



Bundeskartellamt



Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

Leitlinien für die Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht

November 2021

**Leitlinien für die Vereinbarkeit des
Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht**
November 2021

Kontakt

Bundeskartellamt
Kaiser-Friedrich-Straße 16
53113 Bonn
poststelle@bundeskartellamt.bund.de

Inhalt

A. ZUSAMMENFASSUNG	1
B. EINLEITUNG: LEITLINIEN ALS ORIENTIERUNGSHILFE FÜR DIE GENOSSENSCHAFTEN	6
C. HINTERGRUND ZUM KARTELLRECHT UND ZUM GENOSSENSCHAFTSWESEN	8
I. Kartellrechtliche Grundlagen	8
1. Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff, Konzernprivileg	8
2. Reichweite und Grenzen des Kartellverbots	12
II. Genossenschaftswesen in Deutschland	20
1. Rechtsform der Genossenschaft.....	20
2. Genossenschaftslandschaft in Deutschland	22
3. Neue Herausforderungen und Möglichkeiten in der Digitalökonomie	24
D. KARTELLRECHTLICHE BEURTEILUNG IN DER PRAXIS	26
I. Verhältnis zwischen den Genossenschaften und ihren Mitgliedern	26
1. Die genossenschaftliche Rechtsform in der kartellrechtlichen Betrachtung	26
2. Kündigungsfristen und Ausschließlichkeitsbindungen	29
3. Gemeinsamer (Online-)Vertrieb	35
4. Rahmen des zulässigen Informationsaustauschs	42
II. Kooperation der Genossenschaften untereinander und mit Dritten	48
1. Wettbewerbsverhältnis zwischen Hauptgenossenschaften	49
2. Beurteilung im Einzelfall	50
III. Verfahren beim Bundeskartellamt	57

A. Zusammenfassung

- 1 Genossenschaften spielen in vielen Bereichen des Wirtschaftslebens in Deutschland eine wichtige Rolle. Die Kooperation im Verbund ermöglicht und erleichtert kleineren Unternehmen häufig, ihre wirtschaftliche Betätigung und ihre Stellung im Markt zu stärken, und kann damit den Wettbewerb beleben. Vor diesem Hintergrund sind diese Kooperationen ausdrücklich zu begrüßen.
- 2 Gleichzeitig handelt es sich bei Genossenschaften und ihren Mitgliedern um Marktteilnehmer, deren Verhalten sich in den – nicht immer ganz leicht verständlichen – kartellrechtlichen Grenzen bewegen muss. Die nachfolgenden Leitlinien sollen genossenschaftlich organisierten Unternehmen die Orientierung erleichtern, welche kartellrechtlichen Spielräume für Kooperationen innerhalb und außerhalb des genossenschaftlichen Verbands bestehen. Die Leitlinien benennen die Verhaltensweisen, die in der Praxis als zulässig erachtet wurden, und geben – soweit abstrakt möglich – Beispiele, bei denen Anhaltspunkte für eine kartellrechtliche Zulässigkeit bestehen.
- 3 Unternehmen, darunter auch genossenschaftlich organisierte Verbände, können ihr Verhalten im geschäftlichen Verkehr prinzipiell frei gestalten. Das Kartellverbot untersagt grundsätzlich nur Verhaltensweisen, durch die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird; außerdem untersagt ist der Missbrauch von Marktmacht.
- 4 Bei der kartellrechtlichen Beurteilung der Aktivitäten von Genossenschaften sind zwei Konstellationen klar zu trennen: Die erste betrifft das Verhalten der einzelnen Genossenschaft, wie sie ggü. ihren Mitgliedern agiert und für diese am Markt tätig wird (Binnenverhältnis), während die zweite die Frage betrifft, wie sich Genossenschaften untereinander oder im Verhältnis zu Dritten im Wettbewerb verhalten dürfen. Als Ausgangspunkt gilt, dass das Kartellverbot nur zwischen unterschiedlichen Unternehmen, nicht aber innerhalb einer Unternehmenseinheit bzw. eines Konzerns anwendbar ist. In der Regel dürften Genossenschaften und ihre Mitglieder mangels Beherrschungsverhältnis allerdings als verschiedene Unternehmen anzusehen sein (hierzu unter Ziffer C. I.).
- 5 Das genossenschaftliche Binnenverhältnis ist somit grundsätzlich auch Gegenstand der kartellrechtlichen Kontrolle. Bspw. können Bindungen im Innenverhältnis auch nachteilige Wirkungen für Wettbewerber und Endkunden haben. Die Genossenschaft kann den Interessen ihrer Mitglieder zuwiderhandeln oder die Mitgliedschaft kann (aufgrund der Marktstruktur) nicht als freiwillig im kartellrechtlichen Sinn angesehen werden. Auch Kooperationen zwischen verschiedenen Genossenschaften oder zwi-

schen Genossenschaften und sonstigen Unternehmen müssen sich innerhalb der vom Kartellrecht gesteckten Grenzen halten. Bei der Beurteilung kommt es insbesondere auf das konkrete Wettbewerbsverhältnis und die Intensität des Wettbewerbs zwischen den Akteuren an. So dürfte bspw. mit Blick auf das Verhältnis der landwirtschaftlichen Hauptgenossenschaften untereinander – völlig unabhängig von der Beurteilung des sog. Regionalprinzips – regelmäßig ein Wettbewerbsverhältnis bejaht werden können, weil diese mittlerweile regelmäßig parallel in den gleichen Regionen aktiv sind. Auch innerhalb des landwirtschaftlichen Stufenverbands, also im Verhältnis zwischen Hauptgenossenschaften und den an ihnen beteiligten Primärgenossenschaften, dürften die Verflechtungen in der Regel nicht so eng sein, dass eine intensivere Kooperation den Wettbewerb nicht weiter zu dämpfen vermag (hierzu unter Ziffer D. II. 1.).

- 6 Das Kartellverbot untersagt insbesondere sog. „Hardcore“-Kartelle, bei denen es zu einer Abstimmung von Preisen (auch Preisbestandteilen), Mengen bzw. der Aufteilung von Märkten oder Kundengruppen kommt. Tatsächlich können aber auch wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen unter bestimmten Voraussetzungen vom Kartellverbot ausgenommen sein (Kartellrechtsausnahme) oder freigestellt sein, weil sie Effizienzvorteile bringen, die die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen überwiegen (Freistellung).
- 7 Kartellrechtsausnahmen können entweder auf gesetzlichen Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche beruhen oder aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung geschaffen worden sein (hierzu unter Ziffer C. 2. b)). Für den Fokus dieser Leitlinien ist insbesondere auf die speziellen Kooperationserleichterungen für Unternehmen im Agrarbereich nach § 28 GWB und nach der gemeinsamen Marktorganisation der Europäischen Union hinzuweisen. So sind nach § 28 GWB verschiedene landwirtschaftliche Kooperationen zulässig, sofern sie keine Preisbindung enthalten und den Wettbewerb nicht ausschließen. Auch außerhalb des GWB existieren sektorspezifische Ausnahmen. Neben Regelungen im nationalen Recht (z.B. im Bundeswald- oder Tierzuchtgesetz) ist dabei insbesondere auf die EU-Verordnung über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse (GMO)¹ hinzuweisen. Unter anderem regeln Art. 209 und 210 GMO Ausnahmen, die relevante Verhaltensweisen unter bestimmten Voraussetzungen erlauben können.
- 8 Daneben haben die deutsche und europäische Rechtsprechung weitere Fallgruppen entwickelt, in denen das Kartellverbot nicht anwendbar ist. Deren Beurteilung ist stets eine Frage des Einzelfalls, sodass

¹ Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013, ABIEU Nr. L 347/671 zum 1.1. 2018 ergänzt durch Verordnung (EU) 2017/2393 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2017, ABIEU Nr. L 350/15.

im Folgenden lediglich auf die ergangene Rechtsprechung hingewiesen werden kann. In der Entscheidungspraxis haben sich Ausnahmen vom Kartellverbot bei Vereinbarungen (z.B. Nebenabreden in kartellrechtsneutralen Austauschverträgen) herausgebildet, die bei isolierter Beurteilung zwar eine Wettbewerbsbeschränkung zum Inhalt haben, den Wettbewerb bei einer Gesamtbetrachtung jedoch fördern, da sie wirtschaftliche Handlungen letztendlich erst ermöglichen sowie auf das für diesen Zweck notwendige Maß beschränkt sind. In gleicher Weise können wettbewerbsbeschränkende Vertragspflichten gerechtfertigt werden, wenn sie denotwendig mit der Vertragsbeziehung verbunden sind (Immanenzgedanke).

- 9** Neben den genannten Kartellrechtsausnahmen besteht die Möglichkeit der Freistellung bestimmter Verhaltensweisen vom Kartellverbot, wenn damit Effizienzvorteile verbunden sind, die auch der Marktgegenseite zugutekommen und die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen überwiegen (hierzu unter Ziffer C. I. 2. c)). So können Vereinbarungen zwischen Genossenschaften bzw. genossenschaftlich organisierten Unternehmen zulässig sein, wenn diese die Voraussetzungen der Einzelfreistellung nach § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV oder von einschlägigen Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) erfüllen. Für genossenschaftlich organisierte Unternehmen ist insbesondere die sog. Vertikal-GVO² bedeutsam, welche Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf verschiedenen Wertschöpfungsebenen zum Gegenstand hat. Sind die Bedingungen der Vertikal-GVO erfüllt, werden die mit der entsprechenden Vereinbarung verbundenen Wettbewerbsbeschränkungen freigestellt.
- 10** Für genossenschaftlich organisierte Unternehmen, welche häufig kleine und mittlere Unternehmen (KMU) sind, dürfte zudem auch § 3 GWB relevant sein. Mit dieser Norm wird für Unternehmensvereinbarungen, die eine Rationalisierung zum Gegenstand haben und dadurch die Wettbewerbsfähigkeit von KMU verbessern, eine Möglichkeit zur Freistellung geschaffen. Entgegen § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV besteht diese Freistellungsmöglichkeit jedoch nur außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 101 AEUV. Zudem darf ein solches sog. Mittelstandskartell den Wettbewerb nicht wesentlich beeinträchtigen. Dennoch ist § 3 GWB geeignet, den Spielraum für einzelne Kooperationen von KMU zu erweitern.
- 11** Fallbeispiele zu verschiedenen Konstellationen aus der Praxis finden sich in Abschnitt D. Dabei wird insbesondere auf die Themenbereiche Ausschließlichkeitsbindungen im Lieferverhältnis (Ziffer D. I. 2.), gemeinsamer Online-Vertrieb (Ziffer D. I. 3.), Informationsaustausch im genossenschaftlichen Verband

² Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABIEU 2010 L 102/1 (Vertikal-GVO). Die geltende Vertikal-GVO läuft Ende Mai 2022 aus und wird derzeit überarbeitet.

(Ziffer D. I. 4.) sowie Kooperationen zwischen verschiedenen Genossenschaften und Dritten (Ziffer D. II.) eingegangen.

- 12** In der genossenschaftlichen Praxis werden Mitgliedschaft und Leistungsbeziehung häufig nicht trennscharf unterschieden, während aus kartellrechtlicher Sicht eine getrennte Betrachtung unter Berücksichtigung der Marktgegebenheiten erfolgt. Längere Kündigungsfristen für die reine Mitgliedschaft sind regelmäßig unschädlich. Engere kartellrechtliche Grenzen bestehen dagegen bei langfristigen und ausschließlichen Lieferverpflichtungen (sog. Ausschließlichkeitsbindungen), da diese häufig marktabschottend wirken. Aus diesem Grund kann eine Trennung von Mitgliedschaft und Lieferverpflichtung den Handlungsspielraum für Genossenschaften erweitern, sodass zumindest längere Kündigungsfristen für das Mitgliedschaftsverhältnis kartellrechtskonform vorgesehen werden können.
- 13** Das Bundeskartellamt berücksichtigt im Rahmen seines Aufgreifermessens Anhaltspunkte für eine mögliche Effizienzrechtfertigung ebenso wie das Ausmaß der von der Vereinbarung ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen. Kooperationen innerhalb und außerhalb des genossenschaftlichen Verbands – unabhängig davon, ob es sich um digitale Handelsplattformen handelt oder um Produktions- oder Vertriebskooperationen in traditioneller Form – können eine Vielzahl von Effizienzen generieren und damit letztlich den Wettbewerb stärken. Allerdings müssen die Kooperationspartner diese nachweisen und sicherstellen, dass etwaige Wettbewerbsbeschränkungen nicht über das absolut notwendige Maß hinausgehen. Zudem darf die Kooperation neue Wettbewerber nicht am Marktzutritt hindern – dies gilt insbesondere für Zusammenschlüsse großer Anbieter. Ferner ist sicherzustellen, dass es zwischen den Kooperationspartnern nicht zu einem unbegrenzten Fluss wettbewerbslich bedeutsamer Daten kommt. Neben den Erwägungen zur Freistellungsfähigkeit können im Rahmen des Aufgreifermessens zugunsten der kooperierenden Unternehmen Faktoren wie bspw. eine geringe Marktbedeutung der betreffenden Unternehmen und die Belebung des Wettbewerbs durch Entstehung eines neuen Wettbewerbers als Gegengewicht zu großen Anbietern berücksichtigt werden. Für ein Aufgreifen können Machtungleichgewichte zwischen den beteiligten Unternehmen (d.h. Fälle, die an der Grenze der Missbrauchskontrolle liegen) sprechen. Da sich derartige Aspekte im Zeitverlauf ändern können, kann gegebenenfalls eine erneute Beurteilung geboten sein, sobald sich eine Kooperation etabliert hat.
- 14** Soweit Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das Kartellverbot bestehen, kann das Bundeskartellamt ein Verfahren einleiten. Es entscheidet dann nach pflichtgemäßem Ermessen über die geeignete Verfahrensart. Bußgeldverfahren sind für die Sanktionierung eindeutiger Rechtsverstöße vorgesehen, die

die Beteiligten vorsätzlich oder fahrlässig begangen haben und die mit einem erheblichen Schädigungspotenzial verbunden sind. Insbesondere im Falle neuartiger Fallkonstellationen können Verwaltungsverfahren dazu dienen, Rechtsicherheit zu schaffen oder strukturelle Umbrüche zu begleiten (hierzu unter Ziffer D. III.).

B. Einleitung: Leitlinien als Orientierungshilfe für die Genossenschaften

- 15** Genossenschaften sind eine nicht wegzudenkende Gesellschaftsform in der deutschen Wirtschaft und spielen in verschiedenen Wirtschaftsbereichen eine wichtige Rolle. Es überrascht deshalb nicht, dass über die Jahre auch genossenschaftlich organisierte Unternehmen von Kartellrechtsverfahren betroffen waren. In diesem Zusammenhang wurden verschiedentlich Rechtsunsicherheiten bezüglich der kartellrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen einer genossenschaftlichen Betätigung thematisiert. Zugleich führen die zunehmende Digitalisierung wirtschaftlicher Abläufe und die Entwicklung der Digitalökonomie zu Umbrüchen, auf die sich auch die Genossenschaften einstellen müssen und die neue Fragen für die genossenschaftliche Zusammenarbeit aufwerfen.
- 16** Vor diesem Hintergrund enthält der Koalitionsvertrag 2018 von CDU, CSU und SPD die Aussage: „Für die Vereinbarkeit des Kartellrechts mit dem Genossenschaftswesen, das wir stärken wollen, werden wir die entsprechenden Bedingungen schaffen und dafür Leitlinien für die Vereinbarkeit mit dem deutschen Kartellrecht entwickeln.“³ Die vorliegenden Leitlinien setzen diesen Wunsch um. Ziel dieser Veröffentlichung ist es, u.a. anhand von Praxisbeispielen Hintergrund, Zweck und Reichweite der kartellrechtlichen Beurteilung von Genossenschaften im Innen- und Außenverhältnis zu erläutern.
- 17** Die nachfolgend dargestellten Einzelfälle betrafen nicht ausschließlich Unternehmen, die in der Rechtsform der Genossenschaft im Sinne des Genossenschaftsgesetzes (GenG) organisiert sind. Inzwischen ist eine Vielzahl vormaliger Genossenschaften in anderen Rechtsformen, bspw. als GmbH oder Aktiengesellschaft organisiert. Es wird auch künftig im Einzelfall zu prüfen sein, inwieweit sich die Ausführungen auf andere Kooperationen von Unternehmen, die einen gemeinsamen Förderzweck verfolgen, übertragen lassen.
- 18** Bei der Bewertung, ob ein bestimmtes Verhalten dem Kartellverbot unterfällt, sind die Umstände des Einzelfalls von zentraler Bedeutung. Vor diesem Hintergrund können die vorliegenden Leitlinien eine sorgfältige Selbsteinschätzung durch die betroffenen Unternehmen unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nicht ersetzen. Sie sollen den Unternehmen jedoch eine nützliche Orientierungshilfe sein, auf deren Grundlage einfacher zu beurteilen ist, welche Verhaltensweisen zulässig sind und welche mit dem Kartellrecht in Konflikt stehen (könnten).

³ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, Zeile 2924-2927, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/koalitionsvertrag-zwischen-cdu-csu-und-spd-195906>.

- 19** Das Genossenschaftswesen unterliegt nicht nur dem deutschen, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch dem europäischen Recht. Die Europäische Kommission (Kommission) hat Leitlinien veröffentlicht, die Ausführungen zur kartellrechtlichen Beurteilung der Beziehungen und Verhaltensweisen zwischen verschiedenen Unternehmen beinhalten.⁴ Diese dienen für das Bundeskartellamt als wichtige Erkenntnisquelle. Die vorliegenden Leitlinien ergänzen die Leitlinien der Kommission um Hinweise speziell für die Beurteilung genossenschaftlich organisierter Unternehmen.
- 20** Neben dem Bundeskartellamt sind auch andere Behörden für die behördliche Durchsetzung des Kartellverbots und der Fusionskontrolle zuständig.⁵ Die vorliegenden Leitlinien geben allein die Auffassung des Bundeskartellamtes wieder und binden weder diese anderen Behörden noch die Gerichte.
- 21** Das Bundeskartellamt trägt mit den vorliegenden Leitlinien insbesondere auch Anregungen aus der Praxis Rechnung. So sind der Abfassung des Papiers Gespräche mit den Spitzenverbänden der Genossenschaften, dem Deutschen Genossenschafts- und Raiffeisenverband e.V. (DGRV), dem Deutschen Raiffeisenverband e.V. (DRV) sowie dem DER MITTELSTANDSVERBUND – ZGV e.V. (ZGV) vorausgegangen.

⁴ Vgl. Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABIEU 2011 C 11/01 (Horizontal-Leitlinien). Die Horizontal-Leitlinien werden derzeit überarbeitet.

⁵ In Deutschland die Europäische Kommission sowie die Kartellbehörden der Länder; in den EU-Staaten außerhalb Deutschlands die Europäische Kommission sowie die jeweils örtlich zuständigen nationalen Kartellbehörden der Mitgliedstaaten.

C. Hintergrund zum Kartellrecht und zum Genossenschaftswesen

I. Kartellrechtliche Grundlagen

- 22** Das Kartellrecht zielt auf den Schutz des Wettbewerbs und stützt sich dabei auf drei Säulen: (1.) Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen zwischen zwei oder mehr Unternehmen (Kartellverbot), (2.) das Verbot des (einseitigen) Missbrauchs einer marktbeherrschenden oder marktstarken Stellung (Missbrauchskontrolle) und (3.) die Prüfung der wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrolle). Die für das deutsche Recht maßgeblichen Regelungen finden sich im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).⁶
- 23** Diese Leitlinien konzentrieren sich auf die Beurteilung von Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen nach dem Kartellverbot, weil hier die Besonderheiten des Genossenschaftswesens am ehesten von Bedeutung sind.⁷

1. Kartellrechtlicher Unternehmensbegriff, Konzernprivileg

- 24** Zentraler Bezugspunkt im Kartellrecht ist das Unternehmen, d.h. „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“⁸. Betrachtet wird dabei stets die Einheit und wie sie der Marktgegenseite ggü. auftritt. Maßgeblich für die Einordnung als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne ist also das Anbieten oder Nachfragen von Waren oder Dienstleistungen am Markt. Neben juristischen Personen können Unternehmen grundsätzlich auch natürliche Personen sein, z. B. Landwirte, Kaufleute oder selbstständige Handwerker. Es ist aber auch möglich, dass ein Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne aus mehreren juristischen und/oder natürlichen Personen besteht, soweit diese einheitlich am Markt auftreten und damit eine „wirtschaftliche Einheit“ bilden.
- 25** Wenn Genossenschaften und genossenschaftliche Verbundgruppen am Markt auftreten, agieren sie ggü. der Marktgegenseite als Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne. Entsprechendes gilt in der Regel für ihre jeweiligen Mitglieder, soweit diese selbstständig Produkte und/oder Dienstleistungen am Markt anbieten und/oder nachfragen. Umgekehrt sind natürliche und juristische Personen, die nicht

⁶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 10 Absatz 2 des Gesetzes vom 27. Juli 2021 (BGBl. I S. 3274) geändert worden ist.

