

ERWIN HERRESTHAL

**DIE PRAXIS DER MITTELSTANDS-
KOOPERATIONEN NACH § 5b GWB**



VERÖFFENTLICHUNGEN
DES FORSCHUNGSINSTITUTS FÜR WIRTSCHAFTSPOLITIK
AN DER UNIVERSITÄT MAINZ

Herausgegeben von
HELMUT DIEDERICH WERNER ZOHLNHÖFER
WALTER HAMM OTTO GANDENBERGER
HARTWIG BARTLING

Band 45

Das Forschungsinstitut für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz hat ein doppeltes Ziel: Es möchte die Grundlagen der Ordnung der Wirtschaft — Geld, Eigentum und Wettbewerb — untersuchen und hofft, Verbesserungen der geltenden Ordnung vorschlagen zu können. Daneben will das Institut von dem gewonnenen Standpunkt aus zu aktuellen Spezialfragen der Wirtschaftspolitik Stellung nehmen. Es dient weder Interessenten noch Interessentenorganisationen. Die Ergebnisse der wissenschaftlichen Arbeit des Instituts einem breiteren Kreis zugänglich zu machen, ist der Sinn dieser Schriftenreihe.

DIE PRAXIS DER MITTELSTANDS-
KOOPERATIONEN NACH § 5 b GWB

*Auslegung und Anwendung der kartellrechtlichen
Kooperationserleichterungen nach § 5 b GWB und
ihre Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation
kleiner und mittlerer Unternehmen*

von

Dr. ERWIN HERRESTHAL



DUNCKER & HUMBLOT · BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Herresthal, Erwin:

Die Praxis der Mittelstandskooperationen nach § 5b GWB:
Auslegung u. Anwendung d. kartellrechtl. Kooperations-
erleichterungen nach § 5b GWB u. ihre Auswirkungen
auf d. Wettbewerbssituation kleiner u. mittlerer
Unternehmen / von Erwin Herresthal. —

Berlin: Duncker und Humblot, 1983.

(Veröffentlichungen des Forschungsinstituts
für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz; Bd. 45)
ISBN 3-428-05496-2

NE: Forschungsinstitut für Wirtschaftspolitik (Mainz):
Veröffentlichungen des Forschungsinstituts . . .

Alle Rechte vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65

Printed in Germany

ISBN 3 428 05496 2

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
<i>Erstes Kapitel</i>	
Politische Genesis von § 5 b	
	15
<i>I. Begriff, Abgrenzung und Entwicklung der Kooperation</i> ..	15
1. Begriff und Abgrenzung der Kooperation	15
2. Entwicklung der Kooperationsidee	17
<i>II. Die Konzeption von § 5 b</i>	20
1. Förderung des Wettbewerbs	20
Exkurs: Wettbewerbstheoretische Fundierung und Kritik der Konzeption des § 5 b	24
2. Förderung des Mittelstandes	31
3. Die Kompromißlösung	36
<i>Zweites Kapitel</i>	
Auslegung des § 5 b aus der Sicht der Kartellbehörden und Analyse der Kooperationsverträge und des Kartellregisters	
	38
<i>I. Die Tatbestandsmerkmale des § 5 b aus der Sicht der Kartellbehörden</i>	38
1. Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch eine andere als die in § 5 a bezeichnete Art der zwischen- betrieblichen Zusammenarbeit	39
a) Die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge ...	39
b) Das Verhältnis von § 5 b zu § 5 a und § 5	44
c) Die zwischenbetriebliche Zusammenarbeit	46
2. Förderung der Leistungsfähigkeit kleiner und mittlere Unternehmen	47
a) Förderung der Leistungsfähigkeit	47
b) Kleine und mittlere Unternehmen	48
aa) Absolute Abgrenzungskriterien	49
bb) Relative Abgrenzungskriterien	52

