



Stellungnahme

Entwurf Leitlinien für die Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht

(Stand: Mai 2021)

Vorab ist die kurze Stellungnahmefrist von weniger als 3 Wochen zu kritisieren. Vor über 2 Jahren ist der Fragenkatalog des Bundeskartellamts, der in die Leitlinien einfließen sollte, durch DGRV – Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e. V. (DGRV), Deutscher Raiffeisenverband e. V. (DRV) und DER MITTELSTANDSVERBUND – ZGV e. V. (ZGV) beantwortet worden. Das Zeitverhältnis zwischen Erstellung der Leitlinien und Konsultation ist unausgewogen. Eine sachgerechte Auseinandersetzung, insbesondere der Dialog mit den betroffenen Mitgliederkreisen, ist in der Kürze der Zeit nicht abschließend möglich gewesen.

Dies vorausgeschickt nehmen DGRV, DRV und ZGV gemeinsam zum Entwurf der Leitlinien für die Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht des Bundeskartellamts wie folgt Stellung.

I. Ausgangspunkt Koalitionsvertrag – Zielsetzung nicht erfüllt

Ausgehend von der Zielsetzung im Koalitionsvertrag 2018 von CDU, CSU und SPD sollten für die Vereinbarkeit des Kartellrechts mit dem Genossenschaftswesen, **das gestärkt werden sollte**, Leitlinien für die Vereinbarkeit mit dem deutschen Kartellrecht entwickelt werden.

Es ist zu begrüßen, dass das Bundeskartellamt mit dem nun vorgelegten Entwurf der Leitlinien für die Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht den Versuch unternimmt, genossenschaftlich organisierten Unternehmen die Orientierung zu erleichtern, welche kartellrechtlichen Spielräume für Kooperationen innerhalb und außerhalb des genossenschaftlichen Verbundes bestehen.

Allerdings sehen wir die Zielsetzung des Koalitionsvertrages, die Stärkung des Genossenschaftswesens durch die Entwicklung von Leitlinien, mit dem vorliegenden Entwurf von Leitlinien aus den nachfolgenden Gründen insgesamt nur in wenigen Ansätzen als erfüllt an.

Positiv hervorzuheben ist zunächst, dass das Bundeskartellamt die Relevanz und Wichtigkeit von Genossenschaften und Verbundgruppen in Deutschland grundsätzlich anerkennt und feststellt, dass Kooperationen innerhalb und außerhalb des genossenschaftlichen Verbandes eine Vielzahl von Effizienzen generieren und damit letztlich den Wettbewerb stärken können (Rz. 1 u. 15), dass es genossenschaftliche Besonderheiten gibt (Rz. 23), dass Genossenschaften eine besondere Funktion haben (Rz. 75) und es Wertungen im Kartellrecht gibt, die eng mit dem genossenschaftlichen Förderauftrag verwandt sind (Rz. 45 a. E.). Herauszustellen ist dabei, dass das Bundeskartellamt seine Ausführungen nicht nur auf Unternehmen beschränkt, die in der Rechtsform der Genossenschaft im Sinne des Genossenschaftsgesetzes organisiert sind, sondern alle überbetrieblichen Organisationsformen für kleine und mittlere Unternehmen mit einem gemeinsamen Förderzweck, mithin sämtliche Verbundgruppen, einschließt. Insofern ist es auch folgerichtig, dass das Bundeskartellamt in dem Entwurf der Leitlinien allgemein von Genossenschaften und genossenschaftlichen Verbundgruppen spricht.

Diese positiven Ansätze werden jedoch entweder durch Folgeaussagen in den Leitlinien so stark relativiert, dass der Aussagegehalt der Leitlinien gering bleibt, in dem z. B. die kartellrechtlichen Grenzen als Drohkulisse angeführt werden (vgl. z. B. Rz. 2), verbunden mit dem mahnenden Hinweis, dass Genossenschaften vom Kartellrecht nicht ausgenommen sind (Rz. 75 a. E), oder es erfolgt eine Relativierung durch eine Vielzahl an Verweisen auf Einzelfallprüfungen.¹

Hinzu kommt, dass durch die plakative Darstellung und Erläuterungen von besonderen Ausnahmesachverhalten, wie z. B. das Verfahren zu den Rohmilchlieferebedingungen, der (falsche) Eindruck entsteht, dass der besondere Einzelfall in der kartellrechtlichen Betrachtung als Ausnahme zum Regelfall wird und dadurch ein genereller Vorrang des Kartellrechts vor dem Genossenschaftsrecht bestünde.² Hieran ändert auch die nachfolgende Ergänzung in Rz. 82, dass *„die Wertungen des Genossenschaftsrecht sowie die dem Genossenschaftswesen zugrundeliegenden Prinzipien (Förder- und Identitätsprinzip) – je nach konkreter Ausprägung im konkreten Fall – im Rahmen der Einzelfallprüfung zu berücksichtigen“* sind, nichts, denn diese unter Vorbehalt gestellte Aussage vermag die vorherige Wertung nicht mehr einzuschränken.

Die Darstellung in den Leitlinien erscheint insgesamt durch die Vielzahl an Vorbehalten und Relativierungen wenig ausgewogen, obwohl generell weder dem Genossenschaftsgesetz noch dem Kartellrecht ein Vorrang zukommt (vgl. zutreffend Rz. 78).

¹ Vgl. exemplarisch Rz. 8, 18, 30, 43, 76, 78, 82, 86, 97, 99, 134, 136 u. 139.

² Vgl. exemplarisch die Ausführungen bei Rz. 81 zur kartellrechtlichen Beurteilung des Verhältnisses zwischen den Genossenschaften und ihren Mitgliedern in der Praxis unter D.I.1.

Es fehlt eine klare Abgrenzung zulässigen Verhaltens von unzulässigem Verhalten wie sie beispielsweise die EU-Kommission in ihren Leitlinien zur Anwendbarkeit des Kartellverbots auf horizontale und vertikale Vereinbarungen vornimmt. Auch die Leitlinien des Bundeskartellamts zum Preisbindungsverbot im Lebensmitteleinzelhandel geben mehr Rechtssicherheit als der vorliegende Entwurf.

Dies dürfte bei den Genossenschaften und Verbundgruppen nicht zu mehr Rechtssicherheit, sondern eher zur Verunsicherung führen, weshalb wir durch den vorliegenden Leitlinienentwurf insgesamt keine Stärkung des Genossenschaftswesens erkennen können, auch wenn wir die positiven Ansätze nicht verkennen. Weniger Vergangenheitsbetrachtung und mehr Zukunftsorientierung der Leitlinien wäre wünschenswert gewesen.

Nachfolgend gehen wir detaillierter auf einzelne Aspekte der Leitlinien ein.

II. Immanenzgedanke

1. Allgemeines

Zwar stellt das Bundeskartellamt im Entwurf der Leitlinien richtigerweise auch auf den Immanenzgedanken ab, wodurch wettbewerbsbeschränkende Vertragspflichten und Verhaltensweisen der einen oder anderen Vertragspartei hingenommen werden können, wenn sie denkbare mit der Vertragsbeziehung verbunden sind.³ Das Bundeskartellamt verneint indes in europarechtswidriger Weise das vom Bundesgerichtshof (BGH) und vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Genossenschaftsprivileg als besondere Ausprägung des Immanenzgedankens.⁴ Damit wendet das Bundeskartellamt im Entwurf der Leitlinien sowie den dortigen Ausführungen bis dato nur den allgemeinen Immanenzgedanken auf Genossenschaften an, trägt aber den Besonderheiten des Genossenschaftswesens nicht hinreichend Rechnung.

