

Kartellverbot und Kooperation zwischen kleinen und mittleren Unternehmen nach der 7. GWB-Novelle¹

Von Karin Reißmann in: *WuW – Wirtschaft und Wettbewerb* 9/2006, 881

Horizontale Verhaltensabstimmungen zwischen Wettbewerbern sind a priori unerwünscht und als Kartelle vielfach unzulässig. In etwas anderem Lichte stellt sich die Situation für kleinere Unternehmen dar: Für sie kann die Kooperation unerlässlich sein, um ihre Wettbewerbsfähigkeit in größer werdenden Märkten zu erhalten oder zu verbessern. Effizienzsteigernde zwischenbetriebliche Zusammenarbeit ist hier auch im durch die 7. GWB-Novelle geschaffenen Rahmen möglich und begegnet einem gewissen ordnungspolitischen und wettbewerbsrechtlichen Wohlwollen. Einige für die Kooperation zwischen kleinen und mittleren Unternehmen neuralgische Fragen werden hier näher beleuchtet.

I. Einleitung

Kleine und mittlere Unternehmen (KMUs) können im Wettbewerb häufig besser bestehen, wenn sie strukturelle Nachteile durch Zusammenarbeit abfangen. Schon um den Beteiligten Investitionssicherheit zu bieten, muss dies auf einer soliden Basis erfolgen - eine Prämisse, die nur ein rechtmäßiger Kooperationsvertrag erfüllen kann. Bei Kartellverstößen drohen neben der Nichtigkeit der betreffenden Vereinbarungen behördliche Maßnahmen, zivilrechtliche Ansprüche² sowie im Einzelfall auch strafrechtliche Sanktionen. Mit der zum 1. Juli 2005 in Kraft getretenen 7. GWB-Novelle wurde das deutsche Kartellrecht nun weitestgehend an das europäische Kartellrecht angeglichen³. Die allgemeine Übergangsfrist für legalisierte Kartelle läuft bis Ende 2007, § 131 Abs. 1 bis 3 GWB⁴.

¹ Der Beitrag knüpft an die Broschüre „Kooperation und Wettbewerb – Ein Ratgeber für kleine und mittlere Unternehmen“ an, die das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie als Landeskartellbehörde nun in der 6. Auflage herausgibt. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung der Verfasserin wieder. Ein besonderer Dank gilt dem Leiter der Bayerischen Landeskartell- und -regulierungsbehörde, Herrn Ltd. MR Helmut Lutz, für wertvolle Anregungen.

² Die Kommission dringt auf die Förderung einer zur behördlichen Missbrauchsaufsicht komplementären privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Für Untersagungsklagen und einstweilige Verfügungen wird die zum 01.05.2004 in Kraft getretene VO (EG) Nr. 1/2003 bereits als erster Schritt zur Stärkung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung angesehen. Zur Erleichterung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung in der 7. GWB-Novelle, vgl. nur *Hempel*, *WuW* 2004 S. 362 ff. Noch offen ist derzeit, zu welchen weiteren Maßnahmen die von der Kommission mit der Vorlage eines in Grünbuchs am 19.12.2005 (SEK(2005) 1732) in Gang gesetzte Diskussion zur Förderung von Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts führen wird.

³ Vgl. hierzu stellvertretend für viele andere *Lutz*, *WuW* 2005 S. 718 ff; *Fuchs*, *WRP* 2005 S. 1384 ff.

⁴ Für nach altem Recht legalisierte Mittelstandsempfehlungen nach § 22 Abs. 2 GWB a.F. sieht § 131 GWB derzeit keine Übergangsfrist vor. Das ist wohl ein Redaktionsversehen. Gemäß dem am 22.12.2005 vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vorgelegten Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von Untereinstandspreis-Verkäufen und anderer Vorschriften sollen vor dem 01.07.2005 zulässigerweise ergangene Mittelstandsempfehlungen ebenfalls der allgemeinen Übergangsfrist unterliegen. Für Empfehlungen i.S.d. § 22 Abs. 3 GWB a.F. soll jedoch keine Übergangsfrist gelten.

Das System der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 3 EG⁵ sieht für die kooperierenden Unternehmen nun keine umfassende behördliche Unbedenklichkeitsbescheinigung mehr vor. Eine Nichttätigkeitsverfügung (§ 32c GWB, ggf. i.V.m. § 3 Abs. 2 GWB) bindet nur die ausstellende Kartellbehörde und jeder Unternehmer trägt letztlich selbst das Risiko der richtigen kartellrechtlichen Beurteilung. Dieser Zustand ist faktisch insbesondere für kleinere Unternehmen neu⁶. Hinzu kommt ein grundlegend novelliertes Kooperationskartellrecht. Der Blick auf kleinere Unternehmen ist zwar dem europäischen (Wettbewerbs-) Recht nicht grundsätzlich fremd - so umfasst Art. 3 Abs. 1 lit. g) i.V.m. Art. 2 des EG-Vertrags den Schutz von KMUs vor Verfälschungen des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts und liegt in den von der Kommission definierten Bereichen unbedenklicher Zusammenarbeit, sog. sichere Häfen, auch eine Mittelstandsprivilegierung⁷. Welche Bedeutung der Kooperation zum Zwecke der Behauptung gegenüber Großunternehmen beigemessen wird, zeigte bereits die sog. Kooperationsfibel der Kommission⁸. Spezielle KMU-Tatbestände kennt das europäische Wettbewerbsrecht allerdings nicht. Trotzdem, oder gerade deshalb, lässt sich eine Reihe von Fragen identifizieren, die bei der Beurteilung von Kooperation zwischen KMUs im Vordergrund stehen. Eine Auswahl dieser Problematiken, die teilweise originär dem europäischen Recht entstammen, teilweise der Novellierung geschuldet sind, wird im Folgenden erörtert.

