktumfänglich sind. Dies muss auf der Grundlage der kartellrechtlichen Praxis bejaht werden. Denn eine Vereinbarung dieser Unternehmen zu einer Kooperation, welche es diesen ermöglicht, aufgrund der durch ihre koordinierte Zusammenarbeit geschaffenen Kapazitätsverweiterung auch die zuvor nicht erreichten Teilnehmer der Marktgegenseite bedienen zu können, kann folgerichtig dann keinen Verstoß gegen § 1 GWB darstellen, wenn bezüglich dieser – und zwar nur dieser – höheren Bezugsgrößen die betreffenden Teilnehmer mangels Marktfähigkeit nicht miteinander im Wettbewerb stehen. Dies hat zur Folge, dass der gemeinsame Erwerb eines neuen „Bezugsgrößenmarktes“ mit der Etablierung eines weit-

teren Wettbewerbers wettbewerbsfördernde und nicht wettbewerbsbeschränkende Wirkung zukommt³⁶).

4. *Anwendbarkeit des Marktfähigkeitgedankens auf Verkaufsgemeinschaften*
Von diesem Verständnis ausgehend ist damit im Grundsatz zugleich die Anwendbarkeit des Arbeitsgemeinschaftsgedankens auf Verkaufsgemeinschaften bejaht worden. Hiermit werden freilich nicht zugleich die sonstigen Fragen der kartellrechtlichen Zulässigkeit dieser Kooperationsform³⁷ mitbeantwortet. Nicht übersehen werden darf außerdem, dass die vorliegende Erweiterung des Marktfähigkeitgedankens praktische Probleme mit sich bringen dürfte. Schließlich ist in diesen Fällen im Rahmen der Prüfung der kartellrechtlichen Zulässigkeit der betreffenden Verkaufsgemeinschaft die Ermittlung einer allein an Bezugsgrößen festgemachten Marktfähigkeitsgrenze erforderlich. Führt man sich allerdings die in der Praxis übliche Überprüfung der wirtschaftlichen Bedingungen im Umfeld von Arbeitsgemeinschaften vor Augen, so sind diese Probleme weder neu noch unüberwindbar³⁸).

5. Zeitlicher Aspekt: Kartellfreiheit nicht nur für befristete Kooperationen

Angesichts der jüngeren Rechtsprechung ist außerdem die Frage zu diskutieren, ob die Übertragung des Marktfähigkeitgedankens hinsichtlich des Kartellverbotes problematisch ist, soweit Kooperationen betroffen sind, die nicht ein einziges, sei es auch ein langfristiges, jedenfalls aber gegenständlich und damit auch zeitlich begrenztes Vorhaben betreffen, sondern vielmehr auf eine dauerhafte Zusammenarbeit angelegt sind. In einer älteren Entscheidung äußerte das LG München (39) noch Bedenken dahin gehend, den Arbeitsgemeinschaftsgedanken auf eine auf Dauer angelegte Zusammenarbeit privater Rundfunkanbieter anzuwenden, weil diese Kooperation nicht durch die Erreichung eines Zieles automatisch beendet worden wäre. Im „Jugend- und Frauennachfahrten-Urteil“ des BGH kam die Kartellfreiheit infolge fehlender Marktfähigkeit der Beteiligten hingegen auch Mitgliedern einer Arbeitsgemeinschaft zugute, welche mit der Etablierung und dem Betrieb eines gemeinsamen Taxi-Rufsystems eine langfristige Zusammenarbeit anstrebten⁴⁰). Bei der Beantwortung der Frage, ob allein befristete oder

36) Vgl. auch Baums, in: Huber, Komm. z. Kartellgesetz, § 1 Rdn. 25 a. F., Lfg. 30, Januar 1993, § 1 a. F. Rdn. 301.

37) S. hierzu etwa die Hinweise auf die Verkaufsgemeinschaften bei Bunte, a. a. O. (Fn. 3), § 1 Rdn. 317 ff.