Unter dem sog. Immanenzgedanken versteht man eine teleologische Reduktion des Kartellverbots in denjenigen Fällen, in denen die Anwendung des Kartellverbots auf bestimmte wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zu widersinnigen Ergebnissen führen würde, die auch unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsschutzes nicht mehr gerechtfertigt werden könnten.⁵

³ BKartA, Entwurf der Leitlinien für die Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht, Mai 2021, Rz. 42 (im Folgenden: BKartA, Genossenschafts-Leitlinien)

⁴ BKartA, Genossenschafts-Leitlinien Rz. 76 f.: „*Insbesondere existiert kein spezifisches „Genossenschaftsprivileg“ im Kartellrecht.*“

⁵ Kling/Thomas, Kartellrecht, 1. Teil. Europäisches Kartellrecht § 5. Das Kartellverbot des Art. 101 AEUV Rz. 227.

Diesen Gedanken hat der BGH aufgegriffen und in seiner Entscheidung im Fall der Taxigenossenschaft Folgendes ausgeführt:

„Auch wenn der Satzungsbeschluss der Genossenschaft den Tatbestand des § 1 GWB erfüllt, so ist diese Vorschrift gleichwohl nicht anwendbar, soweit die in der Satzungsbestimmung enthaltene Wettbewerbsbeschränkung ‚genossenschafts-immanent‘, das heißt erforderlich ist, um den Zweck oder die Funktionsfähigkeit der Genossenschaft zu sichern.“⁶

Auch der Europäische Gerichtshof hat diese Grundsätze in seiner Rechtsprechung zu Art. 101 AEUV bzw. der Vorgängernorm in Art. 85 EWG-Vertrag auf Genossenschaften angewendet und konkretisiert. Danach führt der Immanenzgedanke bei Genossenschaften zu einer Legitimation von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen, soweit die für die Mitglieder der Genossenschaft geltenden Beschränkungen notwendig sind, um ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Genossenschaft zu gewährleisten („Genossenschaftsprivileg“).⁷ Zur objektiven Notwendigkeit im Sinne des Immanenzgedankens hat das EuG im Fall Mastercard ausgeführt:

„Wäre die Hauptmaßnahme ohne die Beschränkung nur schwer oder gar nicht zu verwirklichen, so kann die Beschränkung als objektiv notwendig zu ihrer Verwirklichung betrachtet werden.“⁸

Die Verwaltungspraxis des Bundeskartellamts darf jedoch im Bereich des Kartellverbots nicht zur Untersagung von Verhaltensweisen führen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, aber den Wettbewerb im Sinne der Rechtsprechung zum Europäischen Kartellverbot nicht einschränken.⁹

Nach der vom EuGH entwickelten Formel liegt eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten vor, wenn eine wettbewerbsbeschränkende Maßnahme unter Berücksichtigung der Gesamtheit objektiver rechtlicher oder tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt, dass sie unmittelbar oder mittelbar,

⁶ BGH, Beschl. v. 10.11.1992, BB 1993, 1899.

⁷ Vgl. EuGH v. 15.12.1994 – Rs. C-250/92, Slg. 1994, I-5641 Tz. 35 – Gøttrup-Klim u. a.

Grovvareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvareselskab: *„Es ist jedoch zuzugeben, dass eine Bestimmung in einer Satzung einer Bezugsgenossenschaft, die die Möglichkeit ihrer Mitglieder beschränkt, sich an anderen, konkurrierenden Formen der Zusammenarbeit zu beteiligen, und sie auf diese Weise davon abhält, sich anderweitig einzudecken, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb haben kann. Um nicht unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1 EWG-Vertrag [jetzt: Art. 101 Abs. 1 AEUV] zu fallen, dürfen den Mitgliedern durch die Satzung einer Bezugsgenossenschaft nur solche Beschränkungen auferlegt werden, die notwendig sind, um das ordnungsgemäße Funktionieren der Genossenschaft sicherzustellen und ihre Vertragsgestaltungsmacht gegenüber den Erzeugern zu erhalten.“*

⁸ EuG v. 24.5.2012 – Rs. T-111/08, ECLI:EU:T:2012:260 Tz. 80.

⁹ Art. 3 Abs. 1 Verordnung (EU) 1/2003.

tatsächlich oder der Möglichkeit nach den Warenverkehr zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise beeinflusst, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein könnte.¹⁰ Der Begriff des Handels beschreibt nicht nur den Handel mit Waren, sondern den gesamten Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten.¹¹ Maßnahmen, deren wettbewerbsbeschränkende Wirkungen sich auf das gesamte Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates erstrecken, sind in der Regel zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten geeignet, weil sie schon ihrem Wesen nach die Abschottung nationaler Märkte verfestigen und die gewünschte Marktintegration verhindern können.¹²

Genossenschaften (z. B. Arla) sind sowohl als Nachfrager als auch als Anbieter auf Märkten tätig, die vom Bundeskartellamt und von der Europäischen Kommission national abgegrenzt werden.¹³

Die pauschale Ablehnung des aus dem Immanenzgedanken erwachsenen Genossenschaftsprivilegs widerspricht daher bereits grundsätzlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Kartellverbot und ist daher europarechtswidrig.

2. Verhältnismäßigkeit

Eine in diesem Sinne das Genossenschaftsprivileg verkennende Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes wäre darüber hinaus auch unverhältnismäßig und rechtswidrig.

Das Bundeskartellamt missdeutet bislang die besondere Ausprägung des Immanenzgedankens bei Genossenschaften durch die Rechtsprechung auch des Europäischen Gerichtshofs. Während das Bundeskartellamt im Entwurf der Leitlinien offenbar verlangt, dass Wettbewerbsbeschränkungen den kartellrechtsneutralen Leistungsaustausch erst ermöglichen, um diesem immanent und damit zulässig zu sein,¹⁴ ist nach der Rechtsprechung für eine Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen bereits ausreichend, dass die wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen notwendig sind, um ein ordnungsgemäßes Funktionieren der Genossenschaft zu gewährleisten.¹⁵

¹⁰ Bechtold/Bosch/Brinker/Bechtold/Bosch/Brinker, 3. Aufl. 2014, AEUV Art. 101 Rz. 110.

¹¹ Ebenda, Rz. 111 m. w. N.

¹² Ebenda, Rz. 114 m. w. N.

¹³ Vgl. BKartA, Endbericht Sektoruntersuchung Milch 2012, B2-19/08, S. 27 m. w. N.: „Eine generalisierende Aussage für alle Molkereiprodukte ist daher nur insoweit möglich, als die Märkte im Regelfall jedenfalls nicht lokal oder regional, sondern mindestens bundesweit abzugrenzen sind. Dieser einzelfallbezogene differenzierte Ansatz entspricht der Praxis der Europäischen Kommission.“

¹⁴ BKartA, ebenda.

¹⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 15.12.1994 – Rs. C-250/92, Slg. 1994, I-5641 Tz. 35 – Gøttrup-Klim u. a.

Dies ist nach der Rechtsprechung des BGH unter Berücksichtigung des Geschäftsgegenstands und der Struktur der betreffenden Genossenschaft generalisierend zu beurteilen. Es kommt darauf an, ob eine Wettbewerbsbeschränkung des betreffenden Inhalts typischerweise erforderlich ist, um den Zweck oder die Funktionsfähigkeit einer solchen Genossenschaft zu sichern. Voraussetzung ist weiter, dass der Zweck und die Struktur der betreffenden Genossenschaft als solche kartellrechtsneutral sind.¹⁶

Genossenschaften sind nicht nur kartellrechtsneutral, sondern nach dem Sinn und Zweck des GWB wünschens- und privilegierungswert. Sie sind die demokratischste Gesellschaftsform und dienen gerade auch kleineren und mittleren Unternehmen sowie Existenzgründern als Plattform, um mit bereits etablierten integrierten Konzernen in Wettbewerb treten zu können. Genossenschaften schaffen Skaleneffekte in Einkauf und Vertrieb, Zugang zu Finanzierungsmöglichkeiten sowie effiziente Produktionsstrukturen, ohne die ihre Mitglieder nicht wettbewerbsfähig wären. Dies gilt umso mehr im Zeitalter der Digitalisierung. Genossenschaften können beispielsweise die Auffindbarkeit ihrer Mitglieder im Internet durch die Errichtung und den Betrieb eines gemeinsamen Onlineangebots überhaupt erst ermöglichen.

