

## Mittelstandskartelle als Kooperationsmodell

*Konstantin Kuhle, Rechtsanwalt in Hannover*

No 380 | JULI 2017

Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die den Wettbewerb beeinträchtigen, sind durch das Kartellrecht verboten. Dies gilt grundsätzlich auch für das Verhalten kleiner und mittlerer Unternehmen. Bei regionalen oder lokalen Sachverhalten ohne Bezug zum Handel zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, kommt jedoch die Anwendung der Regelungen für Mittelstandskartelle nach § 3 GWB in Betracht.

Mit dieser Sonderregelung sollen Größenvorteile ausgeduldet werden. Kleine und mittlere Unternehmen sollen sich durch Kooperation in die Lage versetzen können, bei der Wahrnehmung bestimmter Unternehmensfunktionen wie etwa Produktion, Forschung und Entwicklung, Finanzierung, Verwaltung, Werbung, Einkauf und Vertrieb vergleichbare Größenvorteile zu erzielen, wie sie anderen Wettbewerbern schon auf Grund ihrer Unternehmensgröße zur Verfügung stehen.

### Sonderregelung in § 3 GWB

Für sämtliche Adressaten des Kartellrechts, also auch für kleine und mittlere Unternehmen, ist in § 2 Abs. 1 GWB geregelt, dass die Beeinträchtigung des Wettbewerbs, die normalerweise nach § 1 GWB

verboten ist, unter bestimmten Voraussetzungen freigestellt und damit erlaubt werden kann.

Diese Voraussetzungen sind:

- ein Beitrag zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts,
- wobei die Auferlegung von Wettbewerbsbeschränkungen nicht für die Erreichung dieser Ziele entbehrlich sein darf;
- eine angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn;
- keine Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der Waren.

In § 3 GWB hat der Gesetzgeber geregelt, dass die Kooperation mittelständischer Unternehmen diese Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB erfüllt, wenn

- es sich dabei um Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen oder Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen handelt,
- die die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit zum Gegenstand haben;

- wenn dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und
- wenn die Vereinbarung oder der Beschluss dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern.

Dabei ist das Tatbestandsmerkmal „kleinere und mittlere Unternehmen“ nicht gesetzlich definiert. Es ist nach der behördlichen und gerichtlichen Praxis relativ im Vergleich zu den Wettbewerbern auf dem sachlichen und räumlichen Markt zu bemessen.

Unter der Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge ist jede Maßnahme zu verstehen, durch die bei den beteiligten kleinen oder mittleren Unternehmen das Verhältnis des betrieblichen Aufwands für wirtschaftliche Vorgänge zum Ertrag, gerechnet in Produktionseinheiten, verbessert wird.

Eine Anwendung von § 3 GWB setzt ferner voraus, dass der Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigt wird. Bei der hier vorzunehmenden Gesamtwürdigung sind in erster Linie die Marktstellung, vor allem die Marktanteile der an der Kooperation beteiligten Unternehmen, die Art der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit, insbesondere der Grad der mit ihr verbundenen Wettbewerbsbeschränkung sowie etwaige auf dem Markt schon bestehende Kooperationen zu berücksichtigen.

Entsprechend seiner bestehenden Verwaltungspraxis geht das Bundeskartellamt davon aus, dass die kritische Grenze für eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs in der Regel bei einem gemeinsamen Marktanteil von 10 - 15 % der beteiligten Unternehmen liegt. Ein solcher Marktanteil gilt in jedem Fall für Absprachen über wesentliche Wettbewerbsparameter wie etwa die Festsetzung von Verkaufspreisen, Rabatten oder sonstigen Preisbestandteilen. Betrifft die Kooperation dagegen Absprachen über qualitativ weniger bedeutsame Parameter, kann der Marktanteil der Beteiligten auch oberhalb einer Schwelle von 15% liegen.

Zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der beteiligten Unternehmen ist die zwischenbetriebliche Zu-

sammenarbeit etwa dann geeignet, wenn eine Ausweitung der Produktion oder Erhöhung ihrer Qualität, Verbreiterung des Sortiments, Verkürzung der Lieferwege oder -fristen, rationellere Gestaltung der Einkaufs - oder Vertriebsorganisation oder eine gemeinsame Werbemaßnahme angestrebt wird.

Die Ausnahmeregelung in § 3 GWB greift nicht für:

- vertikale wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, d. h. eine Kooperation über verschiedene Handelsstufen hinweg;
- bloße abgestimmte Verhaltensweisen (etwa so genannte *gentlemen's agreements*), sondern nur für konkrete Vereinbarungen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen;
- wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, weil insofern die Wertungen des Unionsrechts Vorrang genießen;
- mittelständische Einkaufskooperationen. Eine Anwendung von § 3 GWB kommt aber im Einzelfall in Betracht, wenn die Einkaufskooperation nicht nach europäischem Recht zu prüfen ist.