38) Nur beispielhaft kann hier auf einen praktischen Anwendungsfall hingewiesen werden. Dieser betrifft eine Konstellation, in der die betreffenden Unternehmen ihre Angebotsmenge nur beschränkt oder überhaupt nicht erweitern können. Dies ist zuweilen in einigen Bereichen der Urproduktion der Fall, so etwa bei der Holzgewinnung, hier insbesondere im Falle kleinflächigen Waldbesitzes. Die hieraus resultierende zu geringe und nicht erweiterbare Angebotsmenge hat regelmäßig die Marktfähigkeit der betreffenden Unternehmen auf dem Markt für große Nachfragemengen zur Folge. Eine Vereinbarung zwischen hiervon betroffenen Holz produzierenden Unternehmen kann daher kartellfrei sein, wenn beide Unternehmen nur zusammen die erforderlichen Quantitäten bereitstellen können und auf diese Weise auf einem jeweils anderen Markt mit höheren Bezugsgrößen marktfähig werden.

39) Urteil vom 19. 7. 1989 – 1 HK O 7898/89 („AirPlay“), WuW/E LG/AG 655 (657). Das LG lief die Frage in casu offen.

40) Urteil vom 5. 2. 2002 – KZR 3/01, WuW/E DE-R 876. Dazu kritisch Emmerich, LM H. 8/2002 § 1 GWB Nr. 56. Vgl. auch den (Untersagungs-)Beschluss des Bundeskartellamtes vom 17. 12. 2002 – B 10-104/02 („Nehlsen/Reihmann/BEG“), WuW/E DE-V 759 (765 f.), welchem allerdings keine Aussagen zu dieser Frage entnommen werden können. Zwar führt das Bundeskartellamt aus, anders als im Falle zeitlich befristeter Bauprojekte einer Arbeitsgemeinschaft, nach deren Abschluss erwartet werden könne, dass die Teilnehmer bei anderen Projekten wieder als Wettbewerber auftreten, sei bei der zu entscheidenden Konstellation eine dauerhafte Zusammenarbeit im Rahmen eines Gemeinschaftsunternehmens gegeben, welche die Gefahr einer dauerhaften Wettbewerbsbeschränkung mit sich bringe. Der Beschluss kann aber nicht als allgemeine Absage an die Anwendbarkeit des Arbeitsgemeinschaftsgedankens auf dauerhafte Kooperationsformen verstanden werden. Denn das Bundeskartellamt stellte bereits zuvor die Nicht-Anwendbarkeit des Arbeitsgemeinschaftsgedankens unter anderem wegen der Marktfähigkeit einzelner Teilnehmer und aufgrund der von der geplanten Kooperation bewirkten Wettbewerbsbeschränkung fest. Nicht entscheidungserheblich für die Frage der Anwendbarkeit des Arbeitsgemeinschaftsgedankens war demnach die Dauerhaftigkeit der Zusammenarbeit. Vgl. auch die insoweit ähnliche Konstellation in der Entscheidung des OLG Dresden, Urteil vom 19. 3. 1998 – 13 O 92/97 („Duales System-Deutschland“).

34) OLG Naumburg, Beschluss vom 21. 12. 2000 – 1 Verg 10/00 („Abschleppaufträge“), WuW/E Verg 493 (496). S. auch BGH Urteil vom 7. 7. 1992 – KZR 2/91 („Freistellungsende bei Wegennutzungsrecht“), WuW/E BGH 2777 (2779).

35) Dass eine vollständige Ermittlung der objektiven wirtschaftlichen Bedingungen freilich regelmäßig nicht leitbar sein wird, ist indes ein rein praktisches Problem. Dieser Umstand rechtfertigt jedoch nicht etwa den Schluss, die Orientierung an den genannten Kriterien erschwere den Nachweis von Verstößen gegen das Kartellverbot oder mache diesen gar unmöglich. So aber Emmerich, a. a. O. (Fn. 31). Zur Frage der Überprüfung einer solchen Unternehmensentscheidung durch ein Rechtsbeschwerdegericht vgl. auch BGH, Urteil vom 13. 12. 1988 – KZR 3/88 („Bauvorhaben-Schramberg“), WuW/E BGH 2056 (2057).