⁷ Einige der in diesen Leitlinien behandelten Aspekte weisen freilich Überschneidungen zur Missbrauchsaufsicht und der Fusionskontrolle auf.

⁸ Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 5. März 2009, C-350/07 Tz. 34 – *Kattner Stahlbau GmbH*; EuGH, Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P Tz. 15 – *Akzo Nobel NV*.

unternehmerisch handeln, z.B. Privatpersonen als Mitglieder von Wohnbaugenossenschaften, nicht als Unternehmen anzusehen. Insoweit unterscheiden sich Genossenschaften nicht von anderen nicht genossenschaftlich organisierten Unternehmen oder Kooperationen.

- 26** Das Kartellrecht findet nur auf das Verhalten „zwischen Unternehmen“ Anwendung. Kein Raum besteht für das Kartellrecht im Hinblick auf Vereinbarungen zwischen zwei Unternehmen, die demselben Konzern angehören. Wenn zwei Unternehmen so eng miteinander verbunden sind, dass das eine über die Geschäftsstrategie des anderen entscheiden kann, spricht man von einem Unternehmensverbund, innerhalb dessen das Kartellrecht von vornherein keine Anwendung findet (sog. Konzernprivileg).⁹
- 27** Wann Unternehmen als miteinander verbunden gelten, bestimmt das deutsche Recht in der sog. Verbundklausel in § 36 Abs. 2 GWB für das gesamte GWB.¹⁰ Danach sind verbundene Unternehmen als einheitliches Unternehmen anzusehen, wenn ein beteiligtes Unternehmen ein abhängiges oder herrschendes Unternehmen im Sinne des § 17 des Aktiengesetzes oder ein Konzernunternehmen im Sinne des § 18 des Aktiengesetzes ist.
- 28** Abhängigkeit liegt nach § 17 Abs. 1 AktG vor, wenn ein (herrschendes) Unternehmen auf ein (abhängiges) Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Bei einer Mehrheitsbeteiligung (d. h. Mehrheit der Anteils- oder Stimmrechte) wird die Abhängigkeit widerleglich vermutet.¹¹ Aber auch bei Minderheitsbeteiligungen kann ein beherrschender Einfluss aufgrund der rechtlichen und tatsächlichen Umständen bestehen, die dem herrschenden Unternehmen die Einflussnahme auf strategisch relevante Geschäftsentscheidungen (z. B. Budgetplanung, Personalhoheit, Geschäftsstrategie) erlauben.¹² Zudem muss die Einflussmöglichkeit von einer gewissen Beständigkeit sein. Nur zufällige, von der freiwilligen Mitwirkung Dritter abhängige Einflussmöglichkeiten reichen nicht aus.¹³ Nach § 18 AktG sind alle Unternehmen, die (tatsächlich und nicht nur theoretisch) unter einheitlicher Leitung stehen, als Konzernunternehmen anzusehen. Der Konzern begründet ein Verhältnis nicht nur zwischen Mutter- und Tochterunternehmen, sondern auch zwischen den einzelnen Töchtern.¹⁴

⁹ Vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 2009, KZR 21/08, juris Tz. 15 – *Entega*.

¹⁰ Vgl. Begründung zum RegE der Sechsten GWB-Novelle, BT-Drucks. 13/9720, S. 56.

¹¹ Vgl. § 17 Abs. 2 AktG.

¹² Vgl. BGH, Urteil vom 19. Januar 1993, KVR 32/91, juris Tz. 39 – *Zurechnungsklausel*.

¹³ Vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 1981, II ZR 168/79, juris Tz. 15 – *Süssen*.

¹⁴ Vgl. Schmidt, K./Lutter-Vetter, AktG, 3. Aufl. 2015, § 18 AktG Tz. 2.

29 Die vorstehende Einordnung entspricht weitgehend der europäischen Rechtslage,¹⁵ wobei in diesem Zusammenhang von der „wirtschaftlichen Einheit“ gesprochen wird. Nach der gefestigten Entscheidungspraxis der Unionsgerichte müssen die betreffenden Gesellschaften durch wirtschaftliche, organisatorische und rechtliche Bindungen so eng miteinander verflochten sein, dass dadurch die Möglichkeit einer einheitlichen Leitung (bestimmende Einflussnahme) besteht und – anders als wenn ausschließlich deutsches Recht angewendet wird – der Einfluss auch tatsächlich ausgeübt wird.¹⁶

30 Für die Frage, ob zwei Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne als zusammengehörig angesehen werden, kommt es also maßgeblich auf die Beherrschungsverhältnisse an. Bei Genossenschaften und Verbundgruppen besteht häufig eine gesellschaftsrechtliche Verbindung: Einzelne, oft kleinere Unternehmen/Landwirte sind Genossen einer gemeinsamen Kooperationsgesellschaft. Die nachfolgenden Beispiele und ihre rechtlichen Bewertungen sollen einen ersten – vereinfachten – Überblick geben. Ob bzw. wer wen beherrscht, ist allerdings stets von den Umständen des Einzelfalls abhängig.¹⁷

- **Beispiel 1:** Unternehmen A, B und C gründen das gemeinsame Tochterunternehmen T, an dem jeder ein Drittel der Anteile hält. Die Gesellschafter können über ihr Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit die Geschäftsführung bestimmen. Die Geschäftsführung ist für Geschäftsstrategie und Finanzplanung zuständig. Folglich bedarf es einer Mehrheit der Stimmen, d. h. mindestens zwei Stimmen, um das Marktverhalten der Gesellschaft zu bestimmen.

Bei drei Gesellschaftern mit gleichen Anteilen an Stimmrechten sind wechselnde Mehrheiten möglich, sodass weder A, B noch C das Geschäftsgebaren von T allein steuern kann. Entsprechend dürfte keine wirtschaftliche Einheit zwischen T und einem oder mehrerer ihrer Muttergesellschaften bestehen. Folglich ist auch das Kartellrecht im Verhältnis zwischen A, B, C und T anwendbar.

- **Abwandlung:** Wie oben, nur haben Gesellschafter A und B fest verabredet, dass sie ihre Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung von T immer einheitlich ausüben. Da die

¹⁵ Soweit das Bundeskartellamt oder ein deutsches Gericht (auch) EU-Recht anwendet, ist es an die Entscheidungspraxis der Unionsgerichte gebunden.

¹⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 10. September 2009, C-97/08 P Tz. 54 ff. – *Akzo Nobel*.

¹⁷ Eine ausführliche Beschreibung mit weiteren Beispielen findet sich in der Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABIEU 2009 C 43/09 (Konsolidierte Mitteilung), Tz. 54 ff.

beiden stets die einfache Mehrheit (2 von 3 Stimmen) in der Gesellschafterversammlung halten, können sie die Gesellschaft gemeinsam kontrollieren.

In dieser Konstellation wäre von einer wirtschaftlichen Einheit jeweils zwischen A und T sowie B und T auszugehen. Zwischen den beiden gemeinsam beherrschenden Muttergesellschaften A und B bliebe das Kartellrecht hingegen anwendbar.

- **Beispiel 2:** Eine Einzelhandels-Genossenschaft hat viele hundert gleichberechtigte Mitglieder, die jeweils ein eigenes Einzelhandelsgeschäft führen. Daneben betreibt die Genossenschaft eigene Einzelhandelsgeschäfte als Regiebetriebe. Jedes Genossenschaftsmitglied verfügt über eine Stimme in der Generalversammlung, deren Entscheidungen mit einfacher Mehrheit getroffen werden. Die Mitglieder wickeln einen Großteil ihrer Einkäufe über die Genossenschaft ab und treten unter einem einheitlichen Markennamen auf. Sie haben auch die Möglichkeit, an gemeinsamen Werbeaktionen der Genossenschaft teilzunehmen. Im Hinblick auf die Preissetzung und die sonstigen strategischen geschäftlichen Entscheidungen sind sie jedoch unabhängig.

Das einzelne Mitglied hat keinen beherrschenden Einfluss auf die Genossenschaft. Zwar ist es aufgrund der „demokratischen“ Verfassung an der Entscheidungsfindung beteiligt, muss sich jedoch einer Mehrheitsentscheidung beugen. Das einzelne Mitglied kann also nicht in jedem Fall über die strategische Geschäftsausrichtung der Genossenschaft verfügen. Auch im Übrigen ist nicht ohne Weiteres von einer wirtschaftlichen Einheit zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern auszugehen, weil die Mitglieder ihre Waren zwar über die Genossenschaft beziehen, ansonsten aber selbständige geschäftliche und strategische Entscheidungen treffen können.

- **Abwandlung:** Wie oben, nur bestehen zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern zahlreiche Verträge, die zur Vereinheitlichung des wettbewerblichen Verhaltens führen. Die Verträge enthalten umfangreiche Pflichten für die Genossenschaftsmitglieder: Sie wickeln ihren gesamten Einkauf zentral über die Genossenschaft ab und müssen ein von der Genossenschaft vorgegebenes Pflichtsortiment (welches einen weit überwiegenden Anteil des Gesamtsortiments ausmacht) führen. Für die Produkte des Pflichtsortiments gelten Preisvorgaben, von denen die Genossenschaftsmitglieder nur in wenigen Ausnahmefällen

abweichen. Zudem gibt es enge Vorgaben zur Gestaltung von Werbemitteln und Verkaufsflächen unter einem einheitlichen Markenauftritt sowie zum Zeitpunkt und zur Ausgestaltung etwaiger Rabatt- oder Sonderaktionen nach einem zentral von der Genossenschaft erarbeiteten Vertriebskonzept. Schließlich sind die Genossenschaftsmitglieder eng in das von der Genossenschaft angebotene Warenwirtschaftssystem eingebunden und wickeln ihre Zahlungen über die genossenschaftseigene Zentralregulierung ab. Die Geschäftsräume werden in der Regel von der Genossenschaft angemietet. Sie entscheidet über die Eröffnung und Schließung dieser Standorte und vermietet diese – teilweise zu vorteilhafteren Konditionen – an die Mitglieder, sodass ein Austritt aus der Genossenschaft in der Regel mit dem Verlust des Ladengeschäfts verbunden wäre.

Auch hier hat das einzelne Mitglied keinen beherrschenden Einfluss auf die Genossenschaft. Allerdings hat umgekehrt die Genossenschaft aufgrund der engen Vertriebsbindungen weitreichende Einflussmöglichkeiten auf den Geschäftsbetrieb ihrer Mitglieder, welche ihrerseits nur noch sehr begrenzte selbstständige geschäftliche und strategische Entscheidungen treffen können. Aufgrund der engen Vorgaben ist der Wettbewerb der Genossenschaftsmitglieder untereinander sowie zur Genossenschaft gedämpft, sodass in diesem konkreten Fall erhebliche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Genossenschaft und ihre Mitglieder wegen der vertraglich vermittelten Einflussmöglichkeiten als wirtschaftliche Einheit zu betrachten sein könnten.

2. Reichweite und Grenzen des Kartellverbots

- 31** Ziel des Kartellrechts ist der unverfälschte Wettbewerb auf Grundlage der unternehmerischen Freiheit der Marktteilnehmer. Das Kartellverbot verbietet daher nach § 1 GWB Vereinbarungen (auch formlose „Gentlemen’s Agreements“) und abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken. Bei intaktem Wettbewerb konkurrieren die verschiedenen Anbieter über den Preis, die Qualität oder z. B. auch Innovationen um die Abnehmer. Dabei soll jeder Marktteilnehmer selbstständig über wettbewerbliche Parameter wie Preise, Vertriebsgebiete und Kunden entscheiden können (sog. Selbstständigkeitspostulat).¹⁸

¹⁸ Vgl. im Einzelnen unter https://www.bundeskartellamt.de/DE/Kartellverbot/kartellverbot_node.html.

32 Im europäischen Recht ist das Kartellverbot weitestgehend inhaltsgleich in Art. 101 Abs. 1 AEUV¹⁹ geregelt.

33 Seit 2005 müssen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen nicht mehr bei den Kartellbehörden angezeigt oder zur Genehmigung angemeldet werden. Es ist stattdessen die Pflicht der Unternehmen, selbst zu prüfen, ob ihr Verhalten oder eine Vereinbarung freigestellt und daher mit dem Kartellrecht vereinbar ist (sog. Selbstveranlagung).

a) Anwendbarkeit des deutschen und europäischen Kartellrechts

34 Die Anwendbarkeit des europäischen Rechts setzt voraus, dass ein Verhalten geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten der EU zu beeinträchtigen. Dies ist in der Regel der Fall, wenn eine Vereinbarung sich auf das gesamte deutsche Inland bezieht.²⁰ Der Handel zwischen Mitgliedstaaten kann aber auch beeinträchtigt sein, wenn sich die Vereinbarung auf größere Regionen des Inlands auswirkt.²¹

35 Wenn eine Vereinbarung den zwischenstaatlichen Handel nicht beeinträchtigt, ist nur das deutsche Recht auf sie anwendbar. Allerdings folgt das deutsche Kartellrecht in seiner Beurteilung den Regelungen des europäischen Rechts, sodass die rechtliche Bewertung im Ergebnis weitgehend unabhängig davon ist, ob europäisches oder deutsches Recht auf sie anwendbar ist.

36 Ausnahmen von diesem Wertungsgleichlauf bilden spezifische Kartellrechtsausnahmen im GWB, bspw. für Mittelstandskartelle (§ 3 GWB) oder für landwirtschaftliche Erzeugnisse (§ 28 GWB). Da der deutsche Gesetzgeber nur Ausnahmen vom deutschen – nicht auch vom europäischen – Kartellrecht schaffen kann, gelten diese Ausnahmen nur, soweit ausschließlich das deutsche Kartellrecht Anwendung findet.

b) Ausnahmen vom Kartellverbot

37 Selbst wenn Vereinbarungen oder Verhaltensweisen wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben, müssen sie nicht in jedem Fall einen Verstoß gegen das Kartellverbot darstellen. Ausnahmen können entweder auf gesetzlichen Sonderregeln für bestimmte Wirtschaftsbereiche beruhen (hierzu sogleich unter C.I.2.b)(1)) oder aufgrund richterlicher Rechtsfortbildung geschaffen worden sein (hierzu unter

¹⁹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, ABIEU 2008 C 115/47.

²⁰ Vgl. dazu näher Europäische Kommission, Leitlinien zum Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, ABIEU 2004 C 101/81, Tz. 78 ff.

²¹ Vgl. ebenda, Tz. 89 ff.

C.I.2.b)(2)). Diese Ausnahmen sind allesamt rechtsformunabhängig, sodass auch – aber nicht nur – Genossenschaften hiervon profitieren können.

(1) Gesetzliche Ausnahmen

- 38** Für Genossenschaften im Agrarbereich und ihre Mitglieder sind die spezifischen landwirtschaftlichen Kartellrechtsausnahmen des § 28 GWB und der GMO von besonderer Bedeutung.
- 39** § 28 GWB enthält eine weitgehende Bereichsausnahme für die Landwirtschaft. Danach sind bestimmte landwirtschaftliche Kooperationen (z. B. Vereinbarungen zwischen Landwirten über die Erzeugung oder den Absatz landwirtschaftlicher Erzeugnisse oder die Benutzung gemeinschaftlicher Einrichtungen) zulässig, sofern sie keine Preisbindung enthalten und den Wettbewerb nicht ausschließen.²² Parallel dazu finden auch im europäischen Recht die Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen nur insoweit Anwendung, als dies unter Berücksichtigung der Ziele der gemeinsamen Landwirtschaftspolitik vom Rat und vom EU-Parlament vorgesehen ist. Nach Art. 209 GMO findet das Kartellverbot keine Anwendung auf Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen, die entweder zur Verwirklichung der Ziele des Art. 39 AEUV notwendig sind (Art. 209 Abs. 1 UA 1 GMO) oder zwischen landwirtschaftlichen Erzeugerbetrieben, (anerkannten) Erzeugerorganisationen und deren jeweiligen Vereinigungen geschlossen und praktiziert werden, soweit sie die Erzeugung oder den Absatz landwirtschaftlicher Erzeugnisse oder die Benutzung gemeinschaftlicher Einrichtungen für die Lagerung, Be- oder Verarbeitung landwirtschaftlicher Erzeugnisse betreffen und durch sie die Ziele des Art. 39 AEUV nicht gefährdet werden (Art. 209 Abs. 1 UA 2 GMO). Diese Privilegierung greift jedoch nicht, wenn dadurch der Wettbewerb ausgeschlossen wird oder die Maßnahme zu einer Preisbindung verpflichtet (Art. 209 Abs. 1 UA 3 GMO). Ferner gibt es weitere Ausnahmen für anerkannte Erzeugerorganisationen, z. B. in Art. 152 Abs. 1a GMO. Nach Auffassung des Bundeskartellamtes sind sowohl horizontale Preisabsprachen zwischen mehreren Normadressaten – insbesondere die Vereinbarung einheitlicher Verkaufspreise – als auch die Preisbindung der zweiten Hand regelmäßig nicht von den genannten Ausnahmeregelungen erfasst. Lediglich anerkannte Erzeugerorganisationen profitieren von einer weitergehenden Ausnahme und dürfen im Rahmen der Vermarktung der Erzeugnisse ihrer Mitglieder auch Preise für diese aushandeln. Dies setzt jedoch voraus, dass die Erzeugerorganisation das Angebot bündelt und die Erzeugnisse ihrer Mitglieder auch tatsächlich im eigenen Namen vermarktet.²³

²² Zum unklaren Anwendungsbereich der Norm s. bereits Bundeskartellamt, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch vom 13. März 2017, S. 15, abrufbar auf der Internetseite des Bundeskartellamts; im Übrigen wird auf die einschlägige Kommentierung verwiesen, bspw. in Langen/Bunte-Jestaedt, § 28 GWB Tz. 4 ff.

²³ Vgl. hierzu auch Schlussanträge des Generalanwalts Wahl vom 6. April 2017, C-671/15, Tz. 95 – *Chicorée-Kartell*.

40 Daneben gibt es weitere sektorspezifische Regelungen außerhalb des GWB in den jeweiligen Fachgesetzen, die das GWB für nicht anwendbar erklären. Beispiele hierfür sind Ausnahmen in der Forstwirtschaft (§§ 40, 46 Bundeswaldgesetz), dem Tierzuchtgesetz (§ 29 TierZG) und dem Agrarorganisationsrecht (§ 6 AgrarOLkG).

(2) Ungeschriebene Grenzen des Anwendungsbereichs

41 Neben den gesetzlichen Ausnahmen sind in der deutschen und europäischen Entscheidungspraxis weitere Fallgruppen anerkannt, in denen das Kartellverbot nicht anwendbar ist. Diese Fallgruppen beruhen auf der Annahme, dass gewisse vertragliche Restriktionen den Wettbewerb insgesamt nicht beschränken, weil sie die wettbewerblichen Handlungsmöglichkeiten überhaupt erst eröffnen bzw. erweitern. Im Einzelnen sind dies u. a. Nebenabreden/immanente Beschränkungen in kartellrechtsneutralen Gesellschafts- oder Austauschverträgen sowie der Arbeitsgemeinschaftsgedanke.