II. Zwischenstaatlichkeitsschwelle und Handels-de minimis

Ob auf einen Sachverhalt europäisches oder nationales Kartellrecht anzuwenden ist, bestimmt sich nach dessen Möglichkeit zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. Dieser Begriff wird von Kommission⁹ und EuGH¹⁰ sehr weit verstanden. Eine für KMUs wichtige Einschränkung ergibt sich daraus, dass das europäische Wettbewerbsrecht nur Anwendung finden soll, wenn die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels auch spürbar ist. Die Kommission geht davon aus, dass dies bei einem gemeinsamen Marktanteil der beteiligten Unternehmen nicht über 5 % (und einem Korridor von plus maximal 2 Prozentpunkten in zwei aufeinander folgenden Jahren) sowie einem Umsatz nicht über 40 Mio. Euro (plus maximal 10 % in zwei aufeinander folgenden Jahren) in der Regel nicht der Fall ist¹¹. In der Praxis¹² wurde die

⁵ Zum vielfach verwendeten Terminus der ‚Legalausnahme‘ vgl. *Baron* WuW 2006 S. 358f.

⁶ Bei der Kommission konnten Unternehmen bereits in der Vergangenheit oft nur mit einem rechtlich unverbindlichen ‚comfort letter‘ rechnen; vgl. *Ehrlicke*, ZHR 158 (1994) S. 170, 171.

⁷ Vgl. *Anderman*, EC Competition Law and Intellectual Property Rights, 1998 S. 20 f; *Reymann*, Immanente Schranken des europäischen Kartellverbots, 2003 S. 226.

⁸ GRUR Int. 1968 S. 341ff.

⁹ Vgl. Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags (2004/C 101/07) vom 27.04.2004 Rdn. 23 ff.

¹⁰ Grundlegend zur Zwischenstaatlichkeit EuGH v. 13.07.1966 (verb. Rsen. 56 und 58/64), WuW/E EWG/MUV 125, 130 - *Grundig/Consten*; zum weiten Verständnis vgl. EuGH v. 11.07.1989 (Rs. 246/86) WuW/E EWG/MUV 865, 869 f - *Belasco*, EuGH v. 25.10.2001 (Rs. C-475/99), WuW/E EU-R 483 - *Ambulanz Glöckner*.

¹¹ Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags (2004/C 101/07) vom 27.04.2004 Rdn. 52, im Grundsatz ebenso bereits Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81 Absatz 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (de minimis, 2001/C 368/07) vom 22.12.2001 Rdn. 3, beide letztlich unter Verweis auf die Empfehlung der Kommission zur Definition von kleinsten, kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG) vom 20.05.2003.

zwischenstaatliche Wirkung von Kooperationen zwischen kleineren Unternehmen bereits unter Heranziehung der Kommissionsleitlinien mangels Spürbarkeit verneint. Außerhalb der Mittelstandskartelle (dazu unten) halten sich die Bedeutung der Zwischenstaatlichkeitsschwelle und damit das ‚Hineinwachsen‘ in oder ‚Herausschrumpfen‘ aus der Zwischenstaatlichkeit bei sich ändernder Tatsachengrundlage für die materiellrechtliche Beurteilung von Kooperationen in Grenzen: Ein Auseinanderfallen des materiellen Rechts an der Zwischenstaatlichkeitsschwelle wird im Grundsatz durch einen weitestgehenden Gleichlauf des deutschen mit dem europäischen Kartellrecht vermieden¹³.

III. Kartellfreie Kooperation

1. Keine Wettbewerbsbeschränkung

Auch nach neuer Rechtslage wird wie im bisherigen GWB eine Zusammenarbeit, die nicht geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, als kartellfreie Kooperation nicht von § 1 GWB erfasst. Dazu gehören regelmäßig die horizontale Zusammenarbeit zwischen Nichtwettbewerbern oder die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern, die keine Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens mit sich bringt und nicht etwa infolge der Beteiligung von Unternehmen mit erheblicher Marktmacht eine Marktabschottung gegenüber Dritten bewirkt¹⁴. Kartellfreie Kooperation ist in vielen Bereichen möglich¹⁵, darunter in Forschung und Entwicklung, mittels Güte- und Verbandszeichen, bei Werbung und Kundenbindungssystemen sowie in Form von Arbeits- und Bietergemeinschaften. Soweit keiner der Beteiligten alleine zum Marktzutritt imstande ist, wird darüber hinaus auch eine den Zugang ermöglichende Gemeinschaftsgründung nicht vom Kartellverbot erfasst¹⁶.

2. Keine spürbare Wettbewerbsbeschränkung

Die Kommission hat in ihrer Bagatellbekanntmachung¹⁷ niedergelegt, unter welchen Voraussetzungen Vereinbarungen¹⁸ nach ihrer Auffassung in der Regel nicht zu einer spürbaren Wettbewerbsbeschränkung führen. Das sind im Wesentlichen Vereinbarungen, die die genannten Marktanteilsschwellen nicht überschreiten und keine Kernbeschränkungen enthalten: Bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern darf der von den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil auf

¹² OLG Düsseldorf v. 10.6.2005 (VI-2 Kart 12/04 (V)) WuW/E DE-R 1610, 1611 f – *Filigranbetondecken*; BKartA v. 25.10.2005 (B1 – 248/04), WUW DE-V 1142, 1144 ff – *Hintermauerziegelkartell*.

¹³ Vgl. Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle, BR.-Drs. 441/04 v. 28.05.2004 S. 37; ebenso *Lutz*, WuW 2005 S. 718, 720.

¹⁴ Leitlinien der Kommission zur Anwendung von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2001/C 3/02) Rdn. 24.

¹⁵ Vgl. auch Kooperationsratgeber (Fn. 1) unter III.2.6, S. 41 ff.

¹⁶ Vgl. 13. Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 1983 S. 50ff. Gegenstand dieser Abhandlung ist jedoch allein die Kooperation zwischen selbständig bleibenden Unternehmen.

¹⁷ Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken, de minimis (2001/C 368/07).