auch dauerhafte Arbeitsgemeinschaften kartellfrei sein können, ist zu differenzieren. Weder kann allgemein allen diesen Kooperationen Kartellfreiheit bereits deshalb zugute kommen, weil deren „Grundung“ marktfähigkeitsvermittelnd für die Beteiligten war. Noch sind pauschal alle diese Kooperationen schon allein wegen ihrer Dauerhaftigkeit tatbestandsmäßig i. S. von § 1 GWB. Maßgeblich und entscheidend ist hier allein der eigentliche Grund der Kartellfreiheit von Arbeitsgemeinschaften. Nur solange infolge fehlender eigener Marktfähigkeit der Beteiligten die Zusammenarbeit für diese erst marktfähigkeitsvermittelnd ist, scheidet eine Wettbewerbsbeschränkung i. S. des Kartellverbotes aus, da stattdessen durch die Etablierung eines weiteren Wettbewerbers zusätzlicher Wettbewerb entstanden und folglich der Regelungsbereich von § 1 GWB nicht betroffen ist. Für den Fall, dass infolge einer Veränderung der Wettbewerbs- und Marktverhältnisse jedoch ein oder mehrere Teilnehmer selbstständig marktfähig werden, steht diesen die Arbeitsgemeinschaft nicht mehr offen, da diese Kooperation im Grundsatz kartellfrei nur dann sein kann, wenn die Beteiligten für sich genommen nicht marktfähig sind.

6. Arbeitsgemeinschaften mit ausschließlicher relativ oder absolut marktumfängigen Unternehmen und „gemischte“ Arbeitsgemeinschaften

Nach den bisherigen Überlegungen sind grundsätzlich all diejenigen Arbeitsgemeinschaften hinsichtlich § 1 GWB unbedenklich, die ausschließlich von nicht marktfähigen Unternehmen gebildet werden, seien diese in einem absoluten Sinne oder aber auch nur in relativer Hinsicht, also bezüglich einer konkret nachgefragten Leistung, marktumfänglich. Unbeantwortet geblieben ist jedoch die Frage, ob § 1 GWB die Beteiligung von selbstständig marktfähigen Unternehmen an einer Arbeitsgemeinschaft immer verbietet, oder ob diese Kooperation in Ausnahmefällen auch kartellfrei sein kann. Zunächst kann zweifellos eine kartellrechtlich bedeutsame Zusammenarbeit von ausschließlich marktfähigen Unternehmen nicht mit dem Arbeitsgemeinschaftsgedanken gerechtfertigt werden. Vielmehr sind solche Kooperationen schon mangels Markterschließung nicht wettbewerbsfördernd und die betreffenden Vereinbarungen regelmäßig wettbewerbsbeschränkender Natur⁴¹⁾. Entsprechendes gilt, wenn eine arbeitsgemeinschaftliche Kooperation nicht marktfähiger Unternehmen für diese bereits marktfähigkeitsvermittelnd ist, es also keinerlei Unterstützung durch selbstständig marktfähige Unternehmen bedarf. Zu fragen ist aber, ob Gleiches für eine Sonderkonstellation anzunehmen ist, welche sich dadurch auszeichnet, dass die Zusammenarbeit zwischen mehreren marktumfängigen Unternehmen deshalb nicht marktfähigkeitsvermittelnd ist, weil die Bündelung aller zur Verfügung stehenden wirtschaftlichen Kräfte nicht genügt, um die Marktfähigkeitsschwelle zu überschreiten, sondern hierfür vielmehr zusätzlich die Mitwirkung eines selbstständig marktfähigen Wettbewerbsnehmers erforderlich ist. Als Gründe hierfür kommen neben den von der Marktgegenseite nachgefragten Bezugsgrößen auch fehlende geschäftliche Kontakte der nicht

41) So entschied das Bundeskartellamt im Fall eines zu gründenden Gemeinschaftsunternehmens, dass der Arbeitsgemeinschaftsgedanke deshalb nicht auf die beurteilende Kooperationsvereinbarung anzuwenden sei, weil einem der Gesellschafter die finanzielle und organisatorische Befähigung zum Aufbau von Cesamtdistributionen in wichtigen Relationen zuerkannt werden müsse. Folglich kann der Arbeitsgemeinschaftsgedanke dieser Auffassung entsprechend nur zum Tragen kommen, wenn alle an der Vereinbarung Beteiligten nicht in der Lage sind, selbstständig eine eigene Leistung am Markt zu erbringen. Ist dies nicht der Fall, scheidet eine Kartellfreiheit der betreffenden Kooperation zumindest hinsichtlich der Teilnahme des marktfähigen Unternehmens aus. S. Beschluss vom 20. 6. 1994, Bz-796000-L/2013/94 (LATG – Menke – Sulcock & Colling), WuW/E BKartA 2659 (2667). Vgl. auch das Positionspapier der Kartellbehörden des Bundes und der Länder, „Kartellrechtliche Beurteilung von Beteiligungsgesellschaften bei Ausschreibungen von Nahverkehrsleistungen“ (9. 11. 2004).