42 So kann bspw. ein an sich kartellrechtsneutraler Vertrag Nebenabreden enthalten, die bei isolierter Würdigung wettbewerbsbeschränkend wirken (z. B. Wettbewerbsverbote). Diese Beschränkungen sind nach der Rechtsprechung aber akzeptabel, wenn und soweit sie objektiv die Durchführung des kartellrechtsneutralen Vertrages erst ermöglichen und zeitlich, räumlich sowie sachlich auf das notwendige Maß beschränkt sind. Diese wettbewerbsbeschränkenden Vertragspflichten und Verhaltensweisen der einen oder anderen Vertragspartei sind dann denotwendig mit der Vertragsbeziehung verbunden und ihr „wesenseigen“ (Immanenzgedanke im deutschen Recht bzw. notwendige Nebenabrede im EU-Recht).²⁴ Vereinfacht gesagt werden die Wettbewerbsbeschränkungen in Kauf genommen, um den kartellrechtsneutralen Leistungsaustausch erst zu ermöglichen.

43 In der Entscheidungspraxis der deutschen und EU-Gerichte gibt es eine Vielzahl von Entscheidungen, die sich unter dem Stichwort der Genossenschaftsimmanenz mit der Bewertung von satzungsmäßigen, d.h. in der Satzung enthaltenen Beschränkungen speziell bei Genossenschaften auseinandersetzen. Der BGH entwickelte bereits 1986 den Rechtsgrundsatz, dass satzungsmäßige Wettbewerbsbeschränkungen insoweit von der Anwendung des § 1 GWB ausgenommen seien, wie sie genossenschaftsimmanent – also insbesondere zur Sicherung des Zwecks oder der Funktionsfähigkeit der Genossenschaft erforderlich – sind.²⁵ Auch der EuGH stellte fest, dass genossenschaftliche Satzungen nur unter das Kartellverbot fallen, wenn die Beschränkungen über das hinausgehen, was erforderlich ist, um das ordnungsgemäße Funktionieren der Genossenschaft und insbesondere eine hinreichende wirtschaftliche

²⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 11. September 2014, C-382/12 P, juris Tz. 89 – *MasterCard u. a./Kommission* m.w.N.; BGH, Urteil vom 10. Dezember 2008, KZR 54/08, juris Tz. 15 ff. – *Subunternehmervertrag II*.

²⁵ Vgl. BGH, Beschluss vom 15. April 1986, KVR 1/85, juris Tz. 21 – *Taxigenossenschaft I*.

Grundlage und Stabilität des Mitgliederbestandes für sie sicherzustellen.²⁶ Ob Letzteres der Fall ist, bestimmt sich unter Berücksichtigung des Geschäftsgegenstands und der Struktur der betreffenden Genossenschaft sowie der Marktstruktur und der Marktposition der jeweiligen Genossenschaft. Voraussetzung ist weiter, dass der Zweck und die Struktur der betreffenden Genossenschaft als solche kartellrechtsneutral sind.²⁷ Entschieden wurde u. a. über Wettbewerbsverbote in Genossenschaftssatzungen, die eine Konkurrenztaetigkeit für die Dauer der Zugehörigkeit zur Genossenschaft untersagen. Mit Blick auf Taxigenossenschaften entschied der BGH bspw., dass zwar besondere genossenschaftliche Treuepflichten ggü. der Genossenschaft bestünden,²⁸ die die Mitglieder anhalten, die Interessen der Genossenschaft zu fördern und genossenschaftsschädigende Handlungen zu unterlassen. Ob eine solche Treuepflicht tatsächlich bestehe und gegebenenfalls in welchem Umfang, hänge aber von den Umständen des Einzelfalls ab. Die „Doppelmitgliedschaft“ von Genossen in einer konkurrierenden Fahrtenvermittlungszentrale könne den Zweck und die Funktionsfähigkeit der Genossenschaft jedoch typischerweise nicht derart gefährden (z. B. durch die Umleitung von Fahrtaufträgen²⁹), dass ein generelles Doppelmitgliedschaftsverbot gerechtfertigt wäre.³⁰ Für den Bereich anerkannter Erzeugerorganisationen enthält allerdings Art. 153 Abs. 1 lit. b) GMO vorrangige Regelungen zum Verbot der Doppelmitgliedschaft.³¹

- 44 Für Bezugsgenossenschaften akzeptierte der EuGH ein solches Verbot in einem Fall, in dem der Einkaufspreis maßgeblich vom Auftragsvolumen abhing.³² Wenn einige Mitglieder zweier miteinander konkurrierender Bezugsgenossenschaften beiden Organisationen angehörten und entsprechend ihr Beschaffungsvolumen aufteilen müssten, beeinträchtigte dies die Fähigkeit dieser beiden Genossenschaften, ihre Ziele zugunsten ihrer anderen Mitglieder (dies wären z. B. günstigere Einkaufskonditionen) zu verfolgen. Dieser Effekt werde noch verstärkt, wenn die betreffenden Mitglieder selbst Genossenschaften sind, denen viele einzelne Personen als Mitglieder angehören. Eine doppelte Mitgliedschaft gefährde damit sowohl das ordnungsgemäße Funktionieren der Genossenschaft als auch ihre Vertragsgestaltungsmacht ggü. den Erzeugern. Soweit sich das Verbot im Rahmen des Erforderlichen

²⁶ EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1994, C-250/92, Tz. 35 – *Gottrup-Klim* sowie Urteil vom 12. Dezember 1995, C-399/93 Tz. 14 – *Oude Luttikhuis*.

²⁷ Für das deutsche Recht: BGH, Beschluss vom 10. November 1992, KVR 26/91 Tz. 32 – *Taxigenossenschaft II*; für das EU-Recht: EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1995, C-399/93 Tz. 20 – *Oude Luttikhuis*.

²⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 1992, KVR 26/91, juris Tz. 36 – *Taxigenossenschaft II*.

²⁹ Also von Fahrtaufträgen, die der Taxifahrer von der Genossenschaft erhält, die er aber nicht selbst mit dem angerufenen Taxi ausführt, sondern an andere zur Ausführung weiterleitet.

³⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 15. April 1986, KVR 1/85, juris Tz. 21 – *Taxigenossenschaft I*; BGH, Beschluss vom 10. November 1992, KVR 26/91, juris Tz. 32 ff. – *Taxigenossenschaft II* sowie zuletzt OLG Düsseldorf, Urteil vom 31. Mai 2017, VI-U (Kart) 8/16, juris Tz. 50 ff.

³¹ Diese Regelungen gelten gem. Art. 153 Abs. 3 GMO ausdrücklich nicht für den Milchsektor. Allerdings ist gem. Art. 149 GMO eine gemeinsame Vermarktung der Milch nur möglich, wenn keine Doppelmitgliedschaft der Erzeuger vorliegt (es sei denn das Mitglied betreibt verschiedene Betriebsstätten in räumlich unterschiedlichen Gebieten, vgl. Art. 149 Abs. 2 lit. d).

³² Vgl. EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1994, C-250/92, juris Tz. 28 ff. – *Gottrup-Klim*.

halte, stelle das Doppelmitgliedschaftsverbot also nicht notwendigerweise eine Wettbewerbsbeschränkung dar und könne sich sogar positiv auf den Wettbewerb auswirken.

- 45** Schließen sich mehrere Unternehmen für die Ausführung eines meist größeren Auftrags zusammen (sog. Arbeitsgemeinschaft), vereinbaren sie häufig, keine eigenen Angebote abzugeben und nicht mit anderen Unternehmen zusammen zu arbeiten. Auch hierdurch wird die individuelle wirtschaftliche Handlungsfreiheit im Sinne der § 1 GWB und Art. 101 AEUV beschränkt, insbesondere wenn die beteiligten Unternehmen aus derselben Branche stammen und üblicherweise zueinander im Wettbewerb stehen. Anders ist dies jedoch, wenn die beteiligten Unternehmen glaubhaft vortragen, dass keines von ihnen allein in der Lage wäre, den Auftrag auszuführen oder ein eigenes Angebot jedenfalls objektiv wirtschaftlich unzweckmäßig oder kaufmännisch unvernünftig wäre.³³ In diesen Fällen sind die Unternehmen schon nicht als Wettbewerber um diesen Auftrag anzusehen, sodass kein Wettbewerb beschränkt werden kann. Nach der Rechtsprechung fehlt es in solchen Fällen nicht nur an einer Wettbewerbsbeschränkung, sondern der Wettbewerb wird durch die Zusammenarbeit sogar gestärkt.³⁴ Entsprechendes kann für Einkaufskooperationen gelten, soweit Unternehmen ihre Nachfragemengen bündeln, um eine vom Anbieter vorgegebene Mindestbezugsmenge oder sonstige vorgegebene Konditionen zu erreichen.³⁵ Insoweit finden sich im Kartellrecht durchaus Wertungen, die eng mit dem genossenschaftlichen Förderauftrag verwandt sind.

c) Freistellung vom Kartellverbot bei Effizienzvorteilen

- 46** Auch wenn das Kartellverbot grundsätzlich einschlägig ist, können Vereinbarungen zwischen Unternehmen Effizienzvorteile generieren, die die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen überwiegen. Solche Vereinbarungen können unter bestimmten Voraussetzungen freigestellt und damit zulässig sein.

(1) Freistellung im Einzelfall

- 47** Eine Einzelfreistellung kommt in Frage, wenn die in § 2 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV genannten Freistellungs Voraussetzungen erfüllt sind.

³³ Vgl. Bundeskartellamt, B1-73/13, SU Zement und Transportbeton, Juli 2017, Tz. 556 ff.

³⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 13. Dezember 1983, KRB 3/83 juris Tz. 13 – *Bauvorhaben Schramberg* sowie Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, AB/EU 2011 C 11/01 (Horizontal-Leitlinien), Tz. 237.

³⁵ Vgl. KG, Beschluss vom 16. Juni 1982, Kart. 7/82, WuW/E OLG 2745 (2751) – *HFGE* und den Beschluss des KG vom 26. Februar 1986, Kart. 7/85, WuW/E OLG 3737 (3745) – *Selex/Tania*.

48 Hierfür ist erforderlich, dass die Wettbewerbsbeschränkung zu Effizienzvorteilen führt, also bspw. die Warenerzeugung verbessert oder der technische Fortschritt gefördert wird. Dabei dürfen den beteiligten Unternehmen allerdings keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind. Schließlich müssen die Verbraucher an dem entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden und den Unternehmen darf keine Möglichkeit eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.³⁶

49 Die Unternehmen müssen aufgrund des Selbstveranlagungsprinzips grundsätzlich selbst einschätzen, ob ihre Vereinbarung diese Voraussetzungen erfüllt.

(2) Freistellung bestimmter Fallgruppen durch Gruppenfreistellungsverordnungen

50 Um die Selbstveranlagung zu vereinfachen, hat die Kommission für bestimmte Fallkonstellationen, in denen die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV typischerweise erfüllt sind, sog. Gruppenfreistellungsverordnungen (GVO) erlassen. Vereinbarungen, die die hierin aufgestellten Bedingungen erfüllen, sind automatisch vom Kartellverbot freigestellt. Die GVO-en gelten über die Verweisung in § 2 Abs. 2 GWB auch unmittelbar im deutschen Recht.

51 Im Zusammenhang mit den vorliegend zu behandelnden Themen ist die Vertikal-GVO³⁷ von besonderer Bedeutung. Sie ist „vertikal“, weil sie sich auf Vereinbarungen bezieht, in denen Unternehmen sich für die Zwecke dieser Vereinbarung auf unterschiedlichen Stufen der Wertschöpfungskette gegenüberstehen, und weil diese Vereinbarungen die Bedingungen betreffen, zu denen die beteiligten Unternehmen Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen dürfen, bspw. Vertriebs- oder Lieferverträge zwischen Herstellern und Händlern. Sind die Voraussetzungen der Vertikal-GVO erfüllt, sind die in der Vereinbarung enthaltenen Wettbewerbsbeschränkungen vom Kartellverbot freigestellt, wenn der jeweilige Marktanteil der an ihr beteiligten Unternehmen 30 Prozent nicht übersteigt (Art. 3 Vertikal-GVO, sog. Safe Harbor). Erfasst sind auch vertikale Vereinbarungen zwischen einer Unternehmensvereinigung von (kleineren) Wareneinzelhändlern und ihren Mitgliedern oder zwischen einer solchen Vereinigung und ihren Anbietern, wenn nur Mitglieder beteiligt sind, deren jährlicher Konzernumsatz unter 50 Mio. Euro liegt (Art. 2 Abs. 2 Vertikal-GVO).

³⁶ Vgl. im Einzelnen hierzu Kommission, Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag (jetzt Art. 101 Abs. 3 AEUV), ABIEU 2004 C 101/08.

³⁷ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABIEU 2010 L 102/1 (Vertikal-GVO). Die geltende Vertikal-GVO läuft Ende Mai 2022 aus und wird derzeit überarbeitet.

- 52** Bestimmte eindeutige Arten von Wettbewerbsbeschränkungen lassen den „Safe Harbor“ jedoch entfallen. Hierzu zählen bspw. verbindliche Preisvorgaben sowie Kunden- und Gebietsbeschränkungen. Nach Auffassung der Kommission stellen diese sog. Kernbeschränkungen nach Art. 4 Vertikal-GVO im Regelfall eine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs dar, die nicht durch hinreichende Effizienzgewinne aufgewogen wird – eine automatische Freistellung der Vereinbarung nach der Vertikal-GVO erscheint daher nicht angemessen. Sobald eine Vereinbarung eine Kernbeschränkung enthält, ist die gesamte Vereinbarung nicht mehr nach der Vertikal-GVO freistellungsfähig und muss mithin nach den allgemeinen Freistellungsbedingungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV geprüft werden, wobei die Kommission davon ausgeht, dass in solchen Fällen eine Einzelfreistellung regelmäßig nicht in Betracht kommt.³⁸
- 53** Daneben gibt es Vertragsklauseln, die zwar ebenfalls regelmäßig zu einer Wettbewerbsbeschränkung führen, die durch Effizienzgewinne nicht aufgewogen wird, jedoch typischerweise nicht zentrale Regelungsbestandteile der Vereinbarung sind. Das betrifft z. B. bestimmte Wettbewerbsverbote, etwa wenn sie eine Laufzeit von mehr als fünf Jahren haben (Art. 5 lit. a) Vertikal-GVO). Klauseln, die unter Art. 5 Vertikal-GVO fallen, profitieren nicht von der gruppenweisen Freistellung. Sie sind jedoch nicht automatisch unwirksam, sondern können ggf. nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sein. Wenn sich die entsprechenden Klauseln von der Gesamtvereinbarung abtrennen lassen, gilt die Freistellungswirkung der GVO zudem für den übrigen Teil der Vereinbarung fort.
- 54** Schließlich kann die Kommission die Vertikal-GVO für bestimmte vertikale Vereinbarungen durch Verordnung für nicht anwendbar erklären, wenn parallele Netze ähnlicher vertikaler Beschränkungen mehr als 50 Prozent des relevanten Marktes abdecken (Art. 6 Vertikal-GVO). Daneben können die Kommission oder die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten entscheiden, die Vorteile der Gruppenfreistellung zu entziehen, wenn sie in einem bestimmten Fall feststellen, dass eine freigestellte Vereinbarung Wirkungen hat, die mit Art. 101 Abs. 3 AEUV unvereinbar sind (Art. 29 VO 1/2003). Dieser Mechanismus ist in der Praxis aber bisher nur selten angewandt worden.³⁹
- 55** Daneben gibt es weitere GVOen, u.a. für Technologietransfer-Vereinbarungen⁴⁰, Forschungs- und Entwicklungsvereinbarungen⁴¹ und für Spezialisierungsvereinbarungen.⁴²

³⁸ Vgl. Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABIEU 2010 C 130/01, Tz. 47 (Vertikal-Leitlinien).

³⁹ Die Kommission hat dieses Instrument nur in einem einzigen Fall eingesetzt (vgl. EuGH, Entscheidung vom 1. Oktober 1998, C-279/95-P – *Langnese-Iglo.*). Auch die Wettbewerbsbehörden der Mitgliedstaaten haben bislang von dem Instrument kaum je Gebrauch gemacht.

⁴⁰ VO 316/2014, ABIEU 2014 L 93/17.

⁴¹ VO 1217/2010, ABIEU 2010 L 335/36.

⁴² VO 1218/2010, ABIEU 2010 L 335/43.

(3) Kooperationserleichterungen für KMU

- 56** Das GWB enthält zudem spezielle Kooperationserleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen (Mittelstandskartelle, § 3 GWB), um diesen Unternehmen einen Ausgleich für ihre strukturellen – größenbedingten – Nachteile im Wettbewerb mit marktstarken Großunternehmen zu gewähren. Mittelstandskartelle sind nach § 3 GWB vom Kartellverbot ausgenommen, wenn sie eine Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge zum Gegenstand haben. Dies gilt allerdings nur dann, wenn der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und die Vereinbarung dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern. Zum Teil sind damit sehr weitgehende Kooperationen von Mittelständlern zulässig, die nach allgemeinem Kartellrecht unzulässig wären.⁴³
- 57** Die Regelung zu Mittelstandskartellen stellt eine Besonderheit des GWB dar und findet keine Entsprechung im europäischen Recht. Soweit Art. 101 AEUV anwendbar ist, weil das Verhalten geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel in der Europäischen Union zu beeinträchtigen, ist dieses Verhalten ausschließlich an den Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV zu messen.⁴⁴ Denn die nationalen Wettbewerbsbehörden sind verpflichtet, Art. 101 AEUV in seinem Anwendungsbereich anzuwenden. Nationale Kartellrechtsausnahmen wie § 3 GWB schlagen mangels Gesetzgebungskompetenz jedoch nicht auf die EU-Ebene durch. Sofern der zwischenstaatliche Handel spürbar beeinträchtigt ist,⁴⁵ kann für die Beurteilung der Spürbarkeit der Auswirkungen allerdings eine Orientierung an der sog. De-Minimis-Bekanntmachung der Kommission erfolgen.⁴⁶

II. Genossenschaftswesen in Deutschland

1. Rechtsform der Genossenschaft

- 58** Die Genossenschaft ist eine vom deutschen Recht bereitgestellte Rechtsform, die im 19. Jahrhundert entstanden ist, um kleinen Unternehmen (insbesondere Landwirten und Handwerkern) zu ermöglichen, durch ein partielles Zusammenwirken ihre wirtschaftliche Betätigung und ihre Stellung im Markt

⁴³ Für Einzelheiten hierzu wird auf die sog. Bagatellbekanntmachung und das Merkblatt des Bundeskartellamtes über Kooperationsmöglichkeiten für kleine und mittlere Unternehmen, beide abrufbar auf der Internetseite des Bundeskartellamtes, verwiesen.

⁴⁴ Vgl. Regierungsbegründung zum RegE, BT-Drucks. 15/3640 vom 07. Juni 2004, S. 28, 45.

⁴⁵ Vgl. hierzu Europäische Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABIEU 2004 C 101/07, S. 81ff.

⁴⁶ Vgl. Europäische Kommission, Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken, ABIEU 2014 C 291/01.

zu stärken, aber dabei im Übrigen weiter selbständige Unternehmen zu bleiben.⁴⁷ Eine Genossenschaft zeichnet sich typischerweise dadurch aus, dass ihre Mitglieder mehrere Rollen haben: Sie stellen der Genossenschaft Kapital zur Verfügung, um diese in die Lage zu versetzen, eine Dienstleistung zu erbringen (Kapitalgeberrolle), sie legen die Regeln der Tätigkeit fest (Eigentümerrolle) und beziehen die Leistung der Genossenschaft (Kundenrolle). Durch diese Verbindung kann es Mitgliedern ermöglicht werden, am Markt tätig zu werden, etwa wenn hierfür hohe Fixkosten anfallen, ein Mitglied für sich genommen keine ausreichende Auslastung erreicht oder die Leistung nicht von Dritten bezogen werden kann. Auch können Mitglieder als Miteigentümer Regeln festsetzen, die verhindern, dass sie als Kunden in Abhängigkeitsphasen ausgebeutet werden, etwa durch überhöhte Kosten für kurzfristig benötigten, relevanten Produktionsinput. Zudem kann das Zusammenwirken von Genossen die Erzielung von Effizienzen (bspw. Größenvorteile) sowie die Ausübung gegengewichtiger Marktmacht (bspw. bei Einkaufsverbänden ggü. Herstellern) ermöglichen. Die genossenschaftliche Kooperation kann auch dem Wettbewerb zugutekommen, weil sich die Genossenschaftsmitglieder einerseits gegenseitig in ihrer Geschäftstätigkeit unterstützen, dem Markt aber andererseits als selbständige Marktteilnehmer erhalten bleiben.