¹⁸ Die Bagatellbekanntmachung der Kommission gilt gemäß deren Ziffer I.5. auch für Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und für aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen.

keinem der von der Vereinbarung betroffenen relevanten Märkte 10 % überschreiten, mit einem Korridor von 2 Prozentpunkten während zweier aufeinander folgender Geschäftsjahre¹⁹. Kernbeschränkungen sind hier Preisabsprachen, die Beschränkung der Produktion oder des Absatzes sowie die Aufteilung von Märkten oder Kunden²⁰.

Auch § 1 GWB a.F. enthielt ein ungeschriebenes Erfordernis der Spürbarkeit²¹, wobei aber keine exakte Quantifizierung vorgenommen wurde²². Bei einem Marktanteil von bis zu

5 % wurde der Wettbewerb zwar in aller Regel als nicht wesentlich berührt angesehen. Die nationalen Bagatellbekanntmachungen²³ zum GWB a.F., aus denen sich das ergab, hatten aber ein anderes Ziel als die Bagatellbekanntmachung der Kommission: Ihr Hauptanliegen, welches sich im System der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 3 EG erledigt hat²⁴, bestand in der Entlastung mittelständischer Unternehmen von der Kartellanmeldung für Verhaltensabstimmungen, die den Wettbewerb nur unerheblich beeinträchtigten.

Aufgeworfen ist nun die Frage, ob die nationale Kartellrechtspraxis die Spürbarkeitsschwellen der Kommission übernehmen wird. Nur die Kommission selbst, die allerdings auch ihrerseits ihr Handeln am primären Gemeinschaftsrecht messen lassen muss²⁵, ist unmittelbar an diese gebunden. In gewisser Weise dient das Merkmal der Spürbarkeit auch hier dazu, Art. 81 Abs. 1 EG auf Wettbewerbsbeschränkungen zu begrenzen, die tatsächlich von gemeinschaftrechtlicher Relevanz sind.

Eine von der Bagatellbekanntmachung der Kommission abweichende Rechtsanwendung könnte von den nationalen Kartellbehörden zum einen in jedem Falle in Erwägung gezogen werden, was zu einer Inkohärenz des materiellen europäischen Kartellrechts je nach Zuständigkeit führte, oder zum anderen nur für rein nationale Fälle in Betracht kommen, was zum Auseinanderfallen des materiellen Rechts an der Zwischenstaatlichkeitsschwelle führte. Die Bagatellbekanntmachung der Kommission zeichnet nicht nur die Rechtsprechung des Gerichtshofs nach, sondern geht insbesondere von höheren Spürbarkeitsschwellen aus als im Einzelfall entschieden wurde²⁶. Die Dezentralisierung der Kartellrechtsanwendung²⁷ ermöglicht es den nationalen Kartellbehörden gerade auch, bei der Rechtsdurchsetzung besser auf die Marktverhältnisse vor Ort einzugehen: Stellt sich dabei der von der Kommission ihrer Rechtsanwendung zugrunde gelegte unbedenkliche Bereich als nicht adäquat heraus, so sollte dieser – so ließe sich argumen-

¹⁹ Vgl. Fn. 17 ebd. Rdn. 7 ff.

²⁰ Vgl. Fn. 17 ebd. Rdn. 11.

²¹ Vgl. BGH v. 14.10.1976 (KZR 36/75), WuW/E BGH 1458, 1462 – *Fertigbeton*.

²² Vgl. dazu *Langen/Bunte*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl., § 1 GWB Rdn. 182-185 m.w.N.; *Immenga/Mestmäcker*, GWB – Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., § 1 GWB Rdn. 258 ff.

²³ Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung („Bagatellbekanntmachung“) des Bundeskartellamts Nr. 57/80 vom 08.07.1980 (BAnz. Nr. 133); Nichtverfolgung von Kooperationsabreden kleiner und mittlerer Unternehmen mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung, Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Verkehr und Technologie vom 25.09.2000, Bayerischer Staatsanzeiger (StAnz.) Nr. 40, 4 vom 06.10.2000 (= Allgemeines Ministerialblatt (AllMBl) Nr. 19, 622 vom 09.10.2000).

²⁴ Die Bayerische Landeskartellbehörde hat ihre Bagatellbekanntmachung ersatzlos gestrichen; auch das Bundeskartellamt hat seine Bagatellbekanntmachung aufgehoben.

²⁵ EuGH v. 20.04.1978 (verb. Rsen. 80 – 81/77), Slg. 1978, 946, 947 – *Ramel*; vgl. auch *Van der Esch*, WuW 1988 S. 563, 565.

²⁶ Vgl. *Langen/Bunte*, 10. Aufl., Art. 81 EG Fallgruppen Rdn. 10 f m.w.N.

²⁷ Art. 5 VO (EG) Nr. 1/03.

tieren - auch nicht von der nationalen Behörde übernommen werden. Weiterhin ließe sich die Konkretisierung des europäischen Rechts aus der Praxis der Mitgliedstaaten heraus gegen die unbesehene Übernahme der Maßstäbe der Kommission anführen. Dennoch sprechen für die nationalen Kartellbehörden gute Gründe dafür – zumindest in aller Regel²⁸ - Verhaltensabstimmungen unterhalb der Spürbarkeitsschwellen der Kommission nicht aufzugreifen²⁹: Ein materiell inkohärentes Europarecht ist ebenso wenig wünschenswert wie ein Auseinanderfallen des Kartellrechts an der Zwischenstaatlichkeitsschwelle. Nur ein maximaler Gleichlauf auch in der Rechtsanwendung kann zur erstrebten Rechtsvereinfachung führen, die Rechtssicherheit für die Adressaten des Kartellverbots³⁰ erhöhen und eine Inländerdiskriminierung hier vermeiden – die deutsche Rechtspraxis würde die Spürbarkeit ansonsten vielfach bereits unterhalb der Schwellenwerte der Bagatellbekanntmachung bejahen. Ferner ist ein Gleichlauf der Rechtsanwendung von Kartellbehörden und Gerichten wohl am ehesten ausgehend von der Bagatellbekanntmachung der Kommission zu erreichen, die auch den nationalen Gerichten nahe legt, ihre Leitlinien als Auslegungshilfen heranzuziehen³¹.