c) Die Beteiligung anderer Unternehmen	54
aa) Die Beteiligung großer Unternehmen	54
bb) Die Beteiligung anderer kleiner und mittlerer Unternehmen	57
3. Die Wettbewerbsklausel	58
a) Der Begriff Beeinträchtigung des Wettbewerbs	58
b) Die nicht wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	59
aa) Die untere Grenze der nicht wesentlichen Beeinträchtigung	59
bb) Die obere Grenze der nicht wesentlichen Beeinträchtigung	61
c) Der relevante Markt	65
aa) Der sachlich relevante Markt	66
bb) Der räumlich relevante Markt	71
cc) Der zeitlich relevante Markt	72
II. Auswertung der veröffentlichten Kooperationsverträge und des Kartellregisters	73
1. Formen zwischenbetrieblicher Kooperationen	73
a) Kooperationsformen güterproduzierender Unternehmen	75
aa) Vertriebsgemeinschaften	75
α) Nur-Vertriebsgemeinschaften	76
β) Vertriebs-Produktionsgemeinschaften	80
γ) Vertriebs-Einkaufsgemeinschaften	81
bb) Produktionsgemeinschaften	82
cc) Allfunktionsgemeinschaften	83
dd) Sonstige Kooperationsformen	84
b) Kooperationsformen von Dienstleistungsunternehmen	84
aa) Vermittlungsgemeinschaften	84
α) Funkgemeinschaften	84
β) Vermittlungs- und Ausgleichsgemeinschaften	85
bb) Koordinierungsgemeinschaften	86
cc) Sortimentsgemeinschaft	86
dd) Sonstige Kooperationsformen	86

Inhaltsverzeichnis

7

2. Kooperationsformen in den verschiedenen Wirtschaftszweigen	87
3. Zahl der Unternehmen in § 5 b-Kooperationen	89
4. Kooperationsübergreifende Verflechtungen	91
a) Bereich Schotter	92
b) Bereich Kalksandstein (KS)	93
c) Leichtbauplatten	96
d) Sonstige Wirtschaftsbereiche	97
e) Gefahren der Kartellverflechtungen	97
5. Beteiligung großer Unternehmen	98

Drittes Kapitel

Die Inanspruchnahme des § 5 b aus der Sicht der kooperierenden Unternehmen: Schlussfolgerungen aus der empirischen Analyse 104

<i>I. Zielsetzung und Vorgehensweise</i>	104
1. Zielsetzung	104
2. Vorgehensweise	105
<i>II. Die Motive für die zwischenbetriebliche Zusammenarbeit nach § 5 b</i>	107
1. Ergebnis der Befragung	109
2. Die ermittelten Motive gegliedert nach Wirtschaftszweigen	112
3. Die ermittelten Motive gegliedert nach Kooperationsformen	115
<i>III. Neue Formen oder alte Kooperationen auf neuer rechtlicher Grundlage?</i>	117
<i>IV. Gründe für die schwerpunktmäßige Ausnutzung von Kooperationsformen in bestimmten Branchen</i>	122
1. Nur-Vertriebs- und Vertriebs-Produktionsgemeinschaften im Bereich Steine und Erden	123
a) Gründe für § 5 b-Kooperationen im Bereich Steine und Erden	124
aa) Homogene Massengüter als Ursache der § 5 b-Kooperationen?	124

bb) Ruinöser Wettbewerb als Ursache der § 5 b-Kooperationen?	125
cc) Die Gründungszeitpunkte der § 5 b-Kooperationen im Bereich Steine und Erden	130
dd) Zusammenfassung	138
b) Gründe für Nur-Vertriebs- und Vertriebs-Produktionsgemeinschaften	140
aa) Der empirische Befund	140
bb) Kooperation im Vertrieb wegen homogener Vertragsprodukte?	144
cc) Kooperation nur im Vertrieb auf Grund der Produktionsbedingungen?	145
c) Gründe für die Nur-Vertriebs- und Vertriebs-Produktionsgemeinschaften im Bereich Steine und Erden	147
2. Produktionsgemeinschaften im Bereich Ernährung ...	148

Viertes Kapitel

Auswirkungen der § 5 b-Kooperationen	150
<i>I. Auswirkungen auf dem Markt für Kalksandstein</i>	151
1. Auswirkungen auf die Marktstruktur	151
2. Auswirkungen auf die kooperierenden Unternehmen	160
3. Auswirkungen auf andere kleine und mittlere Unternehmen	166
4. Auswirkungen auf potentielle Anbieter	167
5. Auswirkungen auf die Nachfrager	168
<i>II. Auswirkungen auf dem Markt für Ziegel</i>	169
<i>III. Auswirkungen auf dem Markt für Dämmstoffe</i>	171
<i>IV. Auswirkungen auf dem Markt für Sand und Kies, Splitt und Schotter</i>	175
<i>V. Auswirkungen auf Märkten der übrigen Mittelstandskartelle</i>	177
1. Die COPACO-Kooperation	177
2. Die PRİŞMA-Kooperation	181