Dabei steht jedem einzelnen Mitglied das mitgliedschaftliche Recht zu, durch den genossenschaftlichen Geschäftsbetrieb nach Maßgabe der Satzung betriebs- oder hauswirtschaftlich gefördert zu werden. Der Vorstand und der Aufsichtsrat der Genossenschaft sind kraft Bundeskartellamtes (§§ 34 Abs. 1 Satz 1, 38 Abs. 1 Satz 1 GenG) verpflichtet, den mitgliedernützlichen Förderzweck geschäftspolitisch einzuhalten und nachhaltig zu verfolgen.¹⁷ Damit korrespondiert die genossenschaftliche Treuepflicht des Mitglieds gegenüber seiner Genossenschaft. Der besondere genossenschaftliche Treuegedanke beruht auf dem genossenschaftlichen Förderzweck und ist eng verbunden mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Treuepflicht ist Ausdruck einer allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Loyalitätspflicht und richtet sich vor allem an die Mitglieder. Jedes Mitglied hat solche Handlungen zu unterlassen, die die Genossenschaft in ihrer Aufgabe beeinträchtigen, ihre sich aus Gesetz und Satzung ergebenden Förderaufgaben wahrzunehmen.¹⁸ Das Synallagma von Förder- und Treuepflichten ist den Genossenschaften immanent.

3. Beispiele

Bei der nach der Rechtsprechung gebotenen generalisierenden Betrachtung sind insbesondere folgende potenzielle Wettbewerbsbeschränkungen typischerweise erforderlich,

¹⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 10.11.1992, BB 1993, 1899.

¹⁷ Beuthien, NZG 2020, 681.

¹⁸ Flaute in: Hannemann/Wiegner, Münchener Anwaltshandbuch MietR, 5. Aufl. 2019, § 33 Rz. 189 m. w. N.

um den Zweck oder die Funktionsfähigkeit einer Genossenschaft oder Verbundgruppe zu sichern. Dabei führt die Immanenz einer Wettbewerbsbeschränkung im Innenverhältnis zugleich auch zur Zulässigkeit ihrer Wirkungen im Außenverhältnis der Genossenschaft und ihrer Mitglieder zu Dritten.¹⁹

Folgende potenzielle Wettbewerbsbeschränkungen sind genossenschaftsimmanent und daher unseres Erachtens insgesamt kartellrechtlich zulässig (auf Einzelne davon wird weiter unter gesondert und ausführlich eingegangen):

- Doppelmitgliedschafts- und Wettbewerbsverbote sind – wie der BGH im Fall der Taxigenossenschaften verkannt hat – notwendig, um Geschäftsgeheimnisse zu wahren, dem Förderzweck zugunsten der eigenen Genossenschaftsmitglieder entsprechen zu können und genossenschaftsschädlichen Verstößen gegen § 1 GWB im externen Verhältnis von mehreren Genossenschaften zueinander vorzubeugen. Im Fall von Vertriebsgenossenschaften, die sich über Provisionsmodelle refinanzieren, oder im Fall von Einkaufsgenossenschaften können solche Verbote auch notwendig sein, um Kosten für digitale Infrastruktur o. ä. amortisieren zu können;²⁰
- Kündigungsfristen des einzelnen Mitglieds gegenüber der Genossenschaft von bis zu 10 Jahren zum Schutz des Eigenkapitals der Genossenschaft (Gläubigerschutz, vgl. nachfolgend unter V.);

Andienungs- und Abnahmepflichten der Mitglieder gegenüber der Genossenschaft sind eine Ausprägung der genossenschaftlichen Treuepflicht der Mitglieder. Die Genossenschaft kann ihrem Förderauftrag nur gerecht werden, wenn die für den Genossenschaftsbetrieb entstehenden Kosten effizient auf alle Mitglieder umgelegt werden können. Dazu sind Andienungs- und Abnahmepflichten für alle Mitglieder gleichermaßen notwendig. Ein Cherry-Picking der Mitglieder könnte die Existenz von Genossenschaften gefährden, weil eine selektive Wahrnehmung von Angeboten der Genossenschaft die für den Betrieb notwendigen Skaleneffekte und damit die Attraktivität der Mitgliedschaft in der Genossenschaft entfallen lassen würde;

- Beteiligungspflicht des Mitglieds an zeitlich und sachlich begrenzten Vermarktungsaktionen;
- Genossenschaftsinterner Austausch von Plattform-Daten wie z. B. Transaktions- und Kundendaten, Daten zu Kaufverhalten, Kundenreaktionen und produktbezogene Daten zum Nutzen der teilnehmenden Mitglieder und zur Gewährleistung des

¹⁹ A. A. BKartA, Genossenschafts-Leitlinien, Rz. 73 ff. m. w. N.

²⁰ Insofern zu Recht: BKartA, Genossenschafts-Leitlinien, Rz. 44 m. w. N.

förderwirtschaftlichen Auftrags, wenn die Genossenschaft oder Verbundgruppe selbst als Plattform oder E-Commerce-Marktplatz agiert;

- Preisbindung in Genossenschaften und anderen förderwirtschaftlichen Verbundgruppen insbesondere im Bereich des E-Commerce über zeitlich begrenzte Vermarktungsaktionen²¹ hinaus;
- Change of control-Klauseln zulasten der Mitglieder (keine Beteiligung von Dritten an den Mitgliedern während der Mitgliedschaft);
- Gebietsschutz für die Mitglieder zur Vermeidung von genossenschaftsschädlichen Mitgliederstreitigkeiten und Kanibalisierungseffekten;
- Informationsaustausch von Einkaufskonditionen und anderen Einkaufs-Parametern (Mengen, Zeiträume etc.) nicht nur auf horizontaler Ebene innerhalb von Genossenschaft und Verbundgruppen (z.B. in Einkaufsausschüssen oder ähnlichen Gremien), sondern auch für den Fall, dass ein Mitglied der Genossenschaft im Namen der Genossenschaft die Verhandlungen mit dem Lieferantenpartner führt;
- Informationsaustausch im Bereich Betriebsvergleich/Benchmarking zu wirtschaftlichen Kennzahlen wie Umsatz, Flächenumsatz, Umsatzanteile bei bestimmten Vertragslieferanten sowie Kosten, ohne Aggregation, Anonymisierung und Verwendung historischer Zahlen, wenn der Betriebsvergleich durch die Genossenschaft oder Verbundgruppe durchgeführt wird.