- 59** Den eingetragenen Genossenschaften schreibt § 1 des Genossenschaftsgesetzes (GenG) dementsprechend als Unternehmenszweck vor, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern. Das von den Mitgliedern aufzubringende und gemeinschaftlich zu erwirtschaftende Gesellschaftsvermögen soll in erster Linie dazu dienen, die im Sinne des Förderzwecks vorgesehenen wirtschaftlichen Leistungen für die Mitglieder nach § 1 Abs. 1 GenG zu erbringen. Im Vordergrund steht somit der genossenschaftliche Förderzweck und nicht die Zahlung einer Rendite. Welche konkreten Geschäftstätigkeiten den Förderzweck mit Inhalt füllen bzw. dessen Reichweite bestimmen, richtet sich nach der gewählten Art der Genossenschaft und dem in der Satzung festgelegten Unternehmensgegenstand. Teils wird der Inhalt des Förderzwecks als mitgliedernützig und nichtkapitalistisch beschrieben.⁴⁸
- 60** Nach den genossenschaftlichen Prinzipien der Selbsthilfe und Selbstverwaltung schließen Genossenschaften wirtschaftliche Geschäfte v.a. mit und für ihre Mitglieder. Dies wird unter dem Begriff der „Identität“ von Genossenschaftsmitgliedern und Geschäftspartnern verstanden. Dieses Identitätsprinzip wird jedoch in der Praxis vielfach durchbrochen: Sowohl nach dem Genossenschaftsgesetz (§ 8

⁴⁷ Die Idee zur Gründung erster genossenschaftlich geprägter Organisationen geht auf Friedrich Wilhelm Raiffeisen (1818–1888) und Hermann Schulze-Delitzsch (1808–1883) zurück.

⁴⁸ Vgl. *Beuthien*, GenG 16. Aufl. 2018 § 1 Tz. 9.

Abs. 1 Nr. 5 GenG) als auch nach den Satzungen vieler Genossenschaften sind Geschäfte mit Nicht-Mitgliedern (sog. Drittgeschäfte) zulässig.

- 61** Die Mitglieder der Genossenschaft üben ihre Rechte grundsätzlich in der Generalversammlung aus, wobei in der Regel die Mehrheit der abgegebenen Stimmen entscheidet und jedem Mitglied typischerweise eine Stimme zukommt (§ 43 GenG). Je nach Art der Mitgliederstruktur (wenn mehr als drei Viertel der Mitglieder Unternehmen i.S.d. § 14 Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) sind oder die Mitglieder ausschließlich oder überwiegend eingetragene Genossenschaften sind, § 43 Abs. 3 GenG) können auch Mehrstimmrechte gewährt werden. In der Satzung kann bestimmt werden, dass auch Personen, die für die Nutzung oder Produktion der Güter oder Dienste der Genossenschaft nicht in Frage kommen, als „investierende Mitglieder“ mit begrenztem Stimmrecht zugelassen werden können (§ 8 Abs. 2 GenG). Bei Genossenschaften mit mehr als 1.500 Mitgliedern kann die Satzung bestimmen, dass die Generalversammlung aus Vertretern der Mitglieder (Vertreterversammlung) besteht (§ 43a GenG). Die Mitglieder der Leitungsorgane (Vorstand und Aufsichtsrat) müssen Genossenschaftsmitglieder und natürliche Personen sein. Sofern der Genossenschaft eingetragene Genossenschaften als Mitglieder angehören (z. B. im Stufenverband), können auch deren Mitglieder oder deren zur Vertretung befugte Personen Mitglied dieser Leitungsorgane werden (§ 9 Abs. 2 GenG).
- 62** Alternativ zur eingetragenen Genossenschaft (eG) existiert auf EU-Ebene die Rechtsform der Europäischen Genossenschaft (SCE), welche in der Praxis bislang nur untergeordnete Bedeutung erlangt hat.⁴⁹ Der in Art. 1 Abs. 3 SCE-VO definierte Hauptzweck der SCE besteht in der Deckung des Bedarfs der Mitglieder und/oder der Förderung der wirtschaftlichen und/oder sozialen Tätigkeit der Mitglieder. Dies entspricht – jedenfalls bei einer SCE mit Sitz in Deutschland – grundsätzlich dem Förderzweck der eG.

2. Genossenschaftslandschaft in Deutschland

- 63** Die Genossenschaftslandschaft in Deutschland ist äußerst vielfältig. Auf der einen Seite stehen die von den genossenschaftlichen Spitzenverbänden vertretenen Genossenschaften aus den Sparten Banken (Genossenschaftliche FinanzGruppe, Volksbanken Raiffeisenbanken), Agrar (aufgeteilt in Produktions- (z. B. Obst), Verarbeitungs- (z. B. Molkereien) und Handelsgenossenschaften (z. B. Hauptgenossenschaften wie Agravis)), Handel/Handwerk/Dienstleistung (gewerbliche Waren- und Dienstleistungsge-

⁴⁹ Seit Wirksamwerden der Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE-VO) im Jahr 2007 sind in ganz Europa nur ca. 50 SCE gegründet worden, hiervon 17 in Deutschland (Stand Mai 2019).

nossenschaften) sowie Konsum und sonstige Dienstleistungen. Auf der anderen Seite gibt es teils bedeutende Wohnbaugenossenschaften sowie eine Vielzahl kleinerer und kleinster Genossenschaften im sozialen Bereich, bspw. für Seniorenbetreuung, Dorfläden oder Wohninitiativen.

- 64** Umfang und Tiefe der Liefer- und Leistungsbeziehungen zwischen den Genossenschaften und ihren Mitgliedern richten sich nach den satzungsmäßigen Vorgaben, Beschlüssen der Mitglieder in den General-/Vertreterversammlungen oder nach individuellen schuldrechtlichen Verträgen. Eine feste Verknüpfung von Leistungsbeziehung und Mitgliedschaft entspricht zwar dem Grundgedanken des genossenschaftlichen Förderprinzips, ist aber weder gesetzlich noch institutionell zwingend.
- 65** In den genossenschaftlichen Spitzenverbänden sind nicht nur Kooperationen in Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft organisiert. Es gibt eine Vielzahl in anderen Rechtsformen organisierter Kooperationen, in denen rechtlich selbständige Unternehmen – in der Regel kleinere und mittlere Unternehmen – ihre Aktivitäten mit genossenschaftlicher Zielsetzung im Sinne des § 1 Abs. 1 GenG bündeln.
- 66** Insbesondere im Bereich der gewerblichen Waren- und Dienstleistungsgenossenschaften sind sog. Verbundgruppen weit verbreitet. Deren Kernaufgabe besteht in der Warenbeschaffung im Eigen- und Vermittlungsgeschäft sowie zunehmend auch in der Unterstützung auf der Absatzseite und bei sonstigen Dienstleistungen (u. a. Logistik, Ladeneinrichtung, IT etc.). In der Regel sind die selbständigen Unternehmen Gesellschafter der Verbundgruppe, bspw. als Mitglied einer Genossenschaft, als Kommanditist einer Personenhandelsgesellschaft (KG) oder als Gesellschafter einer GmbH oder Aktiengesellschaft (AG). Daneben gibt es Verbundgruppen, denen die Mitglieder nicht durch gesellschaftsrechtliche Mitgliedschaft, sondern ausschließlich durch schuldrechtliche Verträge angeschlossen sind. Die Marktbedeutung der einzelnen Verbundgruppen variiert erheblich. Während manche Verbundgruppen nur einen geringen Anteil des Marktvolumens bündeln, können die in solchen Verbundgruppen zusammengeschlossenen Unternehmen gemeinsam erhebliche Marktanteile erreichen.⁵⁰
- 67** Zudem gibt es insbesondere im Bereich des Agrarhandels sog. Holding-Genossenschaften, die ihren Geschäftsbetrieb vollständig auf Tochtergesellschaften in Form der Aktiengesellschaft oder GmbH ausgegliedert haben.⁵¹

⁵⁰ Vgl. Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 29. Januar 2019, B11-28/16 – ZEG Zweirad-Einkaufs-Genossenschaft e.G.

⁵¹ Dies trifft auf drei der fünf Hauptgenossenschaften in Deutschland zu: AGRAVIS Raiffeisen AG, BayWa Aktiengesellschaft und Raiffeisen Waren GmbH.

- 68** Die ländlichen oder Agrar-Genossenschaften verstehen sich als sog. Bezugs- und Absatzgenossenschaften. Einerseits bündeln sie den Bezug von Betriebsmitteln wie Saatgut, Dünge- und Pflanzenschutzmittel, Agrartechnik etc. Andererseits übernehmen sie die Erfassung, den Absatz und die Vermarktung der Erzeugnisse ihrer Mitglieder. Daneben gibt es Verwertungsgenossenschaften, z. B. für die Milchverarbeitung, die Weinbereitung oder die Vermarktung von Obst und Gemüse.
- 69** Die agrarwirtschaftlichen Absatz- und Bezugsgenossenschaften (auch: Agrarhandel) sind traditionell zweistufig ausgestaltet. Prägend ist insoweit der sog. Stufenverband, bestehend aus Haupt- und Primärgenossenschaften. Das Verhältnis von Haupt- und Primärgenossenschaften ist durch gegenseitige Beteiligungen und enge wirtschaftliche Verbindungen geprägt. Zudem sind beide in der Regel Mitglieder des Deutschen Raiffeisenverbands e.V. Die Primärgenossenschaften sind vornehmlich auf der Einzelhandelsstufe tätig, wobei sie typischerweise eine regionale Kooperation von Mitgliedern mit einem entsprechend eher lokalen Einzugs- und Vertriebsgebiet sind. Auf der Einzelhandelsstufe des Agrarhandels setzen sie Betriebsmittel an die Landwirte ab und erfassen deren Erzeugnisse. Dieser Stufe vorgelagert ist regelmäßig die Großhandelsstufe, auf der Unternehmen tätig sind, die die von ihnen vertriebenen Betriebsmittel bei der Industrie nachfragen und an die der Einzelhandelsstufe zuzurechnenden Agrarhändler veräußern. Diese Funktion übernehmen grundsätzlich die Hauptgenossenschaften für die Primärgenossenschaften, die ihren Sitz im Tätigkeitsgebiet der jeweiligen Hauptgenossenschaft haben und die Anteile an „ihrer“ Hauptgenossenschaft halten. Traditionell nehmen Hauptgenossenschaften nur in den Gebieten Einzelhandelsfunktionen wahr, in denen keine Primärgenossenschaft tätig ist. Aufgrund des Strukturwandels wachsen die einzelnen Marktstufen allerdings zunehmend zusammen. In den letzten beiden Jahrzehnten haben Hauptgenossenschaften, aber auch private Großhändler, ihre Tätigkeiten auf der Einzelhandelsstufe ausgeweitet. So treten die Hauptgenossenschaften nunmehr zunehmend in Konkurrenz zu den Primärgenossenschaften.⁵² Der private Agrarhandel differenziert in der Regel ohnehin nicht zwischen Groß- und Einzelhandelsstufe.

3. Neue Herausforderungen und Möglichkeiten in der Digitalökonomie

- 70** Das Erstarken des Online-Handels und der Plattformökonomie stellt die Genossenschaften und Verbundgruppen vor neue Herausforderungen. Ein erheblicher Anteil der Warenverkäufe an Verbraucher, aber auch im business-to-business-Bereich (B2B), verlagert sich vom stationären Handel auf das Inter-

⁵² Vgl. Positionspapier von DRV, DGRV und Mittelstandsverbund vom 25. Oktober 2018 (Positionspapier der Genossenschaftsverbände), S. 5; Antwort des DRV, DGRV und Mittelstandsverbunds vom 17. April 2019 auf das Auskunftsersuchen des Bundeskartellamts vom 21. Februar 2019 (Antwort der Genossenschaftsverbände), S. 7.

net. Viele Anbieter sind auf beiden Vertriebskanälen parallel aktiv (sog. Multi-Channeling). Dies eröffnet auch für kleinere Händler die Möglichkeit, ihr Absatzgebiet auszudehnen und auch Kundengruppen in entfernteren Gegenden zu erreichen.

- 71** Da der Betrieb eines eigenen Online-Shops mit signifikanter Reichweite kosten- und ressourcenintensiv ist, sind kleinere Händler häufig auf die Nutzung von Marktplatzplattformen angewiesen. Neben marktstarken Plattformen wie Amazon o. ä. kommen auch von Verbundgruppen betriebene Plattformen in Betracht, über die die angeschlossenen Händler ihre Produkte online vertreiben können. Auch im B2B-Bereich werden vermehrt Handelsplattformen errichtet, über die Kunden die Online-Angebote mehrerer Wettbewerber abrufen können.⁵³ Sie stellen damit einen ergänzenden Vertriebskanal dar. Häufig kommt es vor, dass ein Unternehmen auf diesen Handelsplattformen sowohl als Anbieter als auch als Nachfrager auftritt.
- 72** Daneben werden die Genossenschaften zunehmend in der Erfassung, Aufbereitung und Auswertung der im Rahmen ihrer Tätigkeit generierten Datenmengen tätig und stellen sie ihren Mitgliedern (und ggf. Dritten) zur Verfügung. Die Gestaltungsmöglichkeiten und -grenzen dieser neuen Aufgabengebiete stellen Genossenschaften und Verbundgruppen – auch in kartellrechtlicher Hinsicht – vor neue Herausforderungen.

⁵³ Beispiele hierfür sind die Agrarhandelsplattform Unamera, vgl. Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 5. Februar 2020, B2-140/19, und die Stahlhandelsplattform XOM Metals, vgl. Bundeskartellamt, Fallbericht vom 27. März 2018, B5-1/18-01.

D. Kartellrechtliche Beurteilung in der Praxis

73 Bei der kartellrechtlichen Beurteilung der Aktivitäten von Genossenschaften ist es entscheidend, zwei Konstellationen klar zu trennen: Die erste betrifft das Verhalten der einzelnen Genossenschaft, wie sie ggü. ihren Mitgliedern agiert und für diese am Markt tätig wird (hierzu unter D.I.). Die zweite Konstellation betrifft die Frage, wie sich Genossenschaften untereinander oder im Verhältnis zu Dritten im Wettbewerb verhalten dürfen (hierzu unter D.II.). Diese Unterscheidung nehmen auch der Europäische Gerichtshof (EuGH)⁵⁴ und die Europäische Agrarmarktordnung vor, wo neben der allgemeinen Ausnahme des Art. 209 GMO eine Sonderregelung für anerkannte Erzeugerorganisationen gilt (Art. 152 Abs. 1a bzw. Art. 149 GMO als Sonderregelung für den Sektor Milch und Milcherzeugnisse), die bspw. die Vermarktung der Erzeugnisse ihrer Mitglieder übernehmen dürfen. Der Generalanwalt am EuGH spricht insoweit prägnant von der „internen“ und der „externen Fallkonstellation“.⁵⁵

I. Verhältnis zwischen den Genossenschaften und ihren Mitgliedern

74 Ausgehend von dem Grundsatz, dass Genossenschaften im Kartellrecht nicht allein wegen ihrer Rechtsform privilegiert sind (unter D.I.1.), werden nachfolgend einzelne wichtige Fallgruppen aus der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes behandelt. Dies betrifft sowohl die kartellrechtliche Zulässigkeit langfristiger Lieferverpflichtungen (D.I.2.) als auch Möglichkeiten und Grenzen des gemeinsamen (Online-)Vertriebs (D.I.3.) sowie des Informationsaustauschs (D.I.4.).

1. Die genossenschaftliche Rechtsform in der kartellrechtlichen Betrachtung

75 Die behördliche und auch gerichtliche Kartellrechtspraxis ist sich der besonderen Funktion von Genossenschaften, ihrer Verfasstheit und demokratischen Entscheidungsstrukturen bewusst. Der Genossenschaftsgedanke als solcher – etwa die Überlegung, dass sich kleinere Marktteilnehmer zur Erzielung von Effizienzen und zur Schaffung eines wirtschaftlichen Gegengewichts bei der Weiterverarbeitung ihrer Produkte zusammenschließen können, um Kosten zu senken und effizienter produzieren oder beim Einkauf über größere Beschaffungsvolumina bessere Konditionen verhandeln zu können – wird vom Kartellrecht positiv gesehen. Gleichwohl sind Genossenschaften nicht prinzipiell vom Kartellrecht ausgenommen.

⁵⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 11. November 2017, C-671-15, Tz. 57 ff. – *Chicorée-Kartell*.

⁵⁵ Vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Wahl vom 6. April 2017, C-671/15, Tz. 111 – *Chicorée-Kartell*.

- 76 Insbesondere existiert kein spezifisches „Genossenschaftsprivileg“ im Kartellrecht.⁵⁶ Eine Ausnahme vom Kartellverbot gilt nur im Falle gesetzlicher Ausnahmen, in den unter C.I.2.b)(1) dargestellten Fallgruppen oder dann, wenn die Genossenschaft und ihre Mitglieder die unter C.I.1 dargestellten Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Einheit erfüllen. Letzteres ist eine Frage des Einzelfalls, dürfte aber nur selten der Fall sein.⁵⁷
- 77 Zwar wird mitunter für die Beschreibung der oben unter C.I.2.b)(1) dargestellten landwirtschaftlichen Ausnahmetatbestände des § 28 GWB und der GMO der Begriff „Genossenschaftsprivileg“ verwendet.⁵⁸ Diese Bezeichnung ist jedoch irreführend. Die landwirtschaftlichen Ausnahmetatbestände knüpfen nicht an die Rechtsform eines Unternehmens an, sondern stellen eine branchenbezogene Privilegierung dar, die auch den Unternehmen in anderer Rechtsform zugutekommt. Auch im Übrigen gibt es keine Privilegierung aufgrund der Rechtsform der Genossenschaft und etwaiger hieraus resultierender Treuepflichten. Zwar hat die zivilgerichtliche Rechtsprechung wiederholt bestätigt, dass zwischen den Genossenschaften und ihren Mitgliedern besondere Treuepflichten existieren. Aus dieser Rechtsprechungspraxis geht jedoch auch hervor, dass diese Pflichten eng auszulegen sind und sich streng an der Verhältnismäßigkeit orientieren müssen. Das bedeutet, dass auch die Beschränkungen im Innenverhältnis erforderlich sein müssen und in räumlicher, zeitlicher und sachlicher Hinsicht nicht über das erforderliche Maß hinausgehen dürfen.⁵⁹
- 78 Das GenG und das GWB stehen in der Normenhierarchie gleichberechtigt nebeneinander. Insbesondere kommt den Normen des GenG kein Vorrang vor dem Kartellrecht zu.⁶⁰ Das Genossenschaftsrecht und das Kartellrecht betreffen unterschiedliche Regelungsgegenstände. Das Genossenschaftsgesetz (wie auch das GmbHG oder das AktG) trifft nur Aussagen darüber, was aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zulässig ist. Eine Beurteilung der wettbewerblichen Auswirkungen ist hiermit nicht verbunden; sie müssen vielmehr im Einzelfall geprüft werden.⁶¹ Entsprechendes gilt, wenn die Regelungen in der Satzung (dem „Statut“) der Genossenschaft getroffen werden und nach dem Genossenschaftsgesetz

⁵⁶ Wohl aber im Zusammenhang mit anderen Rechtsgebieten, z.B. dem Rechtsberatungsgesetz: BGH, Urteil vom 20. Januar 1994, I ZR 283/91 – *Genossenschaftsprivileg*.