Anders als bei § 2 GWB müssen bei § 3 GWB keine Verbrauchervorteile nachgewiesen werden. Zudem fehlt es bei § 3 GWB am Kriterium der „Unerlässlichkeit“ einer etwaigen Wettbewerbsbeeinträchtigung.

Dieser Unterschied ermöglicht es, dass im Rahmen von § 3 GWB in engen Grenzen auch so genannte Kernbeschränkungen, d. h. Absprachen mit Blick auf Preis, Gebiet und Menge, freigestellt werden können.

### Praktische Fragen

Die Ausnahmeregelung in § 3 GWB ist von Amts wegen durch die Kartellbehörden zu prüfen, wenn zuvor ausgeschlossen wurde, dass eine Kooperation den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen kann.

Regelmäßig wird bei Kooperationen kleinerer und mittlerer Unternehmen allerdings schon deshalb kein behördliches Verfahren eingeleitet, weil die Kooperation unter die Bagatellbekanntmachung des Bundeskartellamts fällt. Soweit es nicht um Kernbeschränkungen des Wettbewerbs geht, sieht das Bundeskartellamt danach von der Einleitung eines Verfahrens ab, wenn der von den an einer horizontalen Vereinbarung beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinem der betroffenen Märkte 10 % überschreitet.

Zwar scheint die praktische Bedeutung der Sonderregelung für Mittelstandskartelle zunächst gering zu sein: Im Jahr 2016 eröffnete das Bundeskartellamt nur ein einziges Verfahren und die Landeskartellbehörden insgesamt zwei Verfahren gegen Mittelstandskartelle im weiteren Sinne. Im selben Zeitraum wurden durch Bundes- und Landeskartellbehörden insgesamt sieben Verfahren abgeschlossen, ohne dass in einem einzigen Fall eine kartellrechtliche Verfügung ergangen wäre. Im Jahr 2015 eröffnete das Bundeskartellamt vier Verfahren und die Landeskartellbehörden insgesamt ein Verfahren gegen Mittelstandskartelle im weiteren Sinne. Im selben Zeitraum wurden durch Bundes- und Landeskartellbehörden insgesamt drei Verfahren abgeschlossen, ohne dass in einem einzigen Fall eine kartellrechtliche Verfügung ergangen wäre.

Dabei ist jedoch zu beachten, dass nicht jedes Mittelstandskartell im weiteren Sinne auch ein Mittelstandskartell im Sinne des § 3 GWB ist. Auch für Mittelstandskartelle kommt eine Freistellung nach § 2 GWB in Betracht. Ferner führt die Regelung in § 3 GWB gerade dazu, dass die Wettbewerbsbehörden von der Einleitung eines Verfahrens absehen. In der Praxis dürften viele tatsächlich nach § 3 GWB erlaubte Kooperationsformen von den betroffenen Unternehmen praktiziert werden, ohne dass eine Bewertung durch die Wettbewerbsbehörden statt gefunden hätte. Um hier Rechtssicherheit zu erzielen, besteht die Möglichkeit eines informellen Ersuchens um eine Einschätzung beim Bundeskartellamt.

Im Einzelnen kommt eine Freistellung nach § 3 GWB nach der kartellrechtlichen Praxis bei folgenden Konstellationen in Betracht:

- Kernbeschränkungen, wie etwa Preisabreden, sind auch unter § 3 GWB in der Regel unzulässig. Etwas anderes ergibt sich jedoch, wenn die Beschränkung gerade Ausdruck einer Verbesserung des innerbetrieblichen Verhältnisses von Aufwand und Ertrag ist. Folgende Kooperationen sind in der Vergangenheit als von § 3 GWB umfasst angesehen worden: (1) Preisabsprachen im Rahmen einer Werbe- und Vertriebsgemeinschaft, wenn sie in unmittelbarem inneren Zusammenhang mit einer insgesamt auf Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit ausgerichteten Zusammenarbeit stehen und der Rationalisierung dienen, wobei der Marktanteil des in Rede stehenden Kartells unterhalb von 10% lag sowie (2.) die Verpflichtung zum ausschließlichen Vertrieb über eine gemeinsame Verkaufsstelle (sog. Andienungszwang), wenn und soweit damit eine Rationalisierung verbunden ist, wobei der Marktanteil des in Rede stehenden Kartells unterhalb von 10% lag.
- Logistikkoperationen und gemeinsame Werbemaßnahmen wurden in der Praxis des Bundeskartellamts als freigestellt nach § 3 GWB angesehen. Dies betrifft beispielsweise eine Konzentration der Lagerhaltung sowie eine Zusammenarbeit im Rahmen eines Informations- und Erfahrungsaustauschs.
- Hinsichtlich der Gründung gemeinsamer Einrichtungen hat das Bundeskartellamt bei einem gemeinsamen Marktanteil von unter 15 % eine Konstellation als zulässig nach § 3 GWB angesehen, bei der die beteiligten Unternehmen eine Gesellschaft für die zentrale Annahme von Aufträgen gründeten. Diese Gesellschaft vergab eingehende Aufträge je nach Geeignetheit der Unternehmen sowie – nachrangig – nach deren Kapazitätsauslastung.
- § 3 Abs. 1 GWB kann bei einer Vereinbarung über einen gemeinschaftlichen Kunden- und Reparatordienst einschlägig sein, bei denen sich die be-

teiligten Unternehmen vertraglich verpflichten, keinen eigenen, selbstständigen Kunden oder Reparaturdienst einzurichten oder zu unterhalten.