IV. Bereiche unbedenklicher Zusammenarbeit

Neben den bereits auf Tatbestandsebene relevanten Spürbarkeitsschwellen enthalten die Gruppenfreistellungsverordnungen, deren entsprechende Anwendung § 2 Abs. 2 GWB auch unterhalb der Zwischenstaatlichkeitsschwelle gesetzlich anordnet, ‚sichere Häfen‘, deren Verbindlichkeit nicht ernsthaft in Zweifel gezogen wird³². Diese bieten gerade KMUs die Aussicht, im Falle der Kooperation jedenfalls von einer Freistellung zu profitieren. Die Bereiche unbedenklicher Zusammenarbeit, die die Kommission in ihren Horizontal-Leitlinien³³ definiert, unterliegen zwar ähnlichen grundsätzlichen Erwägungen wie die Spürbarkeitsschwellen der Bagatellbekanntmachung, können aber bei der Rechtsanwendung eben so wenig unberücksichtigt bleiben.

V. Freistellung

Ein besonderes Interesse - über die allgemeinen Freistellungsmöglichkeiten nach § 2 GWB hinaus - gilt hier der Legalisierung als Mittelstandskartell nach § 3 GWB.

²⁸ Auch die Kommission behält sich vor, unter besonderen Umständen von den Vorgaben ihrer Bagatellbekanntmachung abzuweichen, Fn. 17 ebd. Rdn. 2 und 4.

²⁹ So bereits *Jestaedt*, WuW 1998 S. 119, 130; ein solches Verständnis ginge auch mit der Entwurfsbegründung zur 7. GWB-Novelle konform, vgl. Fn. 13 ebd. S. 47.

³⁰ Auch für die Unternehmen bieten die Bekanntmachungen, Leitlinien und Empfehlungen der Kommission eine Richtlinie für ihre Selbsteinschätzung, vgl. dazu Kooperationsratgeber (Fn. 1) unter IV.1.2., S. 97 ff.

³¹ Vgl. hierzu nur Art. 15, 16 VO (EG) Nr. 1/2003 sowie die Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Artikel 81 und 82 des Vertrags vom 27.04.2004 (2004/C 101/04) Rdn. 8, 17, 27 ff.

³² Abgesehen von grundsätzlichen Erwägungen im Zusammenhang mit dem Übergang zum System der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 81 Abs. 3 EG, vgl. dazu *Fuchs*, ZWeR 2005 S. 1.

³³ Leitlinien der Kommission zur Anwendbarkeit von Artikel 81 EG-Vertrag auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (2001/C 3/02) Rdn. 55 ff, 86 ff, 123 ff, 143 ff, 163 ff, 184 ff.

1. Mittelstandskartelle

Das GWB stellt in § 3 Abs. 1 Mittelstandskartelle im Wege einer gesetzlichen Fiktion frei. Aufgrund des erweiterten Vorrangs des europäischen Kartellrechts, Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/2003, kann diese Norm eigenständige Bedeutung nur erlangen, wenn und solange eine Kooperation nicht geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen³⁴. Da dieser Vorschrift ein Pendant im europäischen Wettbewerbsrecht fehlt, ist eine erfolgreiche Mittelstandskooperation, die ins europäische Recht hineinwächst, spätestens dann auch anhand der allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen zu überprüfen³⁵. Inhaltlich übernimmt § 3 Abs. 1 GWB die Vorschrift des § 4 Abs. 1 GWB a.F.³⁶.

a) Vereinbarung zwischen Wettbewerbern; Einkaufskooperationen

§ 3 Abs.1 GWB erfasst wie § 4 Abs. 1 GWB a.F. nur die Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern. Eine spezielle Freistellung für mittelständische Einkaufskooperationen enthält § 3 GWB – anders als § 4 Abs. 2 GWB a.F. – nun nicht mehr, was die Frage aufwirft, ob diese überhaupt als Mittelstandskartelle freigestellt sein können. Mittelständische Einkaufskooperationen sind, so die Regierungsbegründung nun bereits im Rahmen der §§ 1 und 2 GWB weitergehend zulässig als nach § 4 Abs. 2 GWB a.F., so dass es im neuen § 3 GWB keiner entsprechenden Regelung mehr bedurfte³⁷. In den Horizontal-Leitlinien der Kommission³⁸ finden Einkaufskooperationen tatsächlich eingehende Beachtung: Wesentliches Kriterium für ihre kartellrechtliche Beurteilung ist die durch die Nachfragebündelung entstehende Marktmacht, wobei die Kommission dabei – im Unterschied zu § 4 Abs. 2 GWB a.F.³⁹ – auch berücksichtigt, ob die an einer Einkaufskooperation beteiligten Unternehmen zugleich Wettbewerber auf der Absatzseite sind. Sie vermutet, dass ein gemeinsamer Marktanteil der an einer Einkaufsvereinbarung beteiligten Unternehmen von unter 15 % sowohl auf den Einkaufs- als auch auf den Verkaufsmärkten das Entstehen von Marktmacht unwahrscheinlich macht und damit jedenfalls eine Freistellung wahrscheinlich ist. Im Einzelfall erachtet die Kommission selbst Einkaufskooperationen für zulässig, die Marktanteile von 20 – 25 % auf sich vereinigen⁴⁰. Wie § 4 Abs. 2 GWB a.F. macht auch das europäische Kartellrecht nicht die Rationalisierung im Sinne einer echten Steigerung der Leistungsfähigkeit zur Zulässigkeitsvoraussetzung für Einkaufskooperationen. Ähnliche Erwägungen wie zur Bagatellbekanntmachung der Kommission legen es für die nationalen Kartellbehörden nahe, die

³⁴ Vgl. auch *Wimmer-Leonhardt*, WuW 2006 S. 486.