⁵⁷ Z.B. hat das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung zum Erwerb von Real-Standorten durch Edeka den gesamten Edeka-Verbund unter Einbeziehung der selbständigen Einzelhändler und der Regionalgesellschaften als wirtschaftliche Einheit und auch als verbundene Unternehmen nach § 36 Abs. 2 GWB angesehen, siehe Bundeskartellamt, Entscheidung vom 17. März 2021, B2-85/20 Tz.15 – *Real/Edeka*.

⁵⁸ Zum Beispiel in Oberlandesgericht (OLG) Oldenburg, Urteil vom 3. Februar 1998, 5 U 88/97, juris Tz. 33 – Außerordentliche und ordentliche Kündigung der Mitgliedschaft in einer Molkereigenossenschaft.

⁵⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 15. April 1986, KVR 1/85, juris Tz. 21 f. – *Taxigenossenschaft I*.

⁶⁰ Die EU-Wettbewerbsregeln haben hingegen Vorrang vor dem innerstaatlichen Kartellrecht, wenn die Wettbewerbsbeschränkung geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, vgl. Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003.

⁶¹ Vgl. *Mestmäcker*, WuW 1970, 835, 840 ff.; *Beuthien*, ZHR 142 (1978), 259, 260 ff.

zulässig sind. Das Nebeneinander von Verbands- und Kartellrecht stellt im Übrigen sicher, dass sich Unternehmen nicht durch die bloße Wahl der Rechtsform dem Kartellrecht entziehen können.⁶²

- 79** Eine kartellrechtliche Kontrolle des Binnenverhältnisses ist schon deshalb angemessen, weil Bindungen im Innenverhältnis auch nachteilige Wirkungen für Wettbewerber und Endkunden haben können, etwa indem sie Wettbewerber von den Märkten abschotten.
- 80** Ein Eingreifen kann im Einzelfall auch im Interesse der Mitglieder liegen. Zwar könnte argumentiert werden, dass kein Schutzbedürfnis der Genossenschaftsmitglieder „vor sich selbst“ bestehe, weil sie an den Entscheidungen und Handlungen der Genossenschaft durch ihre Mitgliedschaftsrechte mitwirken.⁶³ Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass auch Entscheidungen, die in einem demokratischen Prozess herbeigeführt werden, regelmäßig nicht einstimmig ergehen. Ein Mitglied, das etwa aufgrund einer Mehrheitsentscheidung für lange Kündigungsfristen gegen seinen Willen am Verlassen der Genossenschaft gehindert wird, kann durchaus beeinträchtigt sein.⁶⁴ Darüber hinaus kann bei Genossenschaften – ebenso wie in allen anderen Gesellschaftsformen – die Geschäftsleitung auch gegen die Interessen der Mitglieder handeln. So hat die Fallpraxis⁶⁵ des Bundeskartellamtes gezeigt, dass der Genossenschaft mit ihren Mitgliedern – trotz des genossenschaftlichen Identitätsprinzips – durchaus ein Handeln zu Lasten (eines Teils) der Mitglieder möglich ist.
- 81** Es ist jedoch grundsätzlich auch anzuerkennen, dass das Schutzbedürfnis der Genossenschaftsmitglieder in einem Großteil der Fälle relativ gering sein dürfte, weil sie sich der Genossenschaft freiwillig angeschlossen und damit die Satzungsregelungen anerkannt haben. Es kann jedoch Einzelfälle geben, in denen ein Eingreifen der Kartellbehörden in das interne Verhältnis zum Schutz des Wettbewerbs (und damit mittelbar auch der Genossen) angemessen ist. Dies ist bspw. der Fall, wenn den Mitgliedern kaum Alternativen zum Eintritt in eine Genossenschaft mit den entsprechenden Satzungsbestimmungen bleiben. So stellten sich im Fall „Rohmilch-Lieferbedingungen“ die großen genossenschaftlichen Molkereien aus Erzeugersicht nicht durchgängig in der klassischen Form als „freiwilliger Zusammenschluss“ einiger Landwirte dar. Vielmehr war die vorgelagerte Entscheidung für die Lieferbeziehung

⁶² Vgl. BGH, Urteil vom 17. Mai 1973, KZR 2/72, juris Tz. 14 – *Stromversorgungsgenossenschaft*; BGH, Urteil vom 19. Oktober 1982, KZR 31/81, juris Tz. 34 – *Privatmolkerei*.

⁶³ Die Genossenschaftsmitglieder sind sowohl Eigentümer mit (teils delegierten) Weisungs- und Kontrollrechten als auch Abnehmer der Genossenschaften, sodass alle gemeinsam organisierten Leistungen immer ihnen zugutekommen (Identitätsprinzip).

⁶⁴ Vgl. Bundeskartellamt, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen Rohmilch.

⁶⁵ Vgl. Bundeskartellamt, B2-43/16 – *Milchlieferbedingungen* und Bundeskartellamt, B11-28/16 – *ZEG Zweirad-Einkaufs-Genossenschaft eG*.

mit einem Großunternehmen zumindest für einen Teil der Erzeuger zusätzlich an die Mitgliedschaft in der Genossenschaft geknüpft.⁶⁶

- 82** Die Wertungen des Genossenschaftsrechts sowie die dem Genossenschaftswesen zugrundeliegenden Prinzipien (Förder- und Identitätsprinzip) sind – je nach konkreter Ausprägung – im Rahmen der Einzelfallprüfung zu berücksichtigen.

2. Kündigungsfristen und Ausschließlichkeitsbindungen

- 83** Genossenschaften sind mit ihren Mitgliedern in der Regel auf zweierlei Weise verbunden: Durch die Mitgliedschaft einerseits und durch (teils weitreichende) Leistungsbeziehungen andererseits. Aus kartellrechtlicher Sicht sind diese Beziehungen grundsätzlich getrennt zu betrachten. In der Praxis werden die Leistungsbeziehungen jedoch nicht unbedingt in einer separaten Vereinbarung (z. B. in einem Liefervertrag) geregelt, sondern sind untrennbar mit der Mitgliedschaft in der Genossenschaft verbunden.

a) Trennung von Mitgliedschaft und Leistungsverhältnis als Lösungsmöglichkeit

- 84** Die Verknüpfung von Mitgliedschaft und Lieferbeziehung kann dazu führen, dass die innere Verfasstheit der Genossenschaft, nämlich die satzungsmäßige Dauer der Mitgliedschaft bzw. deren Kündigungsmöglichkeit, kartellrechtlich relevant wird. Eine Lösung für diesen spezifischen Konflikt – und damit ggf. eine bessere Ausnutzung bestehender Spielräume – kann in der Entkopplung von Genossenschaftsverhältnis und Lieferbeziehung liegen. Ein Beispiel hierfür sind die vom Bundeskartellamt untersuchten Fälle im Milchsektor.⁶⁷ Dort galt bspw. für die Erzeuger für die Dauer der Genossenschaftsmitgliedschaft eine 100 prozentige Ablieferungspflicht.⁶⁸ Das Bundeskartellamt stellte das Musterverfahren gegen die Deutsche Milch Kontor eG (DMK) Anfang 2018 ein, nachdem DMK in Reaktion auf das Verfahren seine Lieferbedingungen verändert und die Kündigungsfrist für die Lieferbeziehung von 24 auf 12 Monate abgesenkt hatte.
- 85** Hintergrund der getrennten Betrachtung ist, dass im Hinblick auf die Mitgliedschaft auch längere Kündigungsfristen gerechtfertigt sein können, während langfristigen Ausschließlichkeitsbindungen, bspw. im Lieferverhältnis, in Verbindung mit Marktmacht ein wettbewerbliches Schädigungspotential innewohnen kann. Das Schädigungspotential langfristiger Ausschließlichkeitsbindungen kann aus Sicht des Bundeskartellamtes noch verstärkt werden, wenn die Bindungen in der Branche weit verbreitet sind.

⁶⁶ Vgl. Im Einzelnen hierzu Bundeskartellamt, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen Rohmilch.

⁶⁷ Vgl. Bundeskartellamt, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen Rohmilch, S. 16.

⁶⁸ Vgl. Bundeskartellamt, Abschlussbericht Sektoruntersuchung Milch, B2-19/08, Tz. 92.

Denn wenn die Genossenschaftsmitglieder nicht zeitnah durch Wechsel der Genossenschaft auf schlechte Abnahmebedingungen „ihrer“ Genossenschaft reagieren können, kann dies zu einer Abschottung der Genossen von alternativen Absatzkanälen führen. Zudem können die Reaktionszeiten aufgrund der Ausschließlichkeitsbindungen so lang bemessen sein, dass es (potentiellen) Wettbewerbern nicht sinnvoll möglich ist, auf Geschäftschancen zu reagieren.

b) Wettbewerbliche Beurteilung von Kündigungsfristen

- 86** Kündigungsfristen sind häufig unmittelbar in der Genossenschaftssatzung geregelt. Die Kündigungsfrist bestimmt dabei den Zeitrahmen für die Beendigung der Genossenschaftsmitgliedschaft. Nach § 65 GenG sind Kündigungsfristen von bis zu zehn Jahren zulässig. Dies führt allerdings nicht automatisch dazu, dass eine lange Kündigungsfrist auch aus kartellrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist (zum Verhältnis zwischen Genossenschafts- und Kartellrecht s. bereits unter D.I.1). Es kommt vielmehr auf den Einzelfall an.
- 87** Prinzipiell dürfte hinsichtlich längerer Kündigungsfristen für die Genossenschaftsmitgliedschaft als solche kartellrechtlich mehr Spielraum bestehen. Zwar beschränken lange Kündigungsfristen den Wettbewerb der Genossenschaften um Mitglieder. Diese Beschränkung kann aber durch Effizienzvorteile aufgewogen werden. Denn die Genossenschaften decken ihren Kapitalbedarf aus den Genossenschaftsanteilen und ggf. den laufenden Mitgliedschaftsbeiträgen. Mit dem Austritt des Mitglieds fallen nicht nur die laufenden Mitgliedschaftsbeiträge weg, sondern es muss insbesondere auch die Einlage zurückgezahlt werden. Gerade im Hinblick auf den Abfluss des Gesellschaftsvermögens kann es für die Genossenschaft wichtig sein, bevorstehende Rückzahlungen rechtzeitig in die Finanzplanung einzubeziehen. Vor diesem Hintergrund stellt die getrennte Betrachtung von Mitgliedschaft und Andienungspflicht ein milderes Mittel dar, das die Berücksichtigung gerade dieser Faktoren erlaubt. Eine schematisch einheitliche Betrachtung könnte dazu führen, dass auch die Mitgliedschaft auf das für Ausschließlichkeitsbindungen zulässige Maß begrenzt werden müsste.

c) Wettbewerbliche Beurteilung von Ausschließlichkeitsbindungen

- 88** Die Genossenschaftsmitgliedschaft ist häufig mit sog. Andienungspflichten verbunden, wonach die Genossenschaftsmitglieder (Anbieter) sämtliche oder einen wesentlichen Teil ihrer Erzeugnisse bei der Genossenschaft (Abnehmer) einliefern müssen. In diesem Zusammenhang spricht man auch von Ausschließlichkeitsbindungen oder der sog. Alleinbelieferung.

- 89** Ausschließlichkeitsbindungen hindern die Erzeuger an kurzfristigen Wechseln der Abnehmer und erschweren damit wettbewerbliche Reaktionen. Anderen Abnehmern stehen die gebundenen Mengen nicht für Marktzutritte oder eine Ausweitung der Produktion zur Verfügung. Soweit es hierdurch zu marktabschottenden Wirkungen kommt (z. B. weil die betreffende Genossenschaft über eine sehr starke Marktposition verfügt oder weil solche Bindungen im Markt weit verbreitet sind, sodass hier von kumulativen Wirkungen ausgegangen werden kann), kann es sich hierbei unter bestimmten Marktgegebenheiten um Wettbewerbsbeschränkungen handeln, die den Wettbewerb weitgehend abschwächen können.⁶⁹
- 90** Soweit Ausschließlichkeitsbindungen für die Vertragsdurchführung oder zur Sicherstellung des Zwecks und der Funktionsfähigkeit der Genossenschaft erforderlich sind, ist es möglich, dass sie nach dem Immanenzgedanken von vornherein nicht dem Kartellverbot unterfallen (vgl. oben unter C.I.2.b)(2)). Dabei ist stets der tatsächliche wirtschaftliche Zusammenhang zu berücksichtigen, da Ausschließlichkeitsbindungen – je nach Eigenart des betroffenen Markts – den Wettbewerb auch verstärken können, indem sie dem Erzeuger den Absatz seiner Produkte und der Genossenschaft die Versorgung mit Rohstoffen sicherstellen.⁷⁰ Dies kann u.a. auch dann für eine begrenzte Zeit in Betracht kommen, wenn nur durch die Exklusivität die Erschließung eines neuen Markts möglich ist, sodass hierdurch kein anderweitiger Wettbewerb beschränkt wird. Hat das Unternehmen den Markt erfolgreich erschlossen, sind die Beschränkungen jedoch erneut und – mit Blick auf die geänderten Marktverhältnisse – ggf. anders zu beurteilen. Soweit Andienungspflichten für einen Teil der Erzeugnisse in anerkannten Erzeugerorganisationen gesetzlich vorgesehen sind, wird auch dies in der Kartellrechtsanwendung zu berücksichtigen sein.
- 91** Soweit der Immanenzgedanke nicht zum Tragen kommt, können Ausschließlichkeitsbindungen darüber hinaus vom Kartellverbot freigestellt sein. Ausschließlichkeitsbindungen können auch mit Effizienzen einhergehen, etwa der Senkung der Logistikkosten, wenn bei Vertrieb und Transport Größenvorteile genutzt werden können oder wenn durch die Ausschließlichkeitsbindung die Rohstoffversorgung sichergestellt wird, damit sich Investitionen, bspw. in spezifische Produktions- oder Verarbeitungsanlagen, amortisieren.⁷¹

⁶⁹ Vgl. EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1995, C-399/93 – *Oude Luttikhuis*; EuG, Urteil vom 2. Juli 1992, T-61/89 Tz. 107, 109 – *Dansk Pelsdyravlerforening*; KOM, Entscheidung vom 12. April 1991, XXI. Bericht über die Wettbewerbspolitik 1991, S. 75 f – *Campina* sowie Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 9. Januar 2018 - Einstellung des Verfahrens gegen die Molkerei DMK.

⁷⁰ EuG, Urteil vom 2. Juli 1992, T-61/89 Tz. 99 – *Dansk Pelsdyravlerforening*.

⁷¹ Vgl. Bundeskartellamt, Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung Milch, B2-19/08, Tz. 93.

92 Soweit sowohl die Marktanteile des Anbieters (z. B. des Landwirts) auf dem Angebotsmarkt für die Erzeugnisse als auch die Marktanteile des Abnehmers (z. B. der Genossenschaft) auf dem Beschaffungsmarkt unter 30 Prozent liegen (Art. 3 Vertikal-GVO), kann bereits die gesamte Liefervereinbarung durch die Vertikal-GVO freigestellt sein.⁷²

- **Beispiel:** Der Jahresertrag von Apfelbauer Y macht ca. zwei Prozent des Volumens in seiner Region aus. Er vereinbart mit der kleinen Verarbeitungsgenossenschaft Obstzweig e.G. (Anteil auf dem Beschaffungsmarkt: zehn Prozent), für eine Dauer von fünf Jahren seinen gesamten Ertrag anzuliefern.

Diese Alleinbelieferungsvereinbarung ist jedenfalls nach der Vertikal-GVO freigestellt. Geht man davon aus, dass der Apfelerfassungsmarkt regional abzugrenzen ist, liegen sowohl die Marktanteile von Y auf dem Angebotsmarkt für Äpfel als auch die Marktanteile der Genossenschaft Apfelzweig auf dem Nachfragemarkt unter 30 Prozent. Mit Blick darauf, dass der Abnehmer Obstzweig e.G. nur einen geringen Anteil der verfügbaren Äpfel verarbeitet, dürften den konkurrierenden Verarbeitungsbetrieben neben Apfelbauer Y noch hinreichend Ausweichmöglichkeiten verbleiben.

93 Liegen die Marktanteile über dieser 30 Prozent-Schwelle oder ist die GVO aus sonstigen Gründen nicht anwendbar, kommt nur eine Einzelfreistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht. Dabei gilt: Je stärker die Marktstellung des Abnehmers ist, desto größer ist die Gefahr einer Abschottung anderer Abnehmer.⁷³ Zudem spielen Umfang und Dauer der Lieferverpflichtung eine entscheidende Rolle – je größer der gebundene Anteil der Liefermenge ist und je länger diese Bindung andauert, desto unwahrscheinlicher ist es, dass etwaige Effizienzvorteile die wettbewerbsschädigenden Wirkungen überwiegen.

94 Bei einer Bindungsdauer von bis zu fünf Jahren sind durchaus Konstellationen denkbar, die im Einzelfall die Freistellung einer Ausschließlichkeitsbindung rechtfertigen könnten.⁷⁴ Hier kommt es aber maßgeblich auf die Effizienzen an, die die Beschränkung kompensieren müssen.

⁷² Soweit es sich bei den Abnehmern um eine anerkannte Erzeugerorganisation im Sinne des Art. 152 GMO handelt, kann die Vereinbarung auch unabhängig von der Höhe der Marktanteile vom Kartellverbot ausgenommen sein, wenn die weiteren Voraussetzungen des Art. 152 Abs. 1a GMO erfüllt sind.

⁷³ Vgl. hierzu auch Vertikal-Leitlinien Tz. 192 ff.

⁷⁴ Vgl. ebd. Tz. 195.

- 95** Eine Einzelfreistellung könnte bspw. in Betracht kommen, wenn die Vertragsparteien eine Mengensteuerung – insbesondere mit der Möglichkeit einer temporären Mengensenkung durch den Abnehmer – vorsehen würden. In diesen Fällen könnte eine etwas längere Ausschließlichkeitsbindung erforderlich sein, um Trittbrettfahreneffekte auszuschließen. Im Milchmarkt betraf dieser Trittbrettfahreneffekt insbesondere Konstellationen, in denen sich einzelne Genossenschaften zur Abnahme sämtlicher eingelieferter Milch der Mitglieder verpflichtet hatten (sog. Abnahmepflicht). Da es aufgrund einer erheblichen Überproduktion für die Genossenschaften kaum möglich war, die abgenommenen Milchmengen am Markt unterzubringen, zahlten sie ihren Mitgliedern zur Reduktion der gesamten Milchmenge einen Bonus für jeden nicht eingelieferten Liter. Landwirte hätten hier doppelten Profit erwirtschaften (Trittbrett fahren) können, indem sie – statt ihre Milchproduktion zu reduzieren – einerseits von der Genossenschaft einen Bonus für nicht gelieferte Milchmengen einstreichen, diese aber parallel an Drittabnehmer verkaufen.
- 96** Auch größere Investitionen können geeignet sein, eine Einzelfreistellung zu begründen. Prinzipiell ist denkbar, dass große, effizienzsteigernde Investitionen nur bei einer Absicherung der Rohstoffversorgung und damit einer Auslastung der Anlagen durchgeführt werden können.⁷⁵
- 97** Die kartellrechtlichen Anforderungen an eine Einzelfreistellung liegen in derartigen Fällen aber hoch. Insbesondere muss die Bindung zeitlich und mengenmäßig begrenzt werden. In jedem Fall bedarf die Verwendung einer langen Kündigungsfrist im Wege der Einzelfreistellung einer ausführlichen Begründung und Prüfung im Einzelfall. Der pauschale Hinweis auf geplante oder durchgeführte Investitionen ist nicht geeignet, langfristige Ausschließlichkeitsbindungen zu rechtfertigen.⁷⁶
- 98** Mit steigender Bindungsdauer werden die Anforderungen graduell strenger: So geht die Kommission in ihren Vertikal-Leitlinien ab einer Bindungsdauer von mehr als fünf Jahren davon aus, dass die Alleinbelieferung bei den meisten Investitionsarten regelmäßig nicht als für die Erzielung der behaupteten Effizienzgewinne erforderlich betrachtet werden kann bzw. dass diese Gewinne nicht ausreichen, um die erhebliche Abschottungswirkung zu kompensieren.⁷⁷

⁷⁵ Das Bundeskartellamt hat im Zusammenhang mit langfristigen Gaslieferverträgen bspw. besonders umfangreiche vertragsspezifische Investitionen auf Abnehmer- wie auf Lieferantenseite genannt, wie Investitionen zur Erschließung von Gasquellen oder zum Bau neuer gasbetriebener Kraftwerke, s. Bundeskartellamt, Kartellrechtliche Beurteilungsgrundsätze zu langfristigen Gasverträgen vom 25. Januar 2005, B8-113/03, S. 7. Allgemein zu vertragsspezifischen Investitionen s. auch Vertikal-Leitlinien Tz. 107 lit. d).