Inhaltsverzeichnis

9

3. Die Kooperation Bad Vilbeler Urquelle	183
4. Die Kooperation Stauder-Diebels	185
5. Zusammenfassung	186

Fünftes Kapitel

Zusammenfassung der Ergebnisse und wirtschaftspolitische Schlußfolgerungen 188

<i>I. Zusammenfassung der Ergebnisse</i>	188
1. Zwecksetzung des § 5 b	188
2. Ergebnisse aus dem Bereich Steine und Erden	189
3. Ergebnisse aus dem Bereich Nicht-Steine und Erden	193
<i>II. Wirtschaftspolitische Schlußfolgerungen</i>	195
1. Grundsätze einer zielwirksamen Anwendung der bestehenden Vorschrift	195
a) Sicherung der nicht wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs	195
aa) Engere Abgrenzung des relevanten Marktes ..	195
bb) Zusätzliche Erlaubnisvoraussetzungen für § 5 b-Kooperationen	197
cc) Vermeidung von Verflechtungen	200
b) Sicherung der Rationalisierung	200
c) Verhältnis von Wettbewerbsbeeinträchtigung und Rationalisierung	201
d) Intensivierung der Mißbrauchsaufsicht	202
2. Diskussion bestehender Vorschläge zur Verbesserung von § 5 b durch Gesetzesänderungen	204
a) Vorgabe fester Grenzen in § 5 b	205
b) Verlängerung der Widerspruchsfrist	208
c) Befristete Erlaubnis	208
d) Einführung der „Außenseiterklage“	210
e) Rechtsformtypisierung	212
f) Negative Abgrenzung nicht erlaubter Tatbestände	212
g) Anzeigepflicht der Unternehmen bei Marktstrukturänderungen	213

h) Kooperationskontrolle als zusätzliche Aufgabe schon bestehender Prüfungsinstitutionen	214
3. Schlußbemerkung	215
Anhang	219
Literaturverzeichnis	230
Autorenverzeichnis	241
Stichwortverzeichnis	243

Einleitung

Die Einführung des § 5 b GWB¹ durch die Zweite Kartellgesetznovelle von 1973 hat den rechtlichen Rahmen für die zulässige Kooperation zwischen kleinen und mittleren Unternehmen erweitert. Auf Grund dieser Vorschrift können Vereinbarungen über eine zwischenbetriebliche Zusammenarbeit, die unter das Kartellverbot des § 1 Abs. 1 fallen, von der zuständigen Kartellbehörde zugelassen werden, wenn durch die Kooperationsvereinbarung der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und die angestrebte Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge dazu dient, die Leistungsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu fördern.

§ 5 b verfolgt mit der Freistellung der sogenannten Mittelstandskartelle gleichzeitig mehrere Ziele der Wettbewerbs- und der Mittelstandspolitik. Einerseits sollen mit § 5 b allgemein die positiv eingeschätzten Rationalisierungswirkungen der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit gefördert werden, sofern das Ausmaß der damit verbundenen Wettbewerbsbeeinträchtigung als nicht wesentlich eingestuft wird. Andererseits erwartet der Gesetzgeber von der weitgehenden Beschränkung der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit auf kleine und mittlere Unternehmen eine höhere Intensität des Wettbewerbs mit der Folge einer besseren Erfüllung der dynamischen Wettbewerbsfunktionen. Gleichzeitig soll § 5 b mit der Möglichkeit zur Leistungssteigerung gerade kleinen und mittleren Unternehmen einen Ausgleich

¹ Der vollständige Wortlaut von § 5 b:

(1) § 1 gilt nicht für Verträge und Beschlüsse, die die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch eine andere als die in § 5 a bezeichnete Art der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit zum Gegenstand haben, wenn dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und der Vertrag oder Beschluß dazu dient, die Leistungsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen zu fördern.

(2) § 5 a Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. September 1980 (BGBl. I S. 1761). Paragraphen ohne weitere Kennzeichnung beziehen sich auf das GWB.

für größenbedingte Nachteile gegenüber großen Unternehmen geben.