³⁵ Die Diskussion, ob ‚keine Zwischenstaatlichkeit‘ ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 3 Abs. 1 GWB ist, was jenseits der Zwischenstaatlichkeitsschwelle im deutschen Recht zur ausschließlichen Anwendbarkeit von § 2 GWB führte, oder ob gegebenenfalls parallele Prüfungen – vgl. § 22 Abs. 1 GWB i.V.m. Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 1/03 – des § 3 Abs. 1 GWB und des Art. 81 Abs. 3 EG vorgenommen werden können, soll hier nicht eröffnet werden; von Letzterem geht die Regierungsbegründung aus; Fn. 13 ebd. S. 77; ebenso *Lutz*, WuW 2005 S. 718, 720. Im Ergebnis muss die Mittelstandskooperation jenseits der Zwischenstaatlichkeitsschwelle in jedem Fall die allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen wie sie Art. 81 Abs. 3 EG formuliert erfüllen.

³⁶ Fn. 13 ebd. S. 43-47, 76 f.

³⁷ Fn. 13 ebd. S. 45.

³⁸ Fn. 33 ebd. Rdn. 115 - 138.

³⁹ Vgl. OLG Düsseldorf 12.05.1998 (U(Kart) 11/98), WuW/E DE, 150, 153 – *Löschfahrzeuge*; a.A. *Bechtold*, Kartellgesetz, 3. Aufl. § 4 Rdn. 8; OLG Celle 31.05.2001 (13 U (Kart) 248/98), NJW-RR 2002, 476, 477 - *Feuerwehrausrüstungsgegenstände*.

⁴⁰ Fn. 33 ebd. Rdn. 136 und 138.

Ausübung ihres Aufgreifermessens zumindest in aller Regel an den Horizontal-Leitlinien auszurichten. Weder Wortlaut, noch Systematik oder Gesetzeszweck stehen aber einer Freistellung von Einkaufskooperation nach § 3 Abs. 1 GWB in dessen Anwendungsbereich – d.h. im Unterschied zur alten Rechtslage unter der zusätzlichen Voraussetzung der Rationalisierung - grundsätzlich entgegen⁴¹.

Tatsächlich wird die Beurteilung von Einkaufskooperationen in den Horizontal-Leitlinien eher als (zu) großzügig angesehen und aktuell vielmehr darüber diskutiert, ob die europäische Rechtspraxis Wettbewerbsbeschränkungen auf den Nachfragemärkten als solchen zu wenig Gewicht beimesse⁴².

b) Rationalisierung

Rationalisierung verlangt, dass das Verhältnis des betrieblichen Aufwands zum Ertrag – bezogen auf die Produktionseinheit – verbessert wird. Dies kann auch durch Spezialisierung geschehen⁴³. Spezialisierungsvereinbarungen zwischen KMUs werden in vielen Fällen auch gem. § 2 Abs. 2 GWB i.V.m. der VO (EG) Nr. 2658/2000⁴⁴ freigestellt sein. Die Möglichkeit einer Freistellung als Mittelstandskartell ist im Einzelfall insbesondere dann relevant, wenn mit der Arbeitsteilung Kernbeschränkungen verbunden sind⁴⁵. Im Kontext einer insgesamt auf Rationalisierung ausgerichteten Zusammenarbeit können nach § 3 Abs. 1 GWB im Einzelfall selbst Absprachen über Preise oder Preisbestandteile⁴⁶ und Lieferquoten oder -gebiete zulässig sein⁴⁷. Hierin liegt ein wichtiger Unterschied zum europäischen Kartellrecht, wo Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen als Kernbeschränkungen in Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern fast immer die Bewertung nahe legen, dass die Verhaltensabstimmung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und auch eine Freistellung meist ausgeschlossen ist. § 3 Abs. 1 GWB als eigenständige nationale Freistellung lässt eine vom europäischen Recht abweichende Bewertung zu. Für dieses Verständnis wird neben dem Wortlaut der Norm auch auf den erklärten Willen des Gesetzgebers zurückgegriffen, die bisherige Mittelstandsfreistellung inhaltsgleich beizubehalten⁴⁸. Außerdem steht § 3 GWB systematisch außerhalb der parallel zum europäischen Wettbewerbsrecht formulierten Ge-

⁴¹ Ohne weitere Begründung bezieht das Bundeskartellamt in seiner Unbedenklichkeitsbescheinigung für ein Mittelstandskartell vom 25.10.2005 (B 1 – 248/04), WuW/DE-V 1142, 1146 - *Hintermauerziegelkartell* - auch den gemeinsamen Einkauf in der insgesamt auf Rationalisierung ausgelegten Kooperation in seine Prüfung nach § 3 Abs. 1 GWB ein.

⁴² Erwähnt sei nur die Problematik der Kartellrechtsrelevanz von Einkaufstätigkeit zum Zwecke der Erfüllung hoheitlicher oder sozialer Aufgaben, vgl. dazu z.B. *Reysen/Bauer*, ZWeR 2004 S. 568.

⁴³ Der gegenüber § 4 Abs. 1 GWB a.F. vorrangige § 3 GWB a.F. wurde gestrichen; damit kommt nun als Gegenstand eines Mittelstandskartells auch eine Spezialisierungsabrede in Frage.

⁴⁴ Vgl. Fn. 67.

⁴⁵ Ebenso *Lutz*, WuW 2005 S. 718, 721.

⁴⁶ So auch BKartA v. 25.10.2005 (B 1 – 248/04), WuW/DE-V 1142, 1146 – *Hintermauerziegelkartell*.

⁴⁷ Bundesanzeiger (BAnz.) Nr. 124 vom 09.07.1998, 9475 – zulässige Kooperation.