III. Verhältnis der Genossenschaften zu ihren Mitgliedern (sog. Binnenverhältnis, Rz. 74 ff.)

Mit den Leitlinien liegt grundsätzlich eine Fallsammlung der bisher durch das Bundeskartellamt entschiedenen bzw. aufgegriffenen Sachverhalte vor. Problematisch ist aus unserer Sicht vor diesem Hintergrund die Aufnahme von Sachverhalten, die nicht zu einer abschließenden Entscheidung gelangt sind, sondern eingestellt wurden.²² Die Darstellung von vermeintlichen Grenzen des Kartellrechts ohne abgeschlossenes Fallbeispiel, bei der Gegenargumente nicht berücksichtigt wurden, halten wir nicht für geboten. Insbesondere aus diesem eingestellten Verfahren werden starke Eingriffsmöglichkeiten in das Genossenschaftsrecht skizziert, die lenkend in die gesellschaftsrechtlichen Innenstrukturen der Genossenschaften eingreifen und so den tatsächlich kartellrechtlichen Ansatz vermissen lassen. Diese Elemente der Leitlinien tragen dazu bei, dass dem politischen Willen der Stärkung der genossenschaftlichen Rechtsform, der in den Koalitionsvertrag Eingang gefunden hat, gerade nicht Rechnung getragen wird. Zudem bleibt angesichts der fortlaufenden Hinweise auf eine notwendige Selbsteinschätzung

²¹ Vgl. Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen (C 130/46), Rz. 225.

²² Bundeskartellamt, B2-43/16 – Milchlieferbedingungen und Bundeskartellamt.

(Rz. 49 f.) oder eine grundsätzlich notwendige Einzelfallentscheidung (u. a. Rz. 139) eine erhebliche Rechtsunsicherheit bestehen.

Zum besseren Verständnis, insbesondere der landwirtschaftlichen Genossenschaften und ihrer Mitgliederbeziehung, sollten die gesellschaftsrechtlichen Strukturen, die das GenG vorgibt bzw. erlaubt, stärker anerkannt werden. Die eingetragene Genossenschaft ist eine personalistisch ausgestaltete Gesellschaft mit nicht geschlossener Mitgliederzahl. Anders als bei den Kapitalgesellschaften steht bei ihr die personenbezogene Struktur im Vordergrund, die sich wiederum aus der Eigenart des genossenschaftlichen Förderzwecks erklärt. Im Mittelpunkt der Genossenschaft steht der Förderzweck, den § 1 Abs. 1 GenG vorgibt. Zweck der Genossenschaft ist gerade die Förderung des einzelwirtschaftlichen Betriebes des (landwirtschaftlichen) Mitgliedes und so findet sich die Regelung des § 1 Abs. 1 GenG in den Satzungen der Genossenschaften, u. a. bei Verwertungsgenossenschaften wie beispielsweise von Molkerei-, Obst- und Gemüse und Winzergenossenschaften, nahezu wortgleich wieder. Zweck ist, Erwerb oder Wirtschaft der Mitglieder durch den gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern. Das von den Mitgliedern aufzubringende und gemeinschaftlich zu erwirtschaftende Gesellschaftsvermögen soll in erster Linie dazu dienen, die im Sinne dieses Förderzwecks vorgesehenen wirtschaftlichen Leistungen für die Mitglieder nach § 1 Abs. 1 GenG zu erwirtschaften. Somit liegt zwischen den Mitgliedern und ihrer Genossenschaft entgegen der Auffassung des Bundeskartellamtes (Rz. 76) im Binnenverhältnis eine gesellschaftsrechtliche Einheit vor.

Daher ist eine kartellrechtliche Kontrolle des Binnenverhältnisses, d. h. eine weitgehende kartellrechtliche Kontrolle der innergesellschaftsrechtlichen Handlungen betreffend die Mitglieder als Eigentümer und ihrer Genossenschaft bereits grundsätzlich nicht kartellrechtlich geboten. Kartellrechtliche Eingriffe sollten sich dagegen auf das Außenverhältnis zu Wettbewerbern und Endkunden beschränken. Soweit das demokratische Prinzip anerkannt wird (Rz. 80), ist kein Raum für einen kartellrechtlichen Eingriff in diese Binnenstrukturen zum Schutz der Mitglieder, die Beschlüssen nicht zugestimmt haben. Grundsätzlich sehen wir in den Gestaltungsmöglichkeiten des GenG daher entgegen den Ausführungen in den Leitlinien keinen Konflikt mit dem Kartellrecht. Hierbei erkennen wir an, dass das Kartellrecht, wenn und sofern konkrete Verletzungen belegt sind, auch gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen in Einzelfällen Grenzen aufzeigen können muss. Der in den Leitlinien dargelegte grundsätzliche Ansatz ist jedoch nicht nachvollziehbar.

Soweit in Rz. 5 ausgeführt wird, dass eine Genossenschaft den Interessen der Mitglieder zuwiderhandeln oder die Mitgliedschaft (aufgrund der Marktstruktur) nicht als freiwillig im kartellrechtlichen Sinn angesehen werden kann, benötigen die Mitglieder nicht den Schutz des Kartellrechts. Eine Genossenschaft, die vertreten durch den Vorstand, wider die kollektiven Interessen der Mitglieder handelt, ist über das Genossenschaftsgesetz ausreichend geschützt.

Das GenG sieht austarierte Governance-Regelungen vor, um im genossenschaftlichen Binnenverhältnis den Vorstand zu einer Geschäftspolitik zu bewegen, die mit den Mitgliederinteressen im Einklang stehen.

Insbesondere ein Schutzbedürfnis des Mitglieds vor der Genossenschaft, welches Eingriffe des Bundeskartellamtes erforderte, ist auch bei den in den Leitlinien angesprochenen Fällen der Verwertungsgenossenschaften (Rz. 81 ff.) nicht gegeben. Das einzelne Mitglied hat sich – wie das Bundeskartellamt zu Recht anerkennt – freiwillig als Gesellschafter die Struktur einer Genossenschaft ausgesucht, um in ihr und mit ihr zu arbeiten. Hierbei spielen die demokratischen Grundsätze der Entscheidungsfindung innerhalb der Genossenschaft eine maßgebliche Rolle, da diese den Mitgliedern deren Einflussmöglichkeiten sichern.

Der Verweis auf „*die Lieferbeziehung mit einem Großunternehmen*“ (Rz. 81 a. E.) ist nicht geeignet, diese rechtliche Wertung entscheidend zu ändern. „Großunternehmen“ sind keine kartellrechtliche Kategorie, an die rechtliche Folgen geknüpft werden. Im Binnenverhältnis der Genossenschaften bleibt aufgrund des Genossenschaftsprivilegs in den allermeisten Fällen kein Raum für eine Anwendung des Kartellrechts (s. o. II. 1). Wir regen daher an, den in den Rz. 79 der Leitlinien anklingenden kritischen Ton und Verweise auf eine angebliche kritische Größe der Genossenschaften zu modifizieren.

Besonders fraglich erscheint in diesem Zusammenhang das (nur hier auftretende) Zitieren der Tagespresse (Fußnote 60), die keine geeignete Quelle für eine wissenschaftlich fundierte kartellrechtliche Beurteilung sein kann. Da zudem in dem zitierten Zeitungsartikel Verfahren des Bundeskartellamts als Grundlage der journalistischen Thesen angeführt werden, beruft sich das Bundeskartellamt zum Beleg der Befunde seiner Leitlinien im Wege eines Zirkelschlusses auf das Medienecho auf die eigenen Verfahren. Dies lässt eine unangemessene Politisierung der kartellrechtlichen Stellungnahme befürchten.