- Auch Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung oder Produktionsvereinbarungen können im Einzelfall Gegenstand einer Anwendung von § 3 GWB sein.

### Allgemeine Regelungen

Solche Konstellationen, die nicht von § 3 GWB erfasst sind, können unter bestimmten Voraussetzungen nach § 2 Abs. 1 GWB oder nach § 2 Abs. 2 i. V. m. mit den EU-Gruppenfreistellungsverordnungen des Unionsrechts freigestellt sein.

Dies betrifft etwa:

- vertikale Abreden;
- bloßes abgestimmtes Verhalten oder
- solche Kooperationen, die einen grenzüberschreitenden Bezug besitzen.

Mit der 7. GWB-Novelle ist die Vorschrift über Einkaufskooperationen kleiner und mittlerer Unternehmen (§ 4 Abs. 2 GWB a. F.) gestrichen worden, so dass das Bundeskartellamt diese künftig nach § 2 GWB und nach den unionsrechtlichen Vorschriften beurteilt. Dabei ist es wahrscheinlich, dass bei Unterschreiten einer Schwelle von 15 % gemeinsamen Marktanteils eine Einkaufskooperation nach § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt wird.

[caston.info](http://caston.info)

Beiträge zu Recht & Wirtschaft International finden Sie kostenfrei im Internet bei [caston.info](http://caston.info). Unsere Titelliste erhalten Sie auch per Mail.

### IMPRESSUM

#### HERAUSGEBER

HERFURTH & PARTNER Rechtsanwalts-gesellschaft mbH  
Luisenstr. 5, D-30159 Hannover  
Fon 0511-30756-0 Fax 0511-30756-10  
Mail [info@herfurth.de](mailto:info@herfurth.de), Web [www.herfurth.de](http://www.herfurth.de)  
Hannover · Göttingen · Brüssel  
Member of the ALLIURIS GROUP, Brussels

#### REDAKTION

Leitung: Ulrich Herfurth, Rechtsanwalt, zugelassen in Hannover und Brüssel (verantw.)

Mitarbeit: Angelika Herfurth, Rechtsanwältin, FA Familienrecht; Sibyll Hollunder-Reese, M.B.L. (HSG), Rechtsanwältin; Marc-André Delp, M.L.E., Rechtsanwalt; Martin Heitmüller, Rechtsanwalt, Maître en Droit (FR); Günter Stuff, Steuerberater; Xiaomei Zhang, Juristin (CN), Mag. iur. (D); Dennis Jlussi, Rechtsanwalt; Sabine Reimann, Rechtsanwältin (D); Araceli Rojo Corral, Abogada (ES); Thomas Gabriel, Rechtsanwalt; JUDr. Yvona Rampáková, Juristin (CR); Dr. Jona Aravind Dohrmann, Rechtsanwalt; Prof. Dr. jur. Christiane Trüe LL.M. (East Anglia); Cord Meyer, Jurist und Bankkaufmann; Dr. jur. Reinhard Pohl, Rechtsanwalt (D); Konstantin Kuhle, Rechtsanwalt (D).

#### KORRESPONDENTEN

u.a. Amsterdam, Athen, Barcelona, Brüssel, Budapest, Bukarest, Helsinki, Istanbul, Kiew, Kopenhagen, Lissabon, London, Luxemburg, Lyon, Mailand, Madrid, Moskau, Oslo, Paris, Prag, Sofia, Stockholm, Warschau, Wien, Salzburg, Zug, New York, Toronto, Mexico City, Sao Paulo, Buenos Aires, Dubai, Kairo, New Delhi, Bangkok, Singapur, Peking, Shanghai, Tokio, Sydney, Johannesburg

#### VERLAG

CASTON GmbH, Law & Business Information  
Luisenstr. 5, D-30159 Hannover,  
Fon 0511 - 30756-50 Fax 0511 - 30756-60  
Mail [info@caston.info](mailto:info@caston.info) Web [www.caston.info](http://www.caston.info)

Alle Angaben erfolgen nach bestem Wissen; die Haftung ist auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Wiedergabe, auch auszugsweise, nur mit Genehmigung der Herausgeber.