⁴⁸ Dass der Gesetzgeber nie die Absicht hatte, Kernbeschränkungen in Mittelstandskartellen wie im europäischen Recht zu beurteilen, zeigen auch die Stellungnahme der Bundesregierung zur Gegenäußerung des Bundesrates vom 14.07.2004 S. 2 sowie die Entwicklung des im Vermittlungsverfahren ganz aus dem Gesetz gestrichenen § 23 GWB-E, der aus anderen Gründen insgesamt als verunglückt empfunden wurde: Der Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT Drucksache 441/04) enthielt folgendes § 23: „Die Grundsätze des europäischen Wettbewerbsrechts sind bei der Anwendung der §§ 1 bis 4 und 19 maßgeblich zugrunde zu legen, soweit hierzu nicht in diesem Gesetz besondere Regelungen enthalten sind.“ Im Gesetzesbeschluss des Bundestages (BT Drucksache 210/05) wurde § 3 von dieser Regelung ausgenommen.

neralklausel des § 2 Abs. 1 GWB und den gruppenweisen Freistellungen des § 2 Abs. 2 GWB.

c) Mögliche Kooperationsbeteiligte

Ziel des § 3 Abs. 1 GWB ist es, strukturelle Nachteile kleinerer Wettbewerber gegenüber größeren Unternehmen teilweise auszugleichen. Im deutschen Kartellrecht werden KMUs bisher nach ihrer relativen Größe im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern bestimmt⁴⁹. Entscheidendes Gewicht für die Frage, welche Unternehmen Normadressaten des § 4 Abs. 1 GWB a.F. waren, kam der Marktstruktur zu: An Hand der Größe der Wettbewerber wurde einzelfallbezogen entschieden, ob die Kooperationspartner noch zu den KMUs gehörten. Als Vergleichsgrößen dienten insbesondere der Umsatz und die Zahl der Beschäftigten. Absolute Grenzen kennt das deutsche Kartellrecht bislang nicht. Das europäische Recht hingegen orientiert sich an der sog. KMU-Empfehlung der Kommission⁵⁰, welche als mittlere Unternehmen noch solche mit bis zu 250 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz bis 50 Mio. Euro bzw. einer Jahresbilanzsumme bis 43 Mio. Euro definiert. Mit diesem Verständnis ginge § 3 Abs. 1 GWB weit über die bisher nach § 4 Abs. 1 GWB a.F. gewährte Freistellung hinaus. Die KMU-Empfehlung betrifft allerdings primär Fördermaßnahmen für KMUs seitens der Mitgliedsstaaten, der Europäischen Investitionsbank und des Europäischen Investitionsfonds. Die Kommission stellt zwar einen Bezug zum Wettbewerbsrecht her, indem sie für das Handels-de-minimis in Art. 81 Abs. 1 EG auf ihre KMU-Empfehlung verweist⁵¹. Die Zwischenstaatlichkeits-schwelle dient jedoch primär dazu, den Anwendungsbereich des europäischen Rechts von dem der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen abzugrenzen⁵². Eine solche schematische Betrachtung würde § 3 Abs. 1 GWB nicht gerecht, da Größennachteile von KMUs von der jeweiligen Markt- und Unternehmensstruktur in den betreffenden Wirtschaftszweigen abhängen⁵³. Eine großzügigere und an absoluten Werten orientierte Auslegung des KMU-Begriffs unter Heranziehung der KMU-Empfehlung der Kommission ist nicht veranlasst.

Vordem war grundsätzlich auch die Beteiligung größerer Unternehmen an einer Mittelstandskooperation möglich, wenn dies zur Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit der kleinen und mittleren Kooperationspartner erforderlich war⁵⁴, d.h. wenn der Rationalisierungserfolg ohne deren Teilnahme nicht oder nicht in vergleichbarer Weise erreicht werden konnte. Das gilt im Sinne der erklärten Absicht des Gesetzgebers, § 4 Abs. 1 GWB a.F. inhaltsgleich fortzuführen, auch weiterhin. Allerdings kann die Beteiligung eines größeren Unternehmens zum einen schnell eine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung herbeiführen⁵⁵ und zum anderen sehr leicht dazu führen, dass eine Mittelstandskooperation zwischenstaatliche Relevanz erlangt.

⁴⁹ Lutz, Gewerbearchiv 1997 S. 265, 272 f.

⁵⁰ Empfehlung der Kommission vom 06.05.2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (2003/361/EG).

⁵¹ Vgl. Fn. 11.

⁵² Grundlegend EuGH v. 13.07.1966 (verb. Rsen. 56 und 58/64), WuW/E EWG/MUV 125 - *Grundig/Consten*.

⁵³ Ebenso *Immenga/Mestmäcker*, (Fn. 22) ebd., § 4 GWB Rdn. 70.

⁵⁴ Vgl. BGH v. 30.09.1986 (KVR 8/85), WuW/E BGH 2321 - *Mischguthersteller*; BKartA v. 01.06.1989 (B 5 - 791000 - Ib - 220/88), WuW/E BKartA 2382 - *Mittelstandskartell von Transportunternehmen*.

⁵⁵ Ebenso *Immenga/Mestmäcker*, (Fn. 22) ebd. § 4 GWB Rdn. 71 f.