marktfähigen Unternehmen in Betracht⁴²⁾. Ursächlich können aber auch die allein von einem marktfähigen Unternehmen vorzuweisenden Produktions-, Transport- oder Logistikkapazitäten sein, die im Einzelfall für eine marktfähigkeitsvermittelnde Bündelung der wirtschaftlichen Kräfte der marktumfängigen Unternehmen unerlässlich ist. Zielführend bei der Beantwortung der Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit dieser besonderen „gemischten“ Arbeitsgemeinschaft ist eine neuerliche Betrachtung der Begründung der Kartellfreiheit von Arbeitsgemeinschaften ausschließlich nicht marktfähiger Unternehmen. Im Kern wird hier die Kartellfreiheit der Kooperation bejaht, weil diese einem neuen Wettbewerber den Marktzutritt ermöglicht, was wiederum eine Wettbewerbsförderung zur Folge hat. In diesen Konstellationen wäre also eine Wettbewerbsförderung auf dem betreffenden Markt vorhanden, wenn die Zusammenarbeit in weniger auf dem betreffenden Markt vorhanden, wenn die Zusammenarbeit in einer Arbeitsgemeinschaft unterließe. Im hier zu diskutierenden Fall sind an einer Arbeitsgemeinschaft zwar auch schon selbstständig marktfähige Unternehmen beteiligt, welche also auch ohne die Hilfe der Arbeitsgemeinschaft allein selbstständig am Markt auftreten können und folglich bei einer Nichtgründung der Arbeitsgemeinschaft auch nicht als Wettbewerber wegfielen. Andererseits sind aber die marktumfängigen Unternehmen als Wettbewerber aus. Deutlich wird also, dass auch die Kooperation in diesen besonderen „gemischten“ Arbeitsgemeinschaften ebenfalls wettbewerbsfördernde Wirkung haben kann. Hierfür spricht auch die Möglichkeit, dass die Teilnehmer infolge der Zusammenarbeit in der Arbeitsgemeinschaft insgesamt eine Verbesserung der eigenen Marktposition infolge ihrer – unter Umständen erstmaligen – wirtschaftlichen Betätigung am Markt erfahren können, die letztlich sogar zu einer selbstständigen Marktfähigkeit führen kann. Mit § 1 GWB vereinbar ist es zudem, wenn sich die zuvor nicht marktfähigen Unternehmen im Rahmen der Arbeitsgemeinschaft hinsichtlich einiger Wettbewerbsparameter an den Vorgaben der selbstständig marktfähigen Unternehmen orientieren, da unter der Prämisse des zwingenden Erfordernisses der Beteiligung der selbstständig marktfähigen alternativ nur das vollständige Fehlen der Nichtmarktfähigen auf dem betreffenden Markt in Frage kommt. Außerstenfalls – also für den Fall, dass innerhalb der Arbeitsgemeinschaft kein Wettbewerb besteht – ist also bei einem Vergleich der Wettbewerbssituationen, wie sie sich mit bzw. ohne Arbeitsgemeinschaft darstellen, lediglich eine wettbewerbsneutrale Wirkung der Zusammenarbeit zu befürchten, welche von § 1 GWB aber nicht erfasst wird. Ohne weiteres erkennbar sind freilich die unter Umständen mit der kartellrechtlichen Zulassung solcher Kooperationsformen einhergehenden, aus anderen wettbewerbsrechtlichen Gründen problematischen Konsequenzen. Wenn der selbstständig marktfähige Wettbewerber mit marktumfängigen Unternehmen kooperiert, kann dies zu einer Verbesserung seiner Marktposition infolge eines Marktanteilszugewinns führen. Außerhalb des Kartellverbotes von § 1 GWB ist daher für die dargestellte Kooperationsform eine weitere Grenze zu ziehen. Hierfür bietet sich auch eine Orientierung an den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 81 Abs. 1 EGV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit⁴³⁾ an. Demnach wäre eine „gemischte“