Zweck einer Verwertungsgenossenschaft ist die unmittelbare Vermarktung oder die Be- und Verarbeitung sowie die anschließende Vermarktung der von den Mitgliedern produzierten Erzeugnisse. Grundsätzlich steht also neben der Erfassung der von den Mitgliedern gewonnenen Erzeugnisse, die Vermarktung und die gesamte Palette der Weiterverarbeitung bis hin zum Absatz der be- und verarbeiteten Produkte im Mittelpunkt der Zweckerfüllung. Der Erzeuger hat somit mit seiner Verwertungsgenossenschaft eine Förderbeziehung, die Mitbestimmungsrechte und Demokratieverantwortung in den Organen, allen voran in der Generalversammlung beinhaltet. Wichtiger Kernpunkt ist dabei immer eine verlässliche Lieferbeziehung zwischen den Erzeugern und ihrer Genossenschaft. Hierbei wird in den Satzungen der gesetzliche Rahmen des GenG genutzt und zum großen Teil noch nicht einmal ausgeschöpft. Im Vordergrund stehen vor allem die demokratischen Prinzipien, die zumindest grundsätzlich anerkannt werden.

IV. Entkoppelung Mitgliedschaft und Lieferpflichten (Rz. 84 ff.)

Die in den Leitlinien angesprochene Entkoppelung von Lieferverhältnissen und Genossenschaftsmitgliedschaften (Rz. 12, 84 ff.) widerspricht dem Sinn und Zweck der Genossenschaft. Betroffen hiervon sind wiederum sämtliche Verwertungsgenossenschaften, z. B. Molkerei-, Winzer-, Obst- und Gemüse- oder Trocknungsgenossenschaften. Wie auch andere Genossenschaften ist eine Verwertungsgenossenschaft gegründet worden, um Erwerb und Wirtschaft ihres Mitglieds zu fördern. Werden Lieferverhältnis und Mitgliedschaftsverhältnis entkoppelt, so wird die Erfüllung des Zwecks des Unternehmens konterkariert und der gesetzliche Förderauftrag gefährdet. Dem Immanenzgedanken (s.o. II.) und dem aus diesem erwachsenen Genossenschaftsprivileg wird somit in keiner Weise Rechnung getragen.

Unter Rz. 60 wird zutreffend ausgeführt, dass nach den genossenschaftlichen Prinzipien der Selbsthilfe und Selbstverwaltung Genossenschaften wirtschaftliche Geschäfte vor allem mit und für ihre Mitglieder schließen (sog. Identitätsprinzip). Der Verweis auf die Durchbrechung des Identitätsprinzips durch die gesetzliche Regelung in § 8 Abs. 1 Nr. 5 GenG bzw. auf die Zulässigkeit des Nichtmitgliedergeschäfts nach den Satzungen ändert nichts an diesem Grundsatz, denn es handelt sich hierbei um Ausnahmefälle.

Auch eine Genossenschaft benötigt einen gewissen Planungshorizont und verfolgt eine Risikoeinschätzung und gegebenenfalls Mischkalkulation über mehrere Jahre. Ein weitgehend willkürliches „Kommen und Gehen“ der Mitglieder verträgt sich daher bereits grundsätzlich nicht mit der wirtschaftlichen Funktion einer Genossenschaft. Es erschließt sich auch nicht, warum die Vielgestaltigkeit der Interessenlage der Mitglieder und ihrer Genossenschaft in den Leitlinien nicht angemessen berücksichtigt wird. So kann sich beispielsweise jeder Erzeuger frei entscheiden, an wen er seine Produkte liefern möchte. Hat er sich für eine Genossenschaft entschieden, so regelt er als Miteigentümer die Anlieferung über Satzung und Anlieferungsordnung mit. Gleichmaßen kann er sich an ein nicht genossenschaftliches Unternehmen wenden und dort einen schuldrechtlichen Vertrag abschließen. Insofern würde das Korrektiv des Kartellrechtes nur dann greifen, wenn die Vertragsbedingungen gegen kartellrechtliche Grundsätze verstoßen würden. Der generelle Eingriff in die inneren Strukturen durch die in den Leitlinien angesprochene Trennung von Mitgliedschaft und Leistungsverhältnis ist jedoch aus kartellrechtlicher Sicht nicht nachvollziehbar.

V. Kündigungsfristen (Rz. 86 ff.)

Da verlässliche Lieferbeziehungen und verlässliche Rohstoffversorgung zwischen landwirtschaftlichem Erzeuger und Genossenschaft wichtige Kernpunkte sind, die sich auch aus dem Förderzweck ergeben, bedarf es gewisser Fristigkeiten. In der Regel finden daher in einer Bandbreite von einer Kündigungsfrist von bis zu zehn Jahren für Unternehmergenossenschaften gemäß GenG in der Praxis zweijährige Kündigungsfristen die

größte Zustimmung. Entgegen der in den Leitlinien beschriebenen Auffassung sind zweijährige Kündigungsfristen weder lang und erst recht nicht extrem lang. Sowohl Investitionen insbesondere des landwirtschaftlichen Erzeugers in seine Produktion als auch abgesicherte, längerfristige Vermarktung und Produktion auf Seiten der Genossenschaft machen eine mittel- bis längerfristige Sicherheit für beide Seiten unabdingbar notwendig. Diese verlässliche Sicherheit hat in der Praxis eine zweijährige Kündigungsfrist herausgebildet. Mitgliedschaft und Lieferverhältnis sind bereits durch den Zweck der Genossenschaft untrennbar miteinander verbunden, vgl. zuvor.

Eine Kündigung der Mitgliedschaft ist gemäß § 65 GenG gesetzlich zwingend nur zum Ende des Geschäftsjahres möglich, mit einer Mindestkündigungsfrist von drei Monaten. Eine unterjährige Kündigung, ist daher nicht möglich. Im Übrigen hat jedes Mitglied Sonderkündigungsrechte nach § 67a GenG, wenn Kündigungsfristen über 2 Jahre hinausgehen oder über andere Kernelemente der Genossenschaft beschlossen wird. Daraus lässt sich entnehmen, dass auch der Gesetzgeber bei zwei Jahren noch nicht von einer langen Fristigkeit ausgeht. Erst darüber hinaus räumt er die Möglichkeit von Sonderkündigungsrechten ein. Die seitens des Bundeskartellamtes befürchtete „Abschottungswirkung“ (Rz. 99) ist daher bei zwei Jahren in keinem Fall zu erkennen. Sofern die Mitglieder die unternehmerische Verantwortung nicht mehr tragen wollen oder mit dem Handeln der von ihnen selbst gewählten Organmitglieder nicht einverstanden sind, können sie ihre Mitgliedschaft kündigen. Dieses Kündigungsrecht ist einseitig ausgestaltet. Die Genossenschaft selbst ist nicht berechtigt, dem Mitglied zu kündigen. Da das Mitglied jederzeit kündigen kann, ist eine Abschottungswirkung bereits ausgeschlossen.

Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch die mit der Mitgliedschaft verknüpfte Eigenkapitalsituation bzw. Bonität der Genossenschaft. Dies gilt sowohl für den Mitgliedsbetrieb als auch für die Genossenschaft. Letztere finanziert sich aus den gezeichneten Geschäftsanteilen der Mitglieder, die in der Regel zusätzlich in Abhängigkeit von den Lieferungen gezeichnet werden. Die Genossenschaft benötigt dieses Eigenkapital für ein vernünftiges betriebswirtschaftliches Handeln in ihrem Unternehmen ebenso wie das Mitglied, das seine Bonität durch die mindestens zweijährige Vollannahmepflicht seiner Produkte oder seinen Anspruch auf bestimmte andere Leistungen seiner Genossenschaft (s.o.) belegen kann. Beide Parteien müssen ihren jeweiligen Betrieb finanzieren und sind dabei vielfach auch vom Rating der Banken abhängig, die insbesondere bei den Mitgliedern als auch bei den Genossenschaften sehr genau auf die Laufzeit und damit Verlässlichkeit der Liefer- bzw. Leistungsbeziehungen schauen. In diesem Zusammenhang verweisen wir zum Beispiel auf das OLG Oldenburg, dass mit Urteil vom 03.02.1998²³ bereits folgerichtig entschieden hat, dass ein kurzfristiger wirtschaftlicher Vorteil durch höhere Auszahlungen nie ein besonderer

²³ Az. 5 U 88/97, ZfgG Band 50 (2000), 246-248.