d) Keine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung

Entscheidend für die Legalisierung einer Mittelstandskooperation war bislang oft die sog. Wettbewerbsklausel des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GWB a.F, jetzt § 3 Abs. 1 Nr. 1 GWB. Der Ausgleich größenbedingter Nachteile kleinerer Unternehmen durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit ist nur soweit ordnungspolitisch wünschenswert wie eine ausgewogene Wettbewerbsstruktur auf den betroffenen Märkten gefördert wird bzw. bestehen bleibt. Eine Mittelstandskooperation darf daher nicht ihrerseits zu Unternehmensgruppen führen, deren Marktstärke erheblich über derjenigen der Wettbewerber liegt. In der Begründung zu § 4 Abs. 1 GWB a.F. ging der Gesetzgeber⁵⁶ nicht von einer festen gemeinsamen Marktanteilsgrenze aus, deren Überschreiten in jedem Fall zur Unzulässigkeit einer Mittelstandskooperation führen sollte. Der maximal zulässige gemeinsame Marktanteil der Kooperationspartner sollte vielmehr von Art und Ausmaß der mit der Kooperation verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen und den Marktverhältnissen insgesamt abhängen. Je geringer die Auswirkungen auf den Wettbewerb, desto höher darf der gemeinsame Marktanteil der Kooperierenden sein. Umfasst die Mittelstandskooperation Absprachen über Preise oder Preisbestandteile, wurde bisher die kritische Grenze für eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bei einem kartellierten Marktanteil von 10 bis 15 % angesiedelt⁵⁷. Wenn auf dem betroffenen Markt marktstarke Unternehmen tätig sind oder als potenzielle Wettbewerber in Betracht kommen, kann im Einzelfall auch eine höhere Schwelle gerechtfertigt sein. Eine Annäherung der Rechtspraxis zu § 3 Abs. 1 Nr. 1 GWB an diejenige zu Art. 81 Abs. 3 lit. b) EG⁵⁸, der ‚Wettbewerbsklausel‘ des europäischen Kartellrechts, ist unwahrscheinlich und schon aufgrund des verschiedenen Wortlauts und der divergierenden Zielsetzungen nicht nahe liegend.

2. ‚Mittelstandsempfehlungen‘ und Empfehlungen über Ladenöffnungszeiten

Ein ausdrückliches Empfehlungsverbot wie § 22 GWB a.F. enthält das GWB nun zwar nicht mehr. Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen in Gestalt von Empfehlungen können jedoch dem Kartellverbot unterfallen⁵⁹, wenn sie einen Verhaltensrahmen schaffen und so eine bewusste praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs setzen wollen⁶⁰. Es kommt dabei weder auf die ausdrückliche Erwähnung der Unverbindlichkeit noch auf die Bezeichnung der Maßnahme an⁶¹. Als sog. Mittelstandsempfehlungen von Gesetzes wegen freigestellt waren nach § 22 Abs. 2 GWB a.F. Empfehlungen, die von Vereinigungen kleiner oder mittlerer Unternehmen unter Beschränkung auf den Kreis der Beteiligten ausgesprochen wurden, dazu dienten, die Wettbewerbsfähigkeit der Beteiligten gegenüber Großbetrieben oder großbetrieblichen Unternehmensformen zu verbessern, gegenüber dem Empfehlungs-

⁵⁶ Bericht des Wirtschaftsausschusses des Deutschen Bundestages v. 13.06.1973 zur 2. GWB-Novelle, BT.-Drs. 7/765 S. 3.

⁵⁷ Vgl. OLG Stuttgart v. 17.12.1982 (2 Kart.3/82), WuW/E OLG 2807 - *gebrochener Muschelkalkstein*; vgl. auch BKartA v. 25.10.2005 (B 1 – 248/04), WuW/DE-V 1142, 1146 – *Hintermauerziegelkartell*.

⁵⁸ Vgl. *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht, § 13 Rdn. 68 ff.

⁵⁹ Vgl. *Hempel*, WuW 2005 S. 379, 383.

⁶⁰ Vgl. EuGH v. 27.01.1987 (Rs. 45/85), WuW/E EWG/MUV 739 - *Feuerversicherung*; EuGH v. 29.10.1980 (Rsen. 209 – 215 und 218/78), WuW/E EWG/MUV 494 - *FEDETAB*; grundlegend EuGH v. 16.12.1975 (verb. Rsen. 40/73 bis 48/73, 50/73, 54/73 bis 56/73, 111/73, 113/73 und 114/73 u. a.), WuW/E EWG/MUV 347 – *Europäische Zuckerindustrie*.

⁶¹ *Langen/Bunte* 10. Aufl., Art. 81 EG Generelle Prinzipien Rdn. 34.

empfänger ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet waren und zu deren Durchsetzung kein wirtschaftlicher, gesellschaftlicher oder sonstiger Druck angewendet wurde. Eine ‚Wettbewerbsklausel‘ enthielt § 22 Abs. 2 GWB a.F. nicht. Vergleichbare Beschlüsse sind nun nur in dem Umfang von § 3 Abs. 1 GWB freigestellt wie ihre Wirkungen für Ihre Adressaten nicht über die eines zulässigen Mittelstandskartells hinausgehen. ‚Mittelstandsempfehlungen‘, die Kernbeschränkungen betreffen, erreichen im Rahmen des § 3 Abs. 1 GWB sehr schnell eine kritische Marktanteilsschwelle, so dass für eine Freistellung auf § 2 GWB zurückgegriffen werden muss⁶², in dessen Kontext Verhaltensabstimmungen über Kernbeschränkungen ebenfalls den bekannten Vorbehalten begegnen⁶³.

Aufgehoben wurde § 3 Abs. 2 Ladenschlussgesetz, der bislang i.V.m. § 22 Abs. 2 GWB a.F. Empfehlungen über Ladenöffnungszeiten als Sonderfälle der Mittelstandsempfehlung ‚auch unter Einbeziehung der Großbetriebsformen des Einzelhandels‘ erlaubte. Mittels abgestimmter Öffnungszeiten können dem Verbraucher eine klare Orientierung über die Geschäftszeiten, ein lebendiges Einkaufsgebiet und ein stets vollständiges Warensortiment präsentiert werden. Entsprechende Empfehlungen dienen und dienen also in der Regel der Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit eines Einkaufsgebiets, insbesondere unter Einbeziehung der dort anbietenden kleineren Unternehmen. Sofern keine besonderen Umstände vorliegen und der Wettbewerb durch eine entsprechende Empfehlung nicht nachhaltig gestört werden soll bzw. wird, erscheinen Abstimmungen über Ladenöffnungszeiten in diesem Rahmen⁶⁴ weiterhin als zulässig.