⁷⁶ So schon Bundeskartellamt, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen für Rohmilch.

⁷⁷ Vgl. Vertikal-Leitlinien Tz. 195.

- 99 Abhängig von den Besonderheiten des Einzelfalls kann es aber auch Konstellationen geben, in denen bereits relativ kurze Laufzeiten kartellrechtlich problematisch sind. Dies war etwa in dem Musterverfahren zu Rohmilch-Lieferbedingungen der Fall. Hier betrug die Kündigungsfrist formell zwar nur zwei Jahre, führte aber im Zusammenspiel mit den Vorgaben zu möglichen Kündigungszeitpunkten sowie weiteren besonderen Marktbedingungen wie Alleinbelieferungspflichten, der Angleichung der Preise durch nachträgliche Preisfestsetzung und hoher Markttransparenz zu einer Abschottung des Marktes zum Nachteil der Erzeuger.⁷⁸
- 100 In dem Musterverfahren gegen den DMK zugrundeliegenden Fall verpflichteten sich die Mitglieder der DMK eG (Marktanteil: mehr als 30 Prozent) vertraglich, auf unbestimmte Zeit ihren gesamten Milchertrag abzuliefern, wobei die Milchabnahmepreise erst am Ende des Geschäftsjahrs festgelegt wurden. Eine Kündigung der Lieferverpflichtung war mit zweijähriger Frist möglich, wobei die Kündigung nur zu einem einzigen Zeitpunkt im Jahr erfolgen konnte. Die Ausschließlichkeitsbindungen stellten dabei ein branchenweites Phänomen dar. Wegen der schwierigen Lagerbarkeit von Rohmilch sind die Milcherzeuger grundsätzlich auf eine unterbrechungsfreie Abnahme ihrer Produktion angewiesen, da sie andernfalls den Verderb ihrer Produktion riskieren. Auf dem Markt steht eine Vielzahl teils sehr kleiner Landwirtschaftsbetriebe einigen wenigen großen Genossenschaften gegenüber. Aus Sicht des Bundeskartellamts bestanden bei dieser Ausgestaltung erhebliche wettbewerbliche Bedenken. Zwar konnten die Mitglieder des DMK das Lieferverhältnis bereits nach zwei bis drei Jahren beenden. Vor dem Hintergrund der besonderen Marktverhältnisse (Marktüblichkeit der langen Bindungsdauer, nachträgliche Preisfestsetzung, atomistische Anbieterstruktur und die Angewiesenheit auf die ununterbrochene Milchabholung) entfaltete die zweijährige Kündigungsfrist jedoch erhebliche Abschottungswirkungen sowohl für die Erzeuger als auch für konkurrierende Molkereien, sodass eine Freistellung eher fernliegend war. Die Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit auf wenige Zeitpunkte im Jahr kann die Bindungsdauer erheblich verlängern. Hinzu kam, dass die Milcherzeuger aufgrund der branchenweit praktizierten langen Laufzeiten zum Zeitpunkt der Kündigung unter Umständen nicht wussten, ob und wenn ja, mit welcher Molkerei und zu welchen Konditionen sie einen Anschlussvertrag abschließen können, was den Wechselanreiz verringerte. Dieser Effekt wird durch die nachträgliche Preissetzung noch verstärkt, die es der Molkerei erlaubt, ihre Abnahmepreise an die ihrer Wettbewerber anzupassen.⁷⁹ Marktzutritte oder Kapazitätsausweitungen von Wettbewerbern werden erschwert, weil diese eine erhebliche Vorlaufzeit brauchen, um zuverlässig feststellen zu können, welche Rohmilchmenge

⁷⁸ Vgl. Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 9. Januar 2018, B2-43/16 – *Einstellung des Verfahrens gegen die Molkerei DMK*.

⁷⁹ Vgl. im Einzelnen Bundeskartellamt, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen Rohmilch, S. 9.

für einen Wechsel verfügbar wäre.⁸⁰ Die Ausschließlichkeitsbindungen waren nach Auffassung des Bundeskartellamts auch nicht durch die spezielle landwirtschaftliche Ausnahme des § 28 GWB privilegiert. Unabhängig von bestehenden Meinungsstreitigkeiten zu Inhalt und Reichweite des § 28 GWB kam eine Freistellung nach dieser Norm nicht in Frage, da aufgrund der umfassenden Verbreitung der Ausschließlichkeitsbindungen das Tatbestandsmerkmal „Ausschluss des Wettbewerbs“ als erfüllt angesehen wurde.⁸¹

3. Gemeinsamer (Online-)Vertrieb

- 101** Soweit Genossenschaften oder Verbundgruppen unterstützende Aufgaben im Vertrieb übernehmen, stellen sich Fragen der kartellrechtlich zulässigen Reichweite einer Koordinierung in Bezug auf die Preissetzung.
- 102** Die Genossenschaftsmitglieder und Mitglieder von Verbundgruppen sind vielfach auch (zumindest potentielle) Wettbewerber. Zwar kann es sein, dass sie im stationären Geschäft auf verschiedenen regionalen Märkten tätig sind und sich ihre räumlichen Tätigkeitsgebiete daher nicht überschneiden. Sobald sie ihre Produkte oder Dienstleistungen auch online anbieten, z. B. in einem eigenen Online-Shop, über Drittplattformen wie Amazon oder Ebay oder über eine genossenschaftseigene oder von der Verbundgruppe betriebene Verkaufsplattform, erhöht sich ihre Kundenreichweite jedoch über den regionalen Umkreis hinaus. Dies bedeutet, dass sie online regelmäßig Wettbewerber ihrer Genossen sind.
- 103** Aufgrund der Art des Zusammenwirkens in Genossenschaften lässt sich vielfach nicht klar trennen, ob (nur) das vertikale Lieferverhältnis zwischen Genossenschaft und Mitglied oder (auch) das horizontale Wettbewerbsverhältnis der Genossenschaftsmitglieder untereinander betroffen ist. Im Einzelfall wird es für die Beurteilung maßgeblich auf den Schwerpunkt der genossenschaftlichen Tätigkeit ankommen. Kartellrechtlich verboten sind aber grundsätzlich sowohl die Absprache der Verkaufspreise zwischen Wettbewerbern als auch die vertikale Preisbindung durch Unternehmen, die auf einer anderen Ebene der Lieferkette stehen (unter D.I.3.a)). Von besonderer Relevanz sind die Möglichkeiten einer einheitlichen Preisgestaltung sowie die Anforderungen an eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung gemeinsamer Verkaufsplattformen (unter D.I.3.b)).

⁸⁰ Vgl. ebd., S. 5.

⁸¹ Andere Sonderregelungen des Agrarorganisationenrechts fanden keine Anwendung, weil es sich beim DMK nicht um eine anerkannte Erzeugerorganisation handelte.

a) Grenze: Preisabsprachen und vertikale Preisbindung

- 104** Wie oben dargestellt, sind Genossenschaften und ihre jeweiligen Mitglieder in der Regel voneinander unabhängige Unternehmen. Zudem stehen sich Genossenschaftsmitglieder häufig als (zumindest potentielle) Wettbewerber auf dem Markt gegenüber. Dies trifft insbesondere auf den Online-Vertrieb zu.
- 105** Die Abstimmung wesentlicher Wettbewerbsparameter wie Preise oder Produktionsmengen sowie die Aufteilung von Absatzgebieten oder Kundengruppen zwischen Wettbewerbern gelten als besonders schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen (sog. bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen) und werden in Verfahren des Bundeskartellamtes und anderer Wettbewerbsbehörden regelmäßig mit Bußgeldern belegt.

- **Beispiel 1:** Führende Großhändler für Pflanzenschutzmittel, unter ihnen auch Hauptgenossenschaften, treffen sich regelmäßig zweimal im Jahr, um sich auf Grundlage einer gemeinsamen Kalkulation auf einheitliche Verkaufspreise an Einzelhandel und Endverbraucher zu verständigen. Das Ergebnis dieser Abstimmung, die Kalkulationsschemata sowie die fertig berechneten (rabattfähigen Brutto-) Preislisten, werden anschließend allen beteiligten Unternehmen jeweils zur Frühjahrs- und Herbstsaison zur Verfügung gestellt. Zudem werden in einigen Jahren teilweise die darauf zu gewährenden Rabattspannen abgesprochen. Der Zweck der Abreden besteht darin, die Groß- und Einzelhandelsmargen zu sichern und einen Preisverfall bei Pflanzenschutzmitteln zu verhindern. Einige Unternehmen übernehmen die abgestimmte Preisliste für die eigene Preissetzung.

Hier handelt es sich um ein Preiskartell, das gegen das Kartellverbot des § 1 GWB und Art. 101 AEUV verstößt. Hierdurch wird der Preiswettbewerb zwischen den teilnehmenden Pflanzenschutzmittelgroßhändlern vollständig ausgeschaltet.⁸²

- 106** Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zwischen Unternehmen können verschiedene Formen annehmen. Die Abstimmung kann einerseits unmittelbar zwischen den Wettbewerbern erfolgen, z. B. durch Kontaktaufnahme oder Gespräche (auch im Rahmen gemeinsamer Gremiensitzungen, in denen sich Unternehmensvertreter zu verschiedenen geschäftlichen Themen austauschen). Daneben kann die Preisabstimmung auch „über Bande“ erfolgen, d. h. wenn die Kommunikation der Handelsunternehmen (Genossen) über den Lieferanten (Genossenschaft) mittelbar eine horizontale Abstimmung

⁸² Vgl. Bundeskartellamt, Fallbericht vom 21. Oktober 2020, B19-22/15 – *Pflanzenschutzmittel*.

über Preise oder andere Wettbewerbsparameter zwischen den Handelsunternehmen (Genossen) bezweckt oder bewirkt.

- 107** Genossenschaften und Verbundgruppen übernehmen häufig eine Großhandelsfunktion für ihre Mitglieder, indem sie den Einkauf bündeln und die Produkte an ihre Mitglieder verkaufen, die die Produkte wiederum als Einzelhändler weiterverkaufen. In dieser Rolle stehen Genossenschaft/Verbund und Mitglied auf verschiedenen Stufen der Vertriebskette (sog. vertikales Verhältnis). Das Kartellverbot gilt auch für Vereinbarungen zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Marktstufen. Verboten sind bspw. sog. vertikale Preisbindungen, also Absprachen zwischen Herstellern/Großhändlern (Genossenschaften) und Einzelhändlern/Landwirten (Mitgliedern) über die Endverkaufspreise (Art. 4a Vertikal-GVO). Die vertikale Preisbindung wird als besonders schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung angesehen. Folglich dürfen Genossenschaften ihren Mitgliedern zwar Preisempfehlungen geben, solange diese nicht wie feste Preisvorgaben wirken (sog. unverbindliche Preisempfehlung, UVP). Nicht erlaubt sind hingegen verbindliche Vereinbarungen der Genossenschaften mit den Mitgliedern über die Endverkaufspreise⁸³ oder gar die Ausübung von Druck auf die Mitglieder, um ein bestimmtes Preisniveau durchzusetzen⁸⁴.
- 108** Zwar ist eine Einzelfreistellung nicht ausgeschlossen, in der Praxis aber eher unwahrscheinlich. Entscheidend ist insbesondere das Ausmaß der Bindung der anderen Marktstufe.

- **Beispiel 2:** Die Genossenschaft Radelflott eG bündelt für ihre Mitglieder – die gemeinsam für 40 Prozent der verkauften Fahrräder in Deutschland stehen – den Einkauf, um aufgrund der größeren Abnahmemengen bei den Herstellern bessere Konditionen zu erlangen. Bei der Auslieferung der Waren schreibt die Radelflott eG ihren Mitgliedern für bestimmte Modelle Mindestverkaufspreise vor, an die die Händler sich in der Folge auch halten. Die Preisvorgaben begründet Radelflott eG damit, dass hierdurch ein ruinöser Preiswettbewerb zwischen den angeschlossenen Mitgliedern verhindert werden soll.

Die Preissetzungsfreiheit der Genossenschaftsmitglieder ist beschränkt. Sie können einander nicht mehr durch unterschiedliche Bepreisung für die gleichen Fahrräder Wettbewerb machen. Die Sicherung des Preisniveaus und damit der Händlermargen ist kein Effizienz-

⁸³ Vgl. Bundeskartellamt, Fallbericht vom 17. Mai 2019, B11-28/16 – ZEG Zweirad-Einkaufs-Genossenschaft e.G.

⁸⁴ S. Tz. 48 der Vertikal-Leitlinien.

vorteil, der diesen erheblichen Eingriff in die Preissetzungsfreiheit der Händler rechtfertigen könnte. Außerdem fehlt es an einem Verbrauchernutzen und der Preiswettbewerb wird weitgehend ausgeschlossen.

- **Abwandlung:** Die Genossenschaft Radelflott eG gibt ihren Mitgliedern nicht ausdrücklich die Nutzung einheitlicher Preise in ihren Ladengeschäften vor. Allerdings stellt sie ihren Mitgliedern auch ein Warenwirtschaftssystem zur Verfügung, in dem die vorgeschlagenen Verkaufspreise standardmäßig hinterlegt sind. Zwar können die Händler die vorgeschlagenen Preise manuell im System ändern. Die Preise werden jedoch bei jeder Aktualisierung automatisch auf den von der Radelflott eG vorgegebenen Verkaufspreis gesetzt.

Auch diese Verhaltensweise dürfte kartellrechtlich bedenklich sein. Für die Händler ist es technisch zwar möglich, jedoch mit erheblichem technischem Aufwand verbunden, die eigenen Verkaufspreise festzusetzen, was die Händler hiervon abschrecken könnte. Es ist daher nicht auszuschließen, dass die Vorgaben im Warenwirtschaftssystem sich faktisch wie eine vertikale Preisbindung auswirken können. Zwar erleichtert ein einheitliches Warenwirtschaftssystem die Abwicklung, was als Effizienzvorteil angesehen werden könnte. Gerade der ständige Korrekturbedarf könnte aber dafür sorgen, dass etwaige Kostenvorteile nicht an die Verbraucher weitergegeben werden.

- **Beispiel 3:** Die Radelflott eG legt den Lieferungen an ihre Mitglieder eine Liste mit Preisempfehlungen bei, die sie auf Grundlage der Datenauswertung erstellt hat. Die Kundenberater machen deutlich, dass es sich hierbei lediglich um unverbindliche Empfehlungen handelt. Tatsächlich weichen die Genossenschaftsmitglieder regelmäßig von den Preisempfehlungen ab, ohne dass dies von der Radelflott eG nachgehalten oder sanktioniert wird.

Die UVP-Listen sind mit dem Kartellrecht vereinbar, weil die Genossenschaftsmitglieder weiterhin frei über die Verkaufspreise entscheiden können. Auch eine faktische Preisbindung kann ausgeschlossen werden, weil die Händler auch bei einem Abweichen von den Preisempfehlungen der Genossenschaft keine Konsequenzen fürchten müssen.

109 Einen Überblick über weitere Verhaltensweisen im Vertikalverhältnis, die vom Kartellverbot umfasst sind, hat das Bundeskartellamt im [Hinweispapier zum Preisbindungsverbot im Lebensmitteleinzelhandel](#)⁸⁵ veröffentlicht.

b) Gestaltungsmöglichkeiten für gemeinsame Vertriebsplattformen

110 Das Erstarren des E-Commerce und der Plattformökonomie hat in vielen Branchen zu einer erheblichen Veränderung der Wettbewerbslandschaft geführt. Wegen der für sie typischen Netzwerkeffekte neigen Plattformmärkte zur Herausbildung weniger sehr starker Anbieter, während kleinere Anbieter zunehmend an den Rand gedrängt werden. Zudem zeichnet sich die Internetwelt durch eine erhöhte Transparenz aus – nicht nur Kunden, sondern auch Wettbewerber können jederzeit und an jedem Ort die Produkte und häufig auch die Preise aller Hersteller und Anbieter vergleichen.

111 Genossenschaftlich organisierte kleine Händler sehen sich hierdurch neuen Herausforderungen gegenüber. Aus ihrer Sicht kann eine von der Genossenschaft betriebene Plattform mit einem einheitlichen Marktauftritt aller Genossenschafts-/Verbundgruppenmitglieder ein wichtiger Faktor sein, um auf Augenhöhe mit großen Wettbewerbern mit starker Online-Präsenz konkurrieren zu können. Es stellt sich deshalb die Frage, welche Regeln gelten, wenn die Mitglieder von Genossenschaften oder Verbundgruppen ihre Produkte/Dienstleistungen über eine gemeinsame Plattform mit einheitlichem Markenauftritt anbieten. Grundsätzlich begrüßt das Bundeskartellamt (Plattform-)Kooperationen, soweit sie zu Effizienzvorteilen, z. B. einer besseren Warenverteilung, führen. Besondere kartellrechtliche Anforderungen gelten aber dann, wenn Wettbewerber miteinander kooperieren. Während die erhöhte Transparenz auf Online-Märkten insgesamt zu einer Angleichung von Preisen und Angeboten führen mag, ist eine Absprache über die für den Betrieb der Plattform nicht erforderliche Angleichung der Angebote und insbesondere eine Abstimmung von Preisen unzulässig und demnach unbedingt zu vermeiden.⁸⁶

112 Grundsätzlich gelten für den Online-Vertrieb die gleichen Regeln wie für den stationären Vertrieb. Maßgeblich ist insoweit der von der Vertikal-GVO geprägte europäische Rechtsrahmen. Dieser sieht derzeit keine Sonderregeln für den Vertrieb durch Genossenschaften oder Verbundgruppen vor.

⁸⁵ Vgl. Bundeskartellamt, Hinweise zum Preisbindungsverbot im Bereich des stationären Lebensmitteleinzelhandels, Juli 2017, Tz. 45 ff., abrufbar auf der Internetseite des Bundeskartellamts.

⁸⁶ Vgl. etwa die Verfahren des Bundeskartellamts zu VoD Plattformen: Fallbericht vom 13. Juli 2011, B6-94/10 – *RTL/Pro7Sat1* sowie Fallbericht vom 23. Februar 2015, B6-81/11 – *Germany's Gold*.

113 Folglich sind Gestaltungen, in denen die Händler ihre Preise auf der Plattform selbstständig festsetzen können, prinzipiell kartellrechtlich unbedenklich, erfordern mit zunehmender Vereinheitlichung jedoch eine genauere Prüfung.

- **Beispiel 1:** In der Verbundgruppe A haben sich verschiedene Sportartikelhändler zwecks gemeinsamer Beschaffung zusammengefunden. U.a. über die von A betriebene Online-Verkaufsplattform sportlichkaufen.de bieten sie ihre Produkte auch online an. Jeder der angeschlossenen Händler hat einen „eigenen“ Shop auf der Plattform, in dem er frei über die Verkaufspreise bestimmt.

Diese Ausgestaltung ist kartellrechtlich unproblematisch, weil jeder Händler in seiner Preissetzung frei ist. Dies gilt auch, wenn die Verbundgruppe A ihren Mitgliedern auf Grundlage eigener Berechnungen unverbindliche Preisempfehlungen vorschlägt. Daneben könnte A ihren Mitgliedern auch Höchstpreise vorschreiben. Voraussetzung ist aber jeweils, dass sich diese nicht faktisch wie eine Preisbindung auswirken.⁸⁷

114 Soweit ein Abweichen von den Preisvorgaben nicht möglich ist, kommt ausschließlich die Einzelfreistellung in Betracht. Dies bedeutet, dass die einheitliche Preissetzung auf der Plattform unerlässlich sein muss, um Effizienzvorteile zu erzielen, welche die Wettbewerbsbeschränkung überwiegen sowie den Verbrauchern zugutekommen müssen, ohne den Wettbewerb für einen wesentlichen Teil der Waren auszuschalten. Dies ist zwar grundsätzlich denkbar, aufgrund der hohen Anforderungen dürfte die Einzelfreistellung aber eher die Ausnahme sein. Insbesondere dürfte es in der Praxis in der Regel andere, weniger restriktive Maßnahmen geben, um das Ziel zu erreichen.