Grund für eine Kündigung bei einer Genossenschaft sein kann. Das OLG hat bestätigt, dass der Wunsch nach einem schnellen Wechsel zwischen Unternehmen zur höheren Preiserzielung die normale Kündigung nicht durchbrechen kann und das einzelne Mitglied auch nicht über Gebühr benachteiligt.

VI. Ausschließlichkeitsbindung (Rz. 88 ff.)

Gesellschaftsrechtlich hat sich das Mitglied einer Genossenschaft, wenn es sich freiwillig einer Genossenschaft anschließt, für die Ablieferung seiner gesamten Erzeugung oder die Abnahme bestimmter Leistungen der Genossenschaft entschieden. Im Falle der Verwertungsgenossenschaften ist zudem mit der Vollablieferungsspflicht die Vollannahmepflicht untrennbar verbunden. Gerade diese Punkte sind Kern des genossenschaftlichen Zwecks, Erwerb und Wirtschaft der Mitglieder zu fördern. Insofern arbeitet die Genossenschaft seit jeher als verlängerter Arm ihrer Mitglieder. Diese können ihre Erzeugnisse in der Regel nicht allein selbst weiterverarbeiten und erfolgreich vermarkten und die von Ihnen benötigten Betriebsmittel und Produkte in der Regel nicht individuell zu wirtschaftlich sinnvollen Konditionen beziehen, sodass sie die Erfassung und Vermarktung und den Einkauf, gemeinsam bündeln müssen.

Die Vollablieferungsverpflichtung ist bei Verwertungsgenossenschaften in der Satzung verankert und wird in der auf Basis der Satzung verabschiedeten Anlieferungsordnungen weiter ausgeprägt. Die Vollablieferungsverpflichtung sichert nicht nur einseitig, sondern zweiseitig beide Parteien, sowohl die Genossenschaft als auch den Erzeuger, ab. Der Erzeuger hat eine verlässliche Abnahmekunde und die Genossenschaft eine verlässliche Rohproduktbasis für ihre Vermarktung und Weiterverarbeitung. Für die Mitglieder in der Genossenschaft besteht jederzeit die Möglichkeit mit demokratischen Mehrheitsentscheidungen die Lieferpflichten anzupassen. Das Marktrisiko von Über- oder Unterproduktionen des Urprodukts tragen Erzeuger und Genossenschaft dabei gleichermaßen. Im Falle der Genossenschaft trägt der Erzeuger als Mitglied und Produzent das unternehmerische Risiko zweifach und auch bewusst. Die Wahl der Vollablieferung stellt daher aus unserer Sicht keinen Verstoß gegen das Kartellrecht dar. Dies gilt im Übrigen aus unserer Sicht unabhängig davon, ob die Vollablieferung gesellschaftsrechtlich ausgeprägt ist oder schuldrechtlich verbrieft wird.

Diese Sichtweise entspricht auch der vom BGH in seinem mit Leitsätzen veröffentlichten Hinweisbeschluss vom 27.06.2017²⁴ vertretenen Auffassung, nach der wirtschaftlich nachteilige Folgen der Verletzung einer Vollandienungspflicht landwirtschaftlicher Produkte sich daraus rechtfertigen, dass ein Mitglied freiwillig die entsprechenden Verpflichtungen eingegangen ist und auch Vorteile aus der Milchablieferung durch eine gemeinsame

²⁴ BGH, Beschl. v. 27.7.2017, Az. II ZR 5/16, MDR 2017, 1376, 1377, Rz. 19.

Vermarktung gezogen hat. Der BGH untermauert diese Sichtweise mit den folgenden Ausführungen²⁵:

„Die Klägerin hat sich freiwillig als Mitglied der beklagten Genossenschaft angeschlossen. Damit hat sie sich zugleich freiwillig der satzungsrechtlich begründeten Pflicht, die in ihrem landwirtschaftlichen Betrieb gewonnene Milch an die Genossenschaft abzuliefern, unterworfen, ebenso wie der in der Satzung enthaltenen Strafbestimmung. Sie hat damit zugleich für die Dauer ihrer Mitgliedschaft die Sicherheit eines festen Abnehmers ihrer Milch und die Gewähr einer marktgerechten Bezahlung der gelieferten Milchmenge gehabt. Durch die Bündelung des Milchabsatzes durch die Genossenschaft stehen die einzelnen Milcherzeuger, die der Genossenschaft als Mitglied angehören, nicht mehr in einem Wettbewerb zueinander und haben durch die Bündelung ihrer Interessen bessere Marktchancen (vgl. Busse, WuW 2016, 154). Diese Vorteile rechtfertigen es, dass die Satzung der Beklagten den einzelnen Genossen auch Pflichten auferlegt. Die Genossenschaft hat ihrerseits Lieferverpflichtungen gegenüber Endabnehmern und Zahlungspflichten gegenüber den einzelnen Genossen. Die Genossenschaft hat deswegen auch ein anerkanntes Interesse daran, dass die hergestellte Milch nicht anderweitig am Markt angeboten wird und nicht in Konkurrenz zum eigenen Absatz tritt. Auch hat sie ein Interesse daran, dass sofortige Kündigungen nicht möglich sind, weil sie ihre Milchlieferung an Dritte einer veränderten Milchandienung anpassen können muss. Die Vorteile der sicheren Ablieferungsmöglichkeit und marktgerechten Entlohnung rechtfertigen demnach die Aufrechterhaltung der Mitgliedschaft und der damit verbundenen Milchandienungspflicht für die Dauer der Kündigungsfrist von zwei Jahren wie im vorliegenden Fall.“

In diesem Zusammenhang stellt das Fallbeispiel 3 in der Rz. 99 (S. 34) einen Fremdkörper in den Leitlinien dar. Zum einen wird hier ein unseres Wissens bisher nicht vom Bundeskartellamt entschiedener Fall besprochen und bewertet. Dies geht über die ansonsten vorherrschende Fallsammlung erheblich hinaus. Zudem wird dieses Beispiel negativ beschieden, so dass Handlungsbeschränkungen der Genossenschaften außerhalb der bisherigen Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes postuliert werden und gleichzeitig zukünftige Fälle – ohne eine ausgewogene Ermittlung des Sachverhalts - präjudiziert werden. Zum anderen ist die kartellrechtliche Bewertung schwer nachvollziehbar. Außerhalb einer marktbeherrschenden Stellung wird eine Dauer von zwei Jahren für eine Ausschließlichkeitsbindung als kritisch und marktabschottend bewertet. Laut den Vertikalleitlinien der EU Kommission²⁶ ist *„für Alleinbelieferungsverpflichtungen mit einer Dauer von weniger als fünf Jahren, die Unternehmen in nicht marktbeherrschender Stellung anwenden, (...) gewöhnlich eine sorgfältige Gegenüberstellung der wettbewerbsfördernden und –schädigenden Auswirkungen erforderlich“*. Dabei gilt *„je länger die Bindung dauert, desto ausgeprägter dürfte die*

²⁵ BGH a. a. O., Rz. 18.

²⁶ ABI. C 130, S. 1 ff. v. 19.05.2010, Rz. 195.