42) Konstellationen dieser Art sind in dem bereits in Fn. 38 angesprochenen Bereich zu finden. Kleine und mittlere Bezugsgrößen des Rohstoffes Holz, wie sie von Besitzern kleiner Waldwirtschaftsflächen bei selbstständiger wirtschaftlicher Betätigung angeboten werden können, werden von der Marktgegenseite nicht nachgefragt, da diese grundsätzlich vielfach größere Mengen benötigt. Die hieraus folgende Marktumfängigkeit der betreffenden Holzbetriebe kann durch die Koordinierung und Bündelung der geringen Angebotsmengen noch nicht überwunden werden, da die nachgefragten Bezugsgrößen nicht erreicht werden. Erforderlich hierfür ist vielmehr regelmäßig sowohl die Beisteuerung großer Quantitäten als auch eine logistische Unterstützung. Hierzu im Standardsitzungsprotokoll nur ein bereits selbstständig marktfähiges Unternehmen, dessen Beteiligung an einer Arbeitsgemeinschaft demnach erforderlich ist, damit die Arbeitsgemeinschaft für die bisher nicht marktfähigen Unternehmen marktfähigkeitsvermittelnd ist.

43) S. erneut ABIEG 2001-Nr. 5, S. 21 ff.

Kooperation von marktfähigen und nicht marktfähigen Unternehmen jedenfalls dann unzulässig, wenn an dieser Zusammenarbeit Unternehmen mit einer erheblichen Marktmacht beteiligt sind, und die Zusammenarbeit zu Abschotterungsproblemen gegenüber Dritten führen kann.

IV. Zusammenfassung

Analyse und Weiterentwicklung des Marktfähigkeits- und Arbeitsgemeinschaftsgedankens haben gezeigt, dass dieser in einem funktionalen Sinne zu verstehen ist. Unabhängig vom jeweiligen Grund der Marktfähigkeit findet dieser Gedanke demnach Anwendung in allen Fällen relativer und absoluter Marktfähigkeit und darüber hinaus grundsätzlich auch auf langfristige Kooperationen. Ebenso können Arbeitsgemeinschaften kartellfrei sein, die die Beseitigung bezugsgrößenbedingter Marktfähigkeit zum Ziel haben. Schließlich ist auch die Zusammenarbeit von marktumfähigen und marktfähigen Unternehmen möglich, und zwar unter der Prämisse, dass die Mitwirkung der letztgenannten für die Vermittlung der Marktfähigkeit an die marktumfähigen Unternehmen zwingend erforderlich ist. Auch mit Blick auf die bevorstehende 7. GWB-Novelle haben die dargestellten Ergebnisse Bestand. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung soll eine weitergehende Angleichung des GWB an das gemeinschaftsrechtliche Kartellrecht bewirkt werden⁴⁴). Dies betrifft nicht nur die mit Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle aktuell werdende Erfassung von sowohl horizontalen als auch von vertikalen Absprachen durch § 1 GWB n. F. Vielmehr wird auch der Regelungsmechanismus des europäischen Kartellrechts weitgehend übernommen werden. So sollen die Regelungen über die Freistellungen von Mittelstands- bzw. Rationalisierungskartellen nach §§ 4, und 5 GWB durch die Legalausnahmen nach §§ 2, 3 GWB n. F. ersetzt werden. Zukünftig sind demnach vom Verbot des § 1 GWB n. F. freigestellt diejenigen Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. Voraussetzung hierfür ist ferner, dass den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind oder dass diesen keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. § 3 GWB n. F. enthält die weiteren Voraussetzungen der Legalausnahmen, welche für Mittelstandskartelle gelten. Sowohl nach dem derzeit geltenden Recht als auch nach dem neuen Recht der 7. GWB-Novelle ist der Arbeitsgemeinschaftsgedanke vorrangig im Rahmen von § 1 GWB zu erörtern. Unabhängig von der Frage, ob für Kooperationsabreden nach dem neuen Recht eine Legalausnahme nach §§ 2 f. GWB in Betracht kommt, wird im Falle der Einschlägigkeit des Arbeitsgemeinschaftsgedankens auch nach neuem Recht zunächst im Rahmen des § 1 GWB n. F. zu fragen sein, ob der Arbeitsgemeinschaftsgedanke bereits die Kartellfreiheit der betreffenden Vereinbarungen zur Folge hat.

⁴⁴) Gesetzesentwurf und -begründung sind aufrufbar auf der Homepage des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit: <http://www.bmwi.de>