115 Unabhängig von der Rechtsform kann bspw. in Franchise- und ähnlichen Vertriebssystemen, bei denen die Vertriebsmethoden einheitlich vorgegeben sind, eine kurzfristige Vereinheitlichung des Aktionsverkaufspreises zulässig sein, wenn sie der Koordination einer kurzfristigen Sonderangebotskampagne dient.⁸⁸ Dies kann nach Auffassung des Bundeskartellamtes im Einzelfall auch dann zutreffen, wenn verschiedene Händler einen gemeinsamen Internetauftritt unter einer einheitlichen Dachmarke haben.⁸⁹

116 Die enge Zusammenarbeit auf einer gemeinsamen Plattform kann auch dazu beitragen, neben den einschlägigen großen Playern im Online-Vertrieb einen weiteren Vertriebskanal als Wettbewerber zu

⁸⁷ Vgl. Vertikal-Leitlinien Tz. 227.

⁸⁸ Vgl. ebd Tz. 225.

⁸⁹ Weder die Vertikal-GVO noch die Kommissionspraxis verhalten sich zu solchen Konstellationen.

etablieren. Hier findet sich auch der genossenschaftliche Fördergedanke wieder, wonach sich Unternehmen zusammenschließen, um wettbewerbliche Ziele zu erreichen, die sie einzeln nicht erreichen könnten. In diesem Zusammenhang wird etwa vorgebracht, dass die Abnehmer bei einem Angebot unter einer einheitlichen Dachmarke ein einheitliches Angebot erwarteten und sich irritiert zeigten, wenn die Preise zwischen verschiedenen Mitgliedern variieren. Eine einheitliche Preissetzung könne die Akzeptanz der Verbraucher stärken. Hierdurch würden die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher erhöht und perspektivisch der (Preis-)Wettbewerb zwischen den Vertriebsplattformen, anderen großen Online-Händlern und den Online-Shops der Hersteller verstärkt. Allerdings sind Preisabsprachen als Kernbeschränkung nur in seltenen Ausnahmefällen freistellbar. Die Beurteilung hängt von den konkreten Marktgegebenheiten ab. Im Rahmen der Ermessensausübung könnte allerdings entschieden werden, dass wenn nur ein sehr geringer Anteil der auf dem Markt vertriebenen Produkte von einer einheitlichen Preisgestaltung betroffen ist – auch nach Abwägung mit den sonstigen Umständen des Einzelfalls – gute Gründe dafür sprechen, das Verhalten nicht im Rahmen eines Verfahrens aufzugreifen.

- **Beispiel 2:** Die in der Verbundgruppe A zusammengeschlossenen Sportartikelhändler sehen sich zunehmendem Wettbewerb von den starken Online-Präsenzen von Händlern wie Decathlon und Amazon Retail ausgesetzt. Verbundgruppe A vereint allerdings mehr als 60 Prozent der Sportartikelverkäufe in Deutschland auf sich. Auf der gemeinsamen Online-Plattform sportlichkaufen.de bekommen die Besucher die gesuchten Sportartikel mit einer einheitlichen Preisangabe angezeigt, die zentral von der Verbundgruppe festgelegt wird. Aus einer Liste können die Kunden anschließend den Händler auswählen, von dem sie das Produkt beziehen möchten.

Der Betrieb der gemeinsamen Plattform an sich kann zwar auch positive wettbewerbliche Effekte haben, etwa wenn sie als neuer Anbieter im Internet den Wettbewerb im Online-Handel ggü. großen Anbietern stärkt, während die Verbundgruppenmitglieder einzeln ggf. kein konkurrenzfähiges Online-Angebot anbieten könnten. In dieser Konstellation dürfte die einheitliche Preissetzung aber problematisch sein. Bei dem vereinheitlichten Preis bei rund 60 Prozent der verfügbaren Sportartikel handelt es sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, von der auch ein erheblicher Teil des Marktes betroffen ist.

117 Eines von mehreren möglichen Beispielen für eine kartellrechtlich zulässige Gestaltung könnte die Ausgestaltung als Streckengeschäft sein. Das Bundeskartellamt hat ein entsprechendes Modell der Intersport Digital GmbH im Bereich Sport-/Outdoor-Einzelhandel kartellrechtlich nicht beanstandet.⁹⁰ In der Gestaltung nach dem Streckengeschäftsmodell kommt der Kaufvertrag nicht zwischen dem Händler und dem Endkunden zustande, sondern die Plattform tritt ggü. den Endkunden als Verkäuferin auf. Nach erfolgter Bestellung durch den Endkunden kommt der Kaufvertrag zwischen Plattform und Händler zustande. Die Lieferung des gekauften Produkts erfolgt unmittelbar durch einen der Händler. In dieser Konstellation legt die Plattform den Endverkaufspreis autonom im Wettbewerb mit anderen Online-Händlern fest. Die Händler hinterlegen ihrerseits bei der Plattform, zu welchem Mindestpreis sie die jeweiligen Produkte an die Plattform verkaufen würden. Daraus ergibt sich der Mindesteinkaufspreis für die Plattform, der mit dem Verkaufspreis abzüglich der Provision abgeglichen wird. Solange der Verkaufspreis der Plattform abzüglich der Provision den vom Händler angegebenen Preis nicht unterschreitet, fällt der Händler in den Pool potentieller Lieferanten. Der Auswahlmechanismus für den Lieferanten aus diesem Pool muss seinerseits kartellrechtskonform, d. h. diskriminierungsfrei ausgestaltet sein und z. B. keine Gebietszuteilung vorsehen. In dieser Konstellation wird durch die Trennung der Vertragsbeziehungen eine einheitliche Preisgestaltung auf der gemeinsamen Verkaufsplattform ermöglicht. Die Händler entscheiden autonom, ob und zu welchem minimalen Abgabepreis sie an die Plattform verkaufen möchten. Solange durch den Plattformverkauf keine weitgehende Marktdeckung erfolgt, sprechen gute Gründe dafür, das Verhalten aus Ermessensgründen nicht im Rahmen eines kartellbehördlichen Verfahrens aufzugreifen.

118 Für weitere Faktoren, die im Einzelfall bei der Beurteilung einheitlicher Preissetzung auf gemeinsamen Plattformen eine Rolle spielen können, wird auf die Ausführungen unter D.II.b) verwiesen.

4. Rahmen des zulässigen Informationsaustauschs

119 Der Zugang zu Daten und Informationen kann entscheidend sein für den geschäftlichen Erfolg. Gerade kleine und mittlere Unternehmen, die nur über begrenzte eigene Datenbestände und Auswertungsmöglichkeiten verfügen, können deshalb ein erhebliches Interesse am Datenaustausch haben. Dies gilt sowohl absatzseitig, etwa wenn Marktinformationssysteme Absatzdaten sammeln und anderen Unternehmen zur Optimierung ihrer Produktions- oder Absatzstrategie weitergeben, als auch auf der Beschaffungsseite, wenn in einer Einkaufskooperation für die gebündelten Konditionenverhandlungen mit Lieferanten die Beschaffungskonditionen aller Kooperationsmitglieder gesammelt werden.

⁹⁰ Vgl. Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 25. Juni 2020, B2-130/19 – *Intersport*.

- 120** Weil der Austausch wettbewerblich sensibler Informationen die Unsicherheit über das künftige Wettbewerbsverhalten der Datenlieferanten verringern und so ggf. eine Abstimmung oder Absprache ermöglichen kann, gelten insoweit kartellrechtliche Schranken. Vertiefte Ausführungen zur kartellrechtlichen Bewertung des Informationsaustauschs finden sich in den Horizontal-Leitlinien der Kommission. Die nachfolgenden Ausführungen erläutern die grundlegenden wettbewerblichen Erwägungen und greifen ergänzend besonders relevante Fallgestaltungen aus der Praxis der Genossenschaften und Verbundgruppen (Marktinformationssysteme und gemeinsame Beschaffung) auf.
- 121** Besonders sensible Daten können in diesem Zusammenhang allgemein nicht bekannte, aktuelle oder gar zukunftsgerichtete Preis-, Mengen- oder Kapazitätsinformationen sein, die sich konkreten Unternehmen zuordnen lassen. Denn anbieterscharfe Daten können Unternehmen Einschätzungen im Hinblick auf das künftige Verhalten eines konkreten Wettbewerbers erlauben, die ohne diese Daten unter Umständen nicht oder nur weniger präzise möglich wären. Eine weitere wichtige Rolle spielt die Marktstruktur: Je transparenter und konzentrierter ein Markt z. B. bereits ist, desto weniger zusätzliche Informationen sind üblicherweise erforderlich, um Rückschlüsse auf das künftige Marktverhalten einzelner Wettbewerber ziehen zu können.
- 122** Demgegenüber können aggregierte Daten, d. h. eine nicht identifizierende Zusammenfassung der Daten mehrerer Wettbewerber, einerseits einen hinreichend guten Marktüberblick geben, ohne andererseits einen Rückschluss auf die geschäftlichen Erfolge konkreter Wettbewerber zu ermöglichen. Als Faustregel gilt: Je älter die Daten sind und je weniger Rückschluss die Daten auf konkrete Unternehmen zulassen, desto niedriger ist das wettbewerbliche Risiko.⁹¹ Als grundsätzlich unbedenklich wird der Austausch bzw. die Veröffentlichung historischer Daten eingestuft, wobei es kein einheitliches Verständnis darüber gibt, ab wann Daten als historisch einzustufen sind.⁹² Welcher Aggregierungsgrad erforderlich ist, um die Identifizierbarkeit auszuschließen, hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Marktstruktur und Menge der teilnehmenden Unternehmen, ab. Der Kreis der meldenden Unternehmen sollte nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf⁹³ und der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamtes⁹⁴ möglichst groß sein. Das Bundeskartellamt sah es bislang als ausreichend an, wenn fünf Unternehmen an dem Datenaustausch beteiligt waren. In den konkreten Kons-

⁹¹ Beispiele finden sich auch in den Tz. 55 ff. der Horizontal-Leitlinien.

⁹² Im Bereich der Rohmilcherfassung dürfen die Milchpreise bspw. mit einem Zeitverzug von sechs Monaten veröffentlicht werden, vgl. Bundeskartellamt, Fallbericht vom 29. Juni 2011, B2-118/10 – AMI.

⁹³ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2002, Kart 37/01 (V) – *Transportbeton Sachsen*.

⁹⁴ Vgl. Bundeskartellamt, Fallbericht vom 29. Juni 2011, B2-118/10 – AMI; Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 5. Februar 2020, B2-140/19 – *Unamera*.

tellationen sprachen gute Gründe dafür, dass keine Rückschlüsse auf konkrete Transaktionen oder Anbieter gezogen werden können.⁹⁵ Dies muss jedoch nicht immer der Fall sein. Generell dürfte ein Durchschnittswert von fünf Unternehmen kartellrechtlich desto weniger problematisch sein, je mehr Unternehmen auf der Plattform tätig sind und je mehr Transaktionen im Berichtszeitraum auf der Plattform stattfinden. Umgekehrt dürfte ein tendenziell kritischerer Transparenzgrad erreicht werden, wenn auf der Plattform innerhalb des Berichtszeitraums insgesamt nur fünf Unternehmen aktiv sind, insbesondere soweit diese sowohl als Anbieter als auch als Abnehmer tätig sind.

- **Beispiel 1:** Ein Handelspanel erfasst und veröffentlicht Rohmilcherfassungspreise. Die Daten werden mengengewichtet und aufgeteilt nach verschiedenen geographischen Regionalmärkten aufbereitet. Dabei werden die Daten nur veröffentlicht, wenn pro Regionalmarkt mindestens fünf Molkereien ihre Preisinformationen eingeliefert haben. Die Identität der meldenden Molkereien wird ggü. den Nutzern nicht offengelegt. Die Marktverhältnisse im Regionalmarkt NRW sind ausgeglichen – die in der Region tätigen Molkereien erfassen jeweils vergleichbare Mengen. Die Marktstruktur ist im Markt bekannt.

Bei der vorliegend skizzierten Marktstruktur im Regionalmarkt NRW mit vielen in etwa gleichstarken Marktteilnehmern dürfte durch die Sammlung von mindestens fünf (anonymen) Datensätzen ein hinreichender Aggregationsgrad erreicht werden, der den Nutzern des Panels keinen Rückschluss auf die Preisgestaltung der meldenden Molkereien erlaubt. Bei einer abweichenden Marktstruktur kann sich dies jedoch ändern.

123 Ferner sollten bedeutende Marktinformationssysteme diskriminierungsfrei ausgestaltet sein. Denn sie können zur Marktverschließung beitragen, wenn der Zugang zu ihren Informationen für den Marktzugang wesentlich ist und einzelnen aktuellen oder potentiellen Wettbewerbern der Zugang verwehrt wird. Diskriminierungsfrei bedeutet in diesem Zusammenhang auch, dass die Teilnahmegebühren oder technischen Anforderungen nicht derart hoch sein dürfen, dass sie Interessierte von der Teilnahme an dem Marktinformationssystem ausschließen.

- **Beispiel 2:** Die Genossenschaft Agrarfreunde eG erstellt sog. Benchmark-Berichte zu den Absatzzahlen deutscher Landhändler. Die monatlichen und jährlichen Berichte enthalten u. a. Informationen über den Absatz, die Absatzentwicklung und Umsätze, aber auch Durchschnittspreise von landwirtschaftlichen Bedarfsgütern wie Saatgut, Dünger, Pflan-

⁹⁵ Vgl. ebd.

zenschutzmittel oder Futtermittel (Preismeldeverfahren). Die Unternehmen, die Informationen für die Berichte liefern, erhalten die Berichte kostenlos, während Unternehmen, die nicht zur Informationssammlung beitragen, pro Bericht 10.000 Euro zahlen müssen. Die Benchmark-Berichte stellen einen neuartigen und einzigartigen, umfassenden Marktüberblick dar, der die Mengenplanung der Unternehmen erheblich erleichtert. Als Datenlieferant werden nur Unternehmen zugelassen, die ein gewisses Mindest-Handelsvolumen erreichen. Zudem erfordert die technische Anbindung zur Datenlieferung erheblichen Aufwand, weil die Daten für die Weitergabe an die Genossenschaft in ein spezielles Format übertragen werden müssen, das kleinere Betriebe nicht nutzen.

Es ist nicht auszuschließen, dass diese Ausgestaltung zur Abschottung kleinerer Unternehmen vom Markt führen kann, wenn die Informationen aus den Benchmark-Berichten wesentlich für die Tätigkeit auf dem Markt sind. Die hohen Kosten für den Zukauf der Berichte könnten die Möglichkeiten kleinerer Unternehmen ebenfalls übersteigen. Zwar erhalten Unternehmen, die ihre Daten einliefern, die Berichte kostenlos – kleinere Unternehmen erreichen aber nicht immer das Mindesthandelsvolumen; zudem könnte der hohe technische Aufwand für die Datenlieferung insbesondere kleinere Unternehmen davon abhalten, sich an dem System zu beteiligen.

- **Abwandlung:** Die Teilnahme als Datenlieferant ist für alle Unternehmen – unabhängig von ihrer Zugehörigkeit zur Genossenschaft – möglich und auch für kleinere Unternehmen mit zumutbarem Aufwand technisch umsetzbar.

In dieser Konstellation scheint der Zugang diskriminierungsfrei ausgestaltet zu sein. Es steht auch kleineren Unternehmen frei, sich an dem Informationssystem zu beteiligen oder hierauf zu verzichten und lediglich die Berichte zuzukaufen.

- 124** Das Kartellrecht berücksichtigt, dass ein wesentlicher Zweck vieler Genossenschaften darin liegt, die Beschaffungsvolumina ihrer (häufig kleinen und mittleren) Mitgliedsunternehmen zu bündeln und hierdurch attraktive Einkaufskonditionen zu verhandeln. Die Horizontal-Leitlinien der Kommission gehen daher davon aus, dass Einkaufskooperationen voraussichtlich die Freistellungsvoraussetzungen erfüllen, wenn die gemeinsamen Marktanteile der Mitglieder sowohl auf dem Beschaffungs- als auch

auf dem Absatzmarkt nicht mehr als 15 Prozent betragen.⁹⁶ Der damit in der Regel verbundene Austausch beschaffungsseitiger Informationen wird unterhalb der 15 Prozent-Schwelle ebenfalls als wettbewerblich unproblematisch angesehen.

125 Überschreiten die gemeinsamen Marktanteile die 15 Prozent-Schwelle, müssen die Auswirkungen auf den Markt geprüft werden, u. a. unter Berücksichtigung von Faktoren wie Marktkonzentration und möglicher Gegenmacht starker Anbieter. Darüber hinaus ist zu beachten, ob die Kooperation Kostengleichungen und/oder den Austausch sensibler Geschäftsinformationen begünstigt,⁹⁷ was auf dem Verkaufsmarkt eine Kollusion erleichtern könnte. Grundsätzlich erkennt das Kartellrecht die Notwendigkeit des Austauschs wettbewerblich sensibler Informationen – wenn auch streng in den Grenzen des Erforderlichen – an. Soweit diese Informationen für die gemeinsame Konditionenverhandlung unerlässlich sind, kann ihr Austausch auch kartellrechtlich erlaubt sein, wenn die gemeinsamen Marktanteile der Mitglieder der Einkaufskooperation auf einem Markt über 15 Prozent liegen.⁹⁸ Im Rahmen gemeinsamer Verhandlungen ist es in der Regel unabdingbar, dass der jeweilige Verhandlungsführer die Einkaufskonditionen der Mitglieder der Einkaufskooperation kennt. Dies betrifft einerseits Beschaffungsmengen und -zeiträume und andererseits ggf. auch Einkaufspreise und sonstige Konditionen, soweit Letztere für den Erfolg der Einkaufskooperation erforderlich sind.⁹⁹ Um etwaige überschießende Effekte zu vermeiden, sollten die Unternehmen darauf achten, dass die zusammengestellten Daten nur für die vorgesehenen Zwecke verwendet und nicht an die Mitglieder der Einkaufskooperation weitergegeben werden.¹⁰⁰ Soweit aber ein Genossenschaftsmitglied die Verhandlungen übernimmt, ist auf eine kartellrechtskonforme Ausgestaltung zu achten, da es sich andernfalls ein Bild von der Kostenstruktur und der Verfügbarkeit bestimmter Produkte bei seinen Wettbewerbern machen könnte.

- **Beispiel 3:** In Verbundgruppe B haben sich 15 kleine Händler für Haushaltswaren, die untereinander im Wettbewerb stehen, zusammengeschlossen. Auf dem Beschaffungsmarkt haben sie einen gemeinsamen Marktanteil von rund vier Prozent, auf dem Absatzmarkt von rund sieben Prozent. Da die Verbundgruppe nicht über eine eigene Einkaufsabteilung verfügt, übernimmt Händler Q, der Vorsitzende des Einkaufsausschusses, die Konditionenverhandlungen mit den Haushaltswarenherstellern. Zu diesem Zweck übersenden die

⁹⁶ Vgl. Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 4. April 2017, B2-101/16 – *Retail Trade Group* sowie Horizontal-Leitlinien Tz. 208.

⁹⁷ Vgl. Horizontal-Leitlinien Tz. 213-216.

⁹⁸ Weitere Beispiele finden sich in den Horizontal-Leitlinien Tz. 105 ff.

⁹⁹ Eine Erforderlichkeit dürfte eher bei sehr kleinen Einkaufskooperationen in Frage kommen und insbesondere dann ausgeschlossen sein, wenn es sich um Einkaufskooperationen mit erheblicher Marktstärke handelt.

¹⁰⁰ Vgl. ebd. Tz. 216.