Abschottungswirkung sein“ (ebd.). Eine vergleichsweise kurze Dauer von zwei oder drei Jahren sollte in diesem Wertungsrahmen somit keine erheblichen Abschottungswirkungen befürchten lassen. In jedem Fall wäre eine sorgfältige Einzelfallwürdigung angezeigt. Gerade an dieser Stelle lassen die Leitlinien aber den ansonsten vielfach vorhandenen Hinweis auf die Selbsteinschätzung vermissen. Wir regen daher an, dieses unter mehreren Aspekten fragwürdige Fallbeispiel zu streichen.

VII. Ausnahmegesetze für landwirtschaftliche Erzeugerzusammenschlüsse (Rz. 38)

In diesem Kontext sind auch die – historisch gerade für die Absicherung der Vollablieferungs-pflichten geschaffenen – Ausnahmegesetze, allen voran § 28 GWB zu betrachten.

Auf die Möglichkeiten des § 28 GWB wird in den Leitlinien nur knapp eingegangen. Dies gilt für die europäisch geregelte Entsprechung ebenso. Ganz außer Acht bleibt zudem die Ausnahmegesetz des § 5 AgrarMSG, die gerade für Erzeugerorganisationen eine weitere kartellrechtliche Ausnahme bildet und insbesondere gemeinsame Preisempfehlungen zulässt. Zwar sind diese Vorschriften nicht rechtsformspezifisch, die Erzeugerzusammenschlüsse sind jedoch historisch gewachsen vielfach in der Rechtsform der Genossenschaft zu finden.

VIII. Grenzen der Preisabsprachen und Preisbindungen (Rz. 103 ff.)

Zu den dargelegten Grenzen für Preisabsprachen und Preisbindungen lässt sich festhalten, dass allgemeine Aussagen getroffen werden, die auch wenn das Fallbeispiel der Hauptgenossenschaften genannt wird, keine rechtsformspezifischen kartellrechtlichen Fragestellungen betreffen.

IX. Wettbewerbsverhältnis im Stufenverband (Rz. 134 ff.)

Der genossenschaftliche Stufenverband, d. h. die Bündelung von gemeinsamen Aufgaben durch mehrere Genossenschaften in einer zentralen Genossenschaft ist komplex. Die gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen müssen jedoch zu einer gesonderten Betrachtung führen. Während in der Vergangenheit die Besonderheiten zumindest teilweise anerkannt wurden, wird nunmehr seit 2014 ein Vollwettbewerb und kein eingeschränkter Wettbewerb mehr angenommen. Das führt dazu, dass gemeinsames Agieren, das in Zeiten des Strukturwandels zwingend notwendig wird, größerer Rechtsunsicherheit ausgesetzt wird. Auch hier wird wiederum nur auf den Einzelfall verwiesen. Die Leitlinien lassen konkrete Anhaltspunkte zur Abgrenzung vermissen. So fehlt es an einer Safe-Harbor-Regelung, die als Minimum wünschenswert wäre und aus den Horizontalleitlinien der EU-Kommission abgeleitet werden kann. Auch die Anerkennung der besonderen Verhältnisse anstelle der Unterstellung eines Vollwettbewerbs wäre zielführend. So lässt die Regelung alle Fragen offen und gibt keine

Sicherheit für künftiges Handeln. Dabei sollte auch beachtet werden, dass der Wettbewerb und die Märkte, auf denen die Erzeugerunternehmen tätig sind, nicht regional oder deutschlandweit, sondern europaweit, wenn nicht sogar global zu betrachten sind. Auch dieser Aspekt kommt zu kurz.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang zum einen der Hinweis auf das Level Playing Field (Rz. 149), das sich im Laufe von Kooperationen verändern kann und zu einer veränderten kartellrechtlichen Begutachtung führt. Das lässt befürchten, dass auch hier erhebliche Rechtsunsicherheit bleibt. Zum anderen sehen wir den Hinweis auf eine Vielzahl von Beschwerden und die damit geregelte Öffnungsklausel (Rz. 150) ebenfalls kritisch. Hier muss zumindest berücksichtigt werden, dass nicht jede Beschwerde eines im gesellschaftsrechtlichen, demokratischen Prozess unterlegenen Mitglieds zu Repressalien führt, sondern mit Augenmaß behandelt wird.

X. Informationsaustausch

Wir hatten dem Bundeskartellamt bereits im Vorfeld der nun veröffentlichten Leitlinien die besondere Notwendigkeit für einen adäquaten Informationsaustausch innerhalb von Genossenschaften und sonstigen Verbundgruppen anhand von drei konkreten Beispielen verdeutlicht, die die Bereiche Gemeinsamer Einkauf, Betriebsvergleich/Benchmarking und Unterstützung im Bereich Marketing betrafen.²⁷ In der Regel ist der Austausch von strategisch relevanten Informationen, denen zwischen unabhängigen Unternehmen eine wettbewerbliche Relevanz nicht abgesprochen werden könnte, für die Existenz der Genossenschaften und ihrer Mitgliedsunternehmen notwendig und unterfällt daher richtiger Weise dem Genossenschaftsprivileg (s. o.).

Der nun im Entwurf der Leitlinien aufgenommene „Rahmen des zulässigen Informationsaustausches“²⁸ berücksichtigt zwar zwei besonders relevante Fallgestaltungen aus der Praxis der Genossenschaften und Verbundgruppen (Marktinformationssysteme und gemeinsame Beschaffung), bleibt aber ansonsten hinter den Erwartungen derer, die sich mehr Rechtssicherheit beim Informationsaustausch gewünscht hatten, zurück.

Dies liegt vor allem daran, dass das Bundeskartellamt wiederum „nur“ auf die bekannten kartellrechtlichen Anforderungen nach Anonymisierung, Aggregation und Verwendung von historischen Zahlen abstellt, ohne insbesondere den oben erläuterten Immanenzgedanken sowie die diesem zugrundeliegende zwingende Notwendigkeit eines echten Informationsaustausches gerade in Genossenschaften und anderen förderwirtschaftlichen

²⁷ Antworten der Spitzenverbände DGRV, DRV und ZGV zur Sachverhaltsermittlung an das BKartA zu den Leitlinien zur Vereinbarkeit von Genossenschaften und Kartellrecht vom 17.04.2019, IV. 1.

²⁸ BKartA, Genossenschafts-Leitlinien, Rz. 118 ff. m. w. N.

Verbundgruppen zu thematisieren. Dabei hätte auf den Zweck und die Funktionsfähigkeit der Genossenschaft im Einzelnen abgestellt werden müssen.

Gleiches muss unseres Erachtens für den klassischen Betriebsvergleich gelten, bei dem wirtschaftliche Kennzahlen (z. B. Umsatz, Flächenumsatz, Umsatzanteile bei bestimmten Vertragslieferanten) der teilnehmenden Betriebe in regelmäßigen Abständen miteinander verglichen werden. Auch hier besteht über den gemeinsamen Geschäftsbetrieb in der Genossenschaft oder sonstigen Verbundgruppe ein übergeordnetes Ziel und damit eine Rechtfertigung zum Informationsaustausch.

Vor diesem Hintergrund wird angeregt, die Leitlinien in diese Richtung zu überarbeiten.

XI. Online-Handel und Digitalökonomie

Zutreffend stellt das Bundeskartellamt fest, dass das Erstarken des Online-Handels und der Plattformökonomie Genossenschaften und Verbundgruppen vor neue Herausforderungen stellt und diese insbesondere darin liegen, den angeschlossenen KMU eine Alternative zum Betrieb eines eigenen kosten- und ressourcenintensiven Online-Shops bzw. der Nutzung von marktmächtigen Plattformunternehmen zu bieten. Denn: Genossenschaften und Verbundgruppen können selbst als Marktplatz bzw. Internetplattform agieren und ihren teilnehmenden Mitgliedern insbesondere durch die Erfassung, Aufbereitung und Auswertung der im Rahmen der Tätigkeit generierten Datenmengen einen Mehrwert verschaffen.