Die weitgehend offene Formulierung der Vorschrift des § 5 b wirft eine Reihe von Fragen hinsichtlich der Wirkungen der § 5 b-Kooperationen auf: Nutzen die an den Kooperationen beteiligten Unternehmen die Vereinbarungen tatsächlich zur Leistungssteigerung oder steht bei der überwiegenden Mehrzahl dieser Kartelle nicht doch die legal vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung im Vordergrund? Welche Auswirkungen haben diese § 5 b-Kooperationen auf den relevanten Märkten? Ist es den Unternehmen durch die Kooperationsverträge eventuell gelungen, den bestehenden intensiven Wettbewerb zu mindern und marktumfassende Kartelle zu gründen? Haben die Unternehmen also die Chance zur Oligopolisierung oder gar Monopolisierung verschiedener Märkte genützt?

Auslegung und Anwendung der kartellrechtlichen Kooperationserleichterungen nach § 5 b und ihre Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation kleiner und mittlerer Unternehmen haben bisher in der Literatur vergleichsweise wenig Beachtung gefunden. In der vorliegenden Studie wird versucht — hauptsächlich mit Hilfe empirischer Untersuchungen —, einen Teil der offenen Fragen zu beantworten.

Die Studie gliedert sich — neben der Darstellung der politischen Genesis des § 5 b und den wirtschaftspolitischen Schlußfolgerungen — in drei Teile: Sie behandelt nacheinander die Auslegung, die Anwendung und die Auswirkungen der Kooperationserleichterungen nach § 5 b.

Die Auslegung der kartellrechtlichen Kooperationserleichterungen nach § 5 b umfaßt sowohl die konkretisierende Interpretation der Tatbestandsmerkmale als auch die Auswertung der offiziellen Informationen zu den genehmigten Kooperationen. Die Auffassung der Kartellbehörden — sowohl des Bundeskartellamts als auch der betroffenen Landeskartellbehörden — und die in der Literatur geäußerten Auffassungen zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 5 b bilden einen Schwerpunkt dieses Teils. Daneben werden die im Bundesanzeiger veröffentlichten Kartellverträge und das Kar-

tellregister unter verschiedenen Aspekten (wie zum Beispiel nach Formen der zwischenbetrieblichen Zusammenarbeit, Verteilung auf die einzelnen Wirtschaftszweige, Anzahl der kooperierenden Unternehmen, Verflechtung der Kooperationen untereinander, Beteiligung von großen Unternehmen) analysiert.

Demgegenüber setzt der Überblick über die Anwendung der kartellrechtlichen Kooperationserleichterungen nach § 5 b direkt bei den kooperierenden Unternehmen an. Damit soll die tatsächliche Zielsetzung der beteiligten Unternehmen ermittelt werden, die eventuell von den in den Gesprächen und den in offiziellen Stellungnahmen der Kartellbehörden geäußerten Vorstellungen abweicht. In eingehenden Gesprächen und mit Hilfe eines Fragebogens wurden deshalb etwa 30 Prozent der kooperierenden Unternehmen insbesondere nach ihren Motiven für eine Zusammenarbeit nach § 5 b befragt, um die Gründe für die fast ausschließliche Inanspruchnahme der Vertriebsgemeinschaft mit Andienungszwang im Bereich Steine und Erden zu ermitteln. Da vor allem im Bereich Steine und Erden seit Jahren eine Zusammenarbeit im kartellfreien Raum üblich ist, wurde zusätzlich geprüft, ob mit § 5 b neue Kooperationen und neue Formen der Zusammenarbeit gefördert wurden oder inwieweit es sich um alte Kooperationen auf einer neuen rechtlichen Grundlage handelt.

Die wettbewerbs- und mittelstandspolitischen Auswirkungen von Auslegung und Anwendung sind Gegenstand des dritten Teils. Die Untersuchung mußte sich hier auf einige ausgewählte Teilmärkte beschränken, die — wegen der oben angesprochenen großen Bedeutung — aus dem Bereich Steine und Erden ausgewählt wurden. Dabei wurden insbesondere die Auswirkungen auf die Marktstruktur analysiert. Ein Vergleich der Preise vor und nach Bestehen der sogenannten Mittelstandskartelle hätte einen wesentlichen Beitrag zur Analyse der Wettbewerbswirkungen liefern können. Allerdings weichen die effektiven Preise bereits durch eine veränderte individuelle Handhabung der Rabatte häufig wesentlich von den veröffentlichten Preislisten ab. Darüber hin-