3. Weitere Freistellungsmöglichkeiten

Die übrigen Tatbestände der §§ 2 ff GWB a.F. unterliegen nun dem Regime des neuen § 2 GWB. Dennoch stellen die bisherige Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis weiterhin eine wichtige Auslegungshilfe dar⁶⁵. Mit der Einzelfreistellung von Vereinbarungen über Normen und Typen (§ 2 GWB a.F.) befasst sich die Kommission in ihren Horizontal-Leitlinien⁶⁶. Manche Rationalisierungskartelle i.S.d. § 5 GWB a.F., werden von Gruppenfreistellungsverordnungen erfasst⁶⁷. Die bisher nach § 5 Abs. 2 GWB a.F. legalisierungsfähigen sog. höherstufigen Rationalisierungskartelle, z.B. Verkaufskontore, sind im Einzelfall meist an den allgemeinen Freistellungsvoraussetzungen zu messen⁶⁸. Die Regelungen über Strukturkrisenkartelle (§ 6 GWB a.F.) und sonstige Kartelle (§ 7 GWB a.F.) haben in der Praxis ohnehin keine nennenswerte Bedeutung erlangt. Soweit die Verhaltensabstimmungen zur Verbesserung der Rücknahme oder

⁶² Vgl. *Bechtold/Buntscheck* NJW 2005, 2966, 2968.

⁶³ Die Einschätzung des Regierungsentwurfs, dass ‚Mittelstandsempfehlungen‘ im Ergebnis auch weiterhin im selben Umfang zulässig sind wie bisher, Fn. 13 ebd. S. 51, erscheint allzu optimistisch.

⁶⁴ Vgl. dazu Kommission v. 30.09.1986 (86/507/EWG), WuW/E EV 1182 – *Irish Banks’ Standing Committee*.

⁶⁵ Ebenso *Lutz*, WuW 2005 S. 718, 720.

⁶⁶ Fn. 14 ebd. Rdn. 159-178.

⁶⁷ Verordnungen der Kommission vom 29.11.2000 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, VO (EG) Nr. 2659/2000, und über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrags auf Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, VO (EG) Nr. 2658/2000.

⁶⁸ Die Einschätzung der Bundesregierung, Fn. 13 ebd. S. 45, bisher nach § 5 GWB a.F. legalisierungsfähige Rationalisierungskartelle seien ‚im Regelfall‘ weiterhin freigestellt, geht wohl zu weit. Die Vereinbarung von Lieferquoten bei einheitlicher Preisgestaltung beispielsweise wird allenfalls im Ausnahmefall nach § 2 Abs. 1 GWB freigestellt sein.

Entsorgung von Waren beitragen (§ 7 Abs. 1 GWB a.F.), können die Auslegungskriterien zu Umweltschutzvereinbarungen in den Horizontal-Leitlinien der Kommission⁶⁹ einschlägig sein. Obsolet ist die in § 8 GWB a.F. vorgesehene Möglichkeit der Legalisierung durch den Bundeswirtschaftsminister im Wege eines Ministerkartells. Diese Vorschrift kam aber ohnehin seit 1984 nicht mehr zur Anwendung⁷⁰.

VI. Anspruch auf Negativattest

Die Erteilung einer Nichttätigkeitsverfügung gem. § 32 c GWB steht im Ermessen der Kartellbehörden. Der im Vermittlungsausschuss eingefügte § 3 Abs. 2 GWB räumt den Unternehmen bis 30. Juni 2009 im Einzelfall jedoch einen Anspruch auf die Erteilung einer solchen Verfügung ein⁷¹. Der Wortlaut der Vorschrift – ‚sofern nicht die Voraussetzungen nach Artikel 81 Abs. 1 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft erfüllt sind‘ – könnte zu der Annahme verleiten, dieser Anspruch bestehe für sämtliche Kooperationen diesseits der Zwischenstaatlichkeitsschwelle. Die zitierte Formulierung stellt sich jedoch unter Zugrundelegung des Verständnisses, dass § 3 Abs. 1 GWB unabhängig von der zwischenstaatlichen Wirkung anwendbar sein soll⁷², als notwendige verfahrensrechtliche Einschränkung dar: Jenseits der Zwischenstaatlichkeitsschwelle sieht Art 5 VO (EG) Nr. 1/03 für die mitgliedstaatlichen Kartellbehörden allein die Ausstellung von Nichttätigkeitsverfügungen nach ihrem Ermessen vor⁷³. Zudem ist der Anspruch systematisch in § 3 GWB angesiedelt. Er kann demnach nur von den Teilnehmern an einem Mittelstandskartell geltend gemacht werden.

VII. Fazit

Die aufgrund der Novellierung des GWB nun erforderliche unternehmerische Selbsteinschätzung wird für kleine und mittlere Unternehmen erleichtert durch eine relativ hohe materielle Spürbarkeitsschwelle für die kernbeschränkungsfreie Kooperation, die ‚sicheren Häfen‘ der Gruppenfreistellungsverordnungen sowie der Horizontal-Leitlinien und nicht zuletzt die fortgeführte Legalisierung von Mittelstandskartellen in ihrer bekannten Form. Gerade mittelständische Unternehmen sollten nicht aus einer allgemeinen Verunsicherung heraus vor zulässiger Kooperation zurückschrecken, deren Grenzen aber im Einzelfall sorgfältig abklären⁷⁴.

⁶⁹ Fn. 14 ebd. Rdn. 179 ff.

⁷⁰ Fn. 13 ebd. S. 46.

⁷¹ Zur Behandlung von Anträgen auf Negativattest durch die Bayerische Landeskartellbehörde vgl. deren Verwaltungsgrundsätze, StAnz. Nr. 31, 4 vom 05.08.2005 (= AllMBl. Nr. 8, 302 vom 29.08.2005).

⁷² Vgl. Fn. 35.

⁷³ Auch die Anerkennung von Wettbewerbsregeln gem. § 24 GWB stellt sich nicht zuletzt durch die nunmehrige Beschränkung auf kartellrechtskonforme Wettbewerbsregeln, § 26 Abs. 2 GWB, letztlich als eine Nichttätigkeitsverfügung dar.

⁷⁴ Vgl. dazu *Schwintowski/Klaue*, WuW 2005 S. 370; *Dreher*, ZWeR 2004 S. 75.