Zwar begrüßt das Bundeskartellamt (Plattform-)Kooperationen, soweit sie zu Effizienzvorteilen, z. B. einer besseren Warenverteilung, führen. Im gleichen Atemzug erachtet das Bundeskartellamt aber Absprachen über die für den Betrieb der Plattform nicht erforderliche Angleichung der Angebote und insbesondere eine Abstimmung von Preisen als unzulässig.

Diese pauschale Absage an eine für Genossenschaften und Verbundgruppen so wichtige Liberalisierung der Preisbindung im Bereich des Online-Handels geht nach unserer Auffassung nicht konform mit dem bereits oben ausgeführten Immanenzgedanken sowie darüber hinaus dem Auftrag aus dem Koalitionsvertrag. Denn dieser ist genau in diese Richtung zu verstehen, dementsprechende Herausforderungen zu thematisieren und Lösungen zu schaffen, die bei Genossenschaften und Verbundgruppen für mehr Rechtssicherheit sorgen und die zur Aufrechterhaltung eines Wettbewerbs notwendig sind, sog. Safe-Harbour.

Es ist als positiv herauszustellen, dass das Bundeskartellamt mit Verweis auf die Vertikal-Leitlinien²⁹ eine kurzfristige Vereinheitlichung des Aktionsverkaufspreises als zulässig erachtet,

²⁹ Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen (C 130/46), Rz. 225.

wenn sie der Koordination einer kurzfristigen Sonderangebotskampagne dient und dies im Einzelfall auch dann zutreffen kann, wenn verschiedene Händler einen gemeinsamen Internetauftritt unter ihrer gemeinsamen Dachmarke haben.³⁰ Allerdings sind nach Auffassung des Bundeskartellamtes Preisabsprachen als Kernbeschränkung nur in seltenen Ausnahmefällen freistellbar. Die Beurteilung hänge insoweit von den konkreten Marktgegebenheiten ab. Im Rahmen der Ermessensausübung könne allerdings berücksichtigt werden, dass wenn nur ein sehr geringer Anteil der auf dem Markt vertriebenen Produkte von einer einheitlichen Preisgestaltung betroffen ist und damit – auch nach Abwägung mit den sonstigen Umständen des Einzelfalls – gute Gründe dafürsprechen, das Verhalten nicht im Rahmen eines Verfahrens aufzugreifen.³¹

Die von der EU-Kommission konkretisierten Fallkonstellationen einer möglichen Preisbindung sind jedoch sehr beschränkt. Die für Verbundgruppen besonders relevante Konstellation – befristete Sonderangebotskampagnen – ist gerade im Hinblick auf den weiter erstarkenden E-Commerce, in dem alle Ware und jegliche Dienstleistung 24/7/365 verfügbar sein müssen – nicht mehr ausreichend. Zudem sind außerhalb dieser drei Konstellationen die Anforderungen an den Nachweis der Freistellungsvoraussetzungen bei vertikaler Preisbindung und erst recht bei horizontalen Preisabsprachen so hoch, dass sie in der Praxis kaum mit der erforderlichen Rechtssicherheit erfüllt werden können. Zugleich besteht – wie stets bei Kernbeschränkungen – für den Fall, dass den Unternehmen der ihnen obliegende Beweis der Einzelfreistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht gelingt, ein erhöhtes Bußgeldrisiko. Nach gegenwärtigem Stand des Wettbewerbsrechts ist daher die rechtlich verbindliche Vereinbarung bzw. Vorgabe von Weiterverkaufspreisen in Genossenschaften und Verbundgruppen mit ganz erheblichen Risiken verbunden.

Die insoweit im Entwurf der Leitlinien vom Bundeskartellamt eröffneten Möglichkeiten sind nach unserer Auffassung bislang nicht geeignet, ein Level Playing Field für Genossenschaften und andere förderwirtschaftliche Verbundgruppen im Bereich des E-Commerce zu schaffen.

Auch der Verweis auf das sog. Streckenmodell im Fall Intersport³² kann insoweit zu keinem anderen Ergebnis führen. Zwar wird damit eine kartellrechtlich nicht zu beanstandende Ausgestaltung eines Systems aufgezeigt, die in eine ähnliche Richtung geht, wie ein gemeinsamer Marktplatz bzw. eine gemeinsamer Online-Shop der Genossenschaft bzw. Verbundgruppe. Allein: es ist gerade nicht dasselbe und stellt faktisch eher eine aufwendige Umgehung der kartellrechtlichen Restriktionen dar. Um genau diese Umgehung zu vermeiden

³⁰ BKartA, Genossenschafts-Leitlinien, Rz. 114.

³¹ BKartA, Genossenschafts-Leitlinien, Rz. 115.

³² Pressemitteilung des BKartA vom 25.06.2020, B2-130/19 – Intersport.

und Genossenschaften und Verbundgruppen ein Level Playing Field zu ermöglichen, braucht es einer weiteren Liberalisierung der Preisbindungsmöglichkeiten.

XII. Verfahren beim Bundeskartellamt

Strukturelle Umbrüche von Märkten zu begleiten, ist nicht Aufgabe des Kartellrechts und damit auch keine Aufgabe der Kartellbehörden. Insbesondere Eingriffe in die gesellschaftsrechtlichen Strukturen oder marktlenkende Maßnahmen fallen ohne Verstoß gegen Kartellrecht nicht in den Anwendungsbereich. Der Hinweis in Rz. 158 ist daher aus unserer Sicht verfehlt. Eine Verfahrenseinstellung impliziert zudem, dass keine hinreichenden kartellrechtlichen Verletzungen vorlagen. Nunmehr die seinerzeit bereits kartellrechtlich nicht stichhaltigen Argumente aufzunehmen, die rein marktpolitisch orientiert waren, ist ein verfehltter Ansatz. Dies gilt umso mehr als die aufgezeigten gesellschaftsrechtlichen Änderungen nicht durch das geführte Verfahren veranlasst waren, sondern allein durch demokratisch gefasste, gesellschaftsrechtlich begründete Beschlüsse der Mitglieder.

XIII. Sonstiges

Im Bereich der Ausführungen des Bundeskartellamtes zur Freistellung bestimmter Fallgruppen durch Gruppenfreistellungsvorordnungen wird richtigerweise angemerkt, dass auch vertikale Vereinbarungen zwischen einer Unternehmensvereinigung von (kleineren) Wareneinzelhändlern und ihren Mitgliedern oder zwischen einer solchen Vereinigung und ihren Anbietern erfasst sind, wenn nur Mitglieder beteiligt sind, deren jährlicher Konzernumsatz unter EUR 50 Mio. liegt (Art. 2 Abs. 2 Vertikal-GVO).³³ Das Bundeskartellamt vergisst allerdings an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass nach Rz. 29 der Vertikal-Leitlinien der vorgenannte Safe-Harbour auch dann (noch) besteht, wenn der Umsatz einiger Mitglieder einer solchen Unternehmensvereinigung über der genannten Umsatzschwelle von EUR 50 Mio. liegt und wenn auf diese Mitglieder insgesamt weniger als 15 % des Gesamtumsatzes aller Mitglieder der Vereinigung entfällt.³⁴

Zu korrigieren wäre zudem der Hinweis auf eine Mustersatzung des DGRV (Rz. 64), die dieser nicht herausgibt. Vielmehr werden in der Praxis verschiedene spartenbezogene Satzungen, z. B. durch den DRV bzw. den ZGV herausgegeben.

³³ BKartA, Genossenschafts-Leitlinien, Rz. 51.

³⁴ Europäische Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen (C 130/46), Rz. 29.