Verbundgruppenmitglieder die Beschaffungsmengen für die verschiedenen zu beschaffenden Produkte direkt an Q. Aus den übermittelten Daten lassen sich Rückschlüsse über die Sortimentsgestaltung der einzelnen Händler (Lagermenge bestimmter Modelle, Schwerpunkte bei bestimmten Produktlinien) in der kommenden Saison, nicht aber auf die geplante Preisgestaltung, ziehen. Q erarbeitet auf Grundlage der gemeldeten Daten eine Verhandlungsstrategie für die Jahresgespräche mit den drei größten Lieferanten, die in der nächsten Sitzung des Einkaufsausschusses im Einzelnen diskutiert wird.

In dieser Konstellation dürfte der Informationsaustausch nach den Maßstäben der Horizontal-Leitlinien der Kommission aufgrund der geringen gemeinsamen Marktanteile der Verbundgruppenmitglieder auf beiden Märkten unproblematisch sein. Die Beurteilung hängt maßgeblich von der Art und Menge der ausgetauschten Daten und deren Bedeutung in der konkreten Konstellation ab.

- **Beispiel 4:** Einige Elektronikhändler haben sich in der Verbundgruppe C zusammengeschlossen, um gemeinsam ihre Waren einzukaufen. Die Mitglieder vereinen gemeinsam rd. 20 Prozent der Verkäufe auf dem relevanten Markt auf sich. Die Verbundgruppe C verfügt über eine eigene Einkaufsabteilung, deren Leiter Herr M für alle Mitglieder die Konditionenverhandlungen mit den Herstellern führt. Pünktlich vor den Jahresgesprächen melden die Mitglieder der Verbundgruppe ihre geplanten Beschaffungsmengen für das nächste Jahr an Herrn M. Dieser bereitet die Informationen für seine Verhandlungen auf, gibt diese aber nicht – auch nicht an den Einkaufsausschuss der Verbundgruppe C – weiter.

Obwohl die gemeinsamen Marktanteile der Verbundgruppenmitglieder über 15 Prozent liegen, dürfte diese Konstellation kartellrechtlich unproblematisch sein. Aufgrund der organisatorischen Trennung von Herrn M als Verhandlungsführer (mit Kenntnis wettbewerbslich sensibler Daten) und den Akteuren auf Wettbewerbsebene (als Mitglieder des

Einkaufsausschusses) dürfte ein geringes Risiko bestehen, dass Wettbewerber die Informationen für ihre eigene Geschäftsplanung nutzen.

- **Abwandlung:** Als Hintergrund für die Entscheidungsfindung stellt M den Mitgliedern des Einkaufsausschusses die kompletten Datensätze der Mitglieder nebst seiner Auswertung zur Verfügung.

Diese Konstellation dürfte kartellrechtlich problematisch sein. Denn die Mitglieder des Einkaufsausschusses erhalten Zugriff auf wettbewerblich sensible Daten, die es ihnen erlauben, die Beschaffungsmengen und Sortimente ihrer Wettbewerber einzuschätzen und sich entsprechend darauf einzustellen (z. B. sich auf bestimmte Produktlinien zu konzentrieren, die ein benachbarter Händler nicht oder nur in geringer Menge führt). Für die Abstimmung der Verhandlungsstrategie dürfte es auch nicht erforderlich sein, die der Strategie zugrundeliegenden Daten unaggregiert zur Verfügung zu stellen.

II. Kooperation der Genossenschaften untereinander und mit Dritten

- 126** Eine Zusammenarbeit findet nicht nur innerhalb der Genossenschaft oder der Verbundgruppe statt, sondern reicht auch über diese hinaus, indem die Genossenschaft wiederum Kooperationen oder Gemeinschaftsunternehmen mit anderen Genossenschaften oder Dritten begründet. Angesichts der Herausforderungen der Digitalisierung und der Bedeutung von Größenvorteilen erlangen solche Kooperationen zunehmende Bedeutung. Dies gilt nicht allein, aber in besonderem Maße, für Kooperationen im landwirtschaftlichen Stufenverband.
- 127** Soweit das Zusammenwirken verschiedener Unternehmen betroffen ist, d. h. immer wenn die Voraussetzungen der wirtschaftlichen Einheit nicht erfüllt sind (hierzu bereits unter C.I.1), ist das Kartellverbot zu beachten. Soweit die Kooperation keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt (unter D.II.1), ist zu prüfen, ob sie eine (spürbare) Wettbewerbsbeschränkung bewirkt und ob sie aufgrund der hierdurch erwirkten Effizienzvorteile freistellungsfähig ist (hierzu unter D.II.2).
- 128** Kommt es zu einer strukturellen Verbindung, insbesondere in Form eines Gemeinschaftsunternehmens, sind zusätzlich die Regeln der Fusionskontrolle anzuwenden. Für Einzelheiten zu den formellen

Voraussetzungen der Fusionskontrolle sowie zur wettbewerblichen Prüfung wird auf die einschlägigen Publikationen des Bundeskartellamtes¹⁰¹ und der Kommission¹⁰² verwiesen.

1. Wettbewerbsverhältnis zwischen Hauptgenossenschaften

- 129** Das Kartellverbot gilt insbesondere auch im Verhältnis der Hauptgenossenschaften untereinander. Besonders diskutiert wurde in diesem Zusammenhang das sog. Regional- oder Regionalitätsprinzip. Das Regionalprinzip folgt aus dem genossenschaftlichen Prinzip der Selbstbeschränkung, wonach sich die Geschäftstätigkeit der Genossenschaften im Wesentlichen auf das Tätigkeitsgebiet ihrer Mitglieder beschränkt. Entsprechend konzentrieren sich auch Hauptgenossenschaften traditionell im Rahmen der Selbstbindung auf die Förderung ihrer Primärgenossenschaften in bestimmten Regionen (sog. Stammgebiete), sodass es jedenfalls zeitweise kaum Überschneidungen hinsichtlich der Tätigkeitsgebiete gab. Hier stellte sich die Frage, ob zwischen den Hauptgenossenschaften vor dem Hintergrund des Regionalprinzips überhaupt ein beschränkungsfähiges Wettbewerbsverhältnis besteht oder ob das Regionalprinzip als Kunden- bzw. Gebietsaufteilung anzusehen sein könnte.
- 130** In der Fallpraxis des Bundeskartellamtes spielte diese Frage auch in anderen Wirtschaftsbereichen (wie z.B. der Finanzwirtschaft) eine Rolle. So hat das Bundeskartellamt geprüft, ob und inwieweit die damals noch 15 PSD Banken in Deutschland im Zusammenwirken mit dem Prüfungsverband der PSD Banken (VPSD) mit der Praktizierung eines Regionalprinzips gegen kartellrechtliche Vorschriften verstoßen haben. Nachdem die entsprechenden Anweisungen zur Einhaltung eines Regionalitätsprinzips aufgegeben wurden, hat das Bundeskartellamt das Verfahren aus Ermessensgründen eingestellt.
- 131** Wie das Regionalprinzip im Verhältnis der Hauptgenossenschaften untereinander kartellrechtlich zu bewerten ist, war bislang nicht Gegenstand der vom Bundeskartellamt geführten Verfahren¹⁰³ und kann auch für die Zwecke dieser Leitlinien offen bleiben.
- 132** Denn für die kartellrechtliche Beurteilung der Verhaltensweisen, z. B. von Preisabsprachen zwischen Hauptgenossenschaften, kommt es auf die tatsächlich gelebten Wettbewerbsverhältnisse an. Vor dem Hintergrund des Strukturwandels hat das Bundeskartellamt inzwischen wiederholt festgestellt, dass

¹⁰¹ Für die formelle Fusionskontrolle: Bundeskartellamt, Merkblatt zur deutschen Fusionskontrolle, Stand Juni 2005 sowie Bundeskartellamt, Leitfaden Transaktionswert-Schwellen für die Anmeldepflicht von Zusammenschlussvorhaben, Stand Juli 2018; für die materielle Prüfung: Bundeskartellamt, Leitfaden zur Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, 29. März 2012; jeweils abrufbar auf der Internetseite des Bundeskartellamtes.

¹⁰² Vgl. Kommission, Konsolidierte Mitteilung Tz. 11 ff.

¹⁰³ Vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2017/2018, S. 82.

ein Verweis auf das genossenschaftliche Regionalprinzip nicht ausreicht, um ein (zumindest potentielles) Wettbewerbsverhältnis zwischen Hauptgenossenschaften zu verneinen.¹⁰⁴ Rechtliche Gründe für die Hauptgenossenschaften, ihre Wirtschaftstätigkeit auf ein bestimmtes Tätigkeitsgebiet zu beschränken, ergeben sich weder aus dem genossenschaftlichen Förderauftrag noch aus dem Genossenschaftsgesetz. Zudem kann weder aus dem Förderprinzip noch aus anderen Prinzipien des Genossenschaftswesens ein Verbot hergeleitet werden, in den Gebieten anderer Hauptgenossenschaften tätig zu werden. Schließlich bestehen in der Regel auch keine wirtschaftlichen Hindernisse für die Hauptgenossenschaften, außerhalb ihres Stammgebiets tätig zu werden. Nach den Erkenntnissen des Bundeskartellamtes in den geführten Verfahren waren sie u. a. aufgrund niedriger Transportkosten kaufmännisch in der Lage, ihre Produkte außerhalb ihres Stammgebietes zu vertreiben. Tatsächlich wird das Regionalprinzip in der Praxis von den Genossenschaften schon vielfach durchbrochen. Zudem würde eine solche Privilegierung es genossenschaftlich organisierten Unternehmen erlauben, die Marktabgrenzung unabhängig von der Marktgegenseite aufgrund eigener Vereinbarungen vorzunehmen. Auch in tatsächlicher Hinsicht traten die Hauptgenossenschaften in den letzten Jahren – entweder durch Ausweitung der eigenen Vertriebsaktivitäten oder durch Akquisitionen – zunehmend in den Wettbewerb in den Stammgebieten anderer Hauptgenossenschaften ein.¹⁰⁵

2. Beurteilung im Einzelfall

- 133** Das wettbewerbliche Risiko bei Kooperationen zwischen Wettbewerbern liegt darin, dass die Kooperationspartner den Anreiz und die Möglichkeit haben könnten, ihre Geschäftsstrategie zu vereinheitlichen (Kollusion) oder bei ihrem wettbewerblichen Bemühen jedenfalls Rücksicht aufeinander zu nehmen (Koordination). In beiden Fällen würde der Wettbewerb durch die Kooperation beschränkt.
- 134** An einer Wettbewerbsbeschränkung kann es aber fehlen, wenn zwischen den Kooperationspartnern bereits vor der Kooperation so enge Verflechtungen bestanden, dass kein beschränkbares Wettbewerbsverhältnis besteht (unter D.II.2.a)). Zudem können etwaige Wettbewerbsbeschränkungen von Effizienzvorteilen aufgewogen werden und damit freistellungsfähig sein (unter D.II.2.b)).

¹⁰⁴ Vgl. hierzu auch Bundeskartellamt, Entscheidung vom 25. April 2002, B2-37/01 Tz. 121 a.E. – *BayWa/WLZ*.

¹⁰⁵ Dies wurde bereits vor knapp 20 Jahren für Norddeutschland festgestellt: Bundeskartellamt, Entscheidung vom 25. April 2002, B2-37/01 Tz. 124 – *BayWa/WLZ*.

a) Wettbewerbsverhältnis im Stufenverband

- 135** Wenn nicht bereits vor dem zu prüfenden Kooperationsvorhaben eine wirtschaftliche Einheit mit alleiniger Kontrolle eines Unternehmens besteht, ist im Einzelfall zu untersuchen, ob sich durch die Kooperation Änderungen an den Marktverhältnissen ergeben. Hieran kann es in Ausnahmefällen fehlen, wenn die Kooperationspartner schon zuvor so eng miteinander verflochten sind, dass sie nicht als (völlig) unabhängige Wettbewerber anzusehen sind.¹⁰⁶ Durch solche Verflechtungen kann der Wettbewerb zwischen den Unternehmen so weitgehend gedämpft sein, dass eine Vertiefung dieser Verbindung durch die Kooperation keinen spürbaren Einfluss auf die Marktverhältnisse hat.
- 136** Als Verflechtung in diesem Sinne kann jede wirtschaftliche, rechtliche oder personelle Beziehung zwischen Unternehmen gelten, die dafür sorgt, dass die Unternehmen Rücksicht auf die jeweiligen geschäftlichen Belange des Anderen nehmen.¹⁰⁷ Anhaltspunkte hierfür können bspw. enge Lieferbeziehungen, (gegenseitige) gesellschaftsrechtliche Verflechtung sowie ein einheitlicher Marktauftritt, Bezugsverpflichtungen, Preisbindungen bzw. Preisempfehlungen, einheitliche und gemeinsame Werbung sowie Gebietsabsprachen sein.¹⁰⁸
- 137** Diese Fragen stellen sich besonders im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit im landwirtschaftlichen Stufenverband. Im Stufenverband schließen sich in der Regel mehrere Primärgenossenschaften zu Hauptgenossenschaften zusammen, aber auch die Hauptgenossenschaften unterhalten an den in ihrem Tätigkeitsgebiet ansässigen Primärgenossenschaften teilweise Beteiligungen. Zudem sind sowohl Haupt- als auch Primärgenossenschaften Mitglieder im Raiffeisenverband. In der Regel sind die genossenschaftlichen Verflechtungen aber nicht eng genug, um eine wirtschaftliche Einheit anzunehmen.¹⁰⁹ Auch kann im Einzelfall ein (zumindest potentielles) Wettbewerbsverhältnis auf Einzelhandelsebene bestehen.
- 138** In der Praxis des Bundeskartellamtes war diese Abgrenzung primär in der Fusionskontrolle von Bedeutung. Die dort angestellten Erwägungen zum Vorliegen eines beschränkbareren Wettbewerbsverhältnisses im Stufenverband sind aber entsprechend auf die Bewertung nach dem Kartellverbot übertragbar.

¹⁰⁶ Vgl. Münchner Kommentar-Becker/Knebel/Christiansen, § 36 GWB Tz. 81; vgl. hierzu auch Bundeskartellamt, Fallbericht vom 16. Januar 2015, B2-64/14 – BayWa/RaiWa Lobsing.

¹⁰⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 1995, KVR 6/95 Tz. 13 – Raiffeisen.

¹⁰⁸ Vgl. zur wettbewerblichen Einheit der selbstständigen Einzelhändler im Lebensmitteleinzelhandel: Bundeskartellamt, Beschluss vom 31. März 2015, B2-96/14, Tz. 22 f. – EDEKA/Kaiser's Tengelmann; für das EU-Recht s. auch Kommission, Beschluss vom 23. Juni 2008, COMP/M. 5047 Tz. 43 ff. – Rewe/ADEG; Kommission, Beschluss vom 20. November 1996, COMP IV/M.784 Tz. 42 ff. – Kesko/Tuko.

¹⁰⁹ Etwas anderes kann natürlich gelten, wenn zwischen Haupt- und Primärgenossenschaften besonders enge Vertriebsbeziehungen bestehen, wie sie etwa oben in Tz. 16 (Abwandlung zu Beispiel 2) dargestellt sind.

- 139** Ursprünglich hatte das Bundeskartellamt bei Zusammenschlüssen innerhalb des Stufenverbands eine eher pauschale Betrachtung vorgenommen. Danach waren diese zwar anzumelden, das Bundeskartellamt hat die Zusammenschlüsse aber nur begrenzt wettbewerblich geprüft. Aufgrund der damaligen tatsächlichen Verhältnisse wurde vermutet, dass die Unternehmen bereits durch die bestehende wirtschaftliche, rechtliche und personelle Verflechtung sehr eng miteinander verbunden seien und eine Vertiefung dieser Unternehmensverbindung regelmäßig keine wettbewerblichen Bedenken mehr hervorrufen könne.¹¹⁰
- 140** Diese Entscheidungspraxis hat das Bundeskartellamt im Verfahren BayWa/RaiWa Lobsing im Jahr 2014 aufgegeben. Denn aufgrund der geänderten tatsächlichen Verhältnisse kann nicht mehr ohne Weiteres vermutet werden, dass Haupt- und Primärgenossenschaften in jedem Tätigkeitsbereich nur in eingeschränktem Wettbewerb zueinander stehen. Vielmehr bleibt es stets eine Frage des konkreten Einzelfalls, inwieweit hier von gedämpftem Wettbewerb auszugehen ist.
- 141** Es ist zwar nicht auszuschließen, dass der gesetzliche Förderauftrag der Genossenschaften sowie der – vertikale – finanzielle Verbund zwischen der Hauptgenossenschaft und ihren Gesellschaftern (d. h. den Primärgenossenschaften) gegenseitige Loyalität und Rücksichtnahme bewirken. Insbesondere im Landhandel dürfte dies die Regel sein.¹¹¹ Inzwischen dürfte zwischen den Stufen des agrarwirtschaftlichen Verbunds aber regelmäßig ein gewisser – schützenswerter – Restwettbewerb verbleiben:¹¹² Während in der Vergangenheit die Primärgenossenschaften fast ausschließlich auf der Einzelhandelsstufe des Landhandels tätig waren und die Hauptgenossenschaften für sie die Großhandelsfunktion übernahmen, ist dies aktuell – u.a. aufgrund des Strukturwandels – nicht mehr durchgehend der Fall. Heute sind die Hauptgenossenschaften in unterschiedlichem Ausmaß ebenfalls auf der Einzelhandelsstufe tätig. Zudem gibt es Anhaltspunkte dafür, dass die Endabnehmer (in erster Linie Landwirte und landwirtschaftliche Unternehmen) Primär- und Hauptgenossenschaften nicht mehr nur als Genossenschaftsunternehmen wahrnehmen, von denen sie kein unterschiedliches Agieren am Markt erwarten. Folglich kann die Vertiefung der Zusammenarbeit durchaus einen bestehenden Restwettbewerb beschränken.
- 142** Zudem müssen die Auswirkungen der Kooperation im Stufenverband auf Drittabnehmer berücksichtigt werden. Denn viele Agrargenossenschaften beschränken ihre Vertriebsaktivitäten nicht (mehr) auf ihre Mitglieder, sondern vertreiben ihre Produkte zunehmend auch an Unternehmen außerhalb des Genossenschaftsverbunds. Eine Privilegierung der Kooperationen im Stufenverband würde außer Acht

¹¹⁰ Vgl. Bundeskartellamt, Entscheidung vom 19. Dezember 2008, B3-161/08 Tz. 50 – *HaGe Kiel eG/BSL*.

¹¹¹ Vgl. z.B. Bundeskartellamt, Fallbericht vom 16. Januar 2015, B2-64/14 – *BayWa/RaiWa Lobsing*.

¹¹² Vgl. ebd.

lassen, dass hierdurch aus Sicht dieser Drittabnehmer durchaus eine Auswahlmöglichkeit bei der Beschaffung oder dem Absatz von Produkten wegfallen kann.

b) Faktoren, die bei der Beurteilung von Kooperationen relevant sind

- 143** Kooperationen – unabhängig davon, ob es sich um digitale Handelsplattformen handelt oder um Produktions- oder Vertriebskooperationen in traditioneller Form – können eine Vielzahl von Effizienzen generieren und damit letztlich den Wettbewerb stärken. Das Bundeskartellamt berücksichtigt daher im Rahmen seines Aufgreifermessens, also der Entscheidung, ob der Verdacht auf einen Verstoß gegen das Kartellverbot eine Verfahrenseinleitung rechtfertigt, Anhaltspunkte für eine mögliche Effizienzrechtfertigung ebenso wie das Ausmaß der von der Vereinbarung ausgehenden Wettbewerbsbeschränkungen.
- 144** Von der Möglichkeit, Fälle nicht aufzugreifen, hat das Bundeskartellamt regelmäßig Gebrauch gemacht. Zu nennen sind hierbei die Verfahrensbegleitungen in Sachen XOM¹¹³, ECEMENT¹¹⁴ und Unamera¹¹⁵.
- 145** Als Effizienzvorteil für eine Kooperation in Form einer digitalen Handelsplattform kann bspw. berücksichtigt werden, dass sie auch für kleinere Marktteilnehmer die digitalen Vertriebswege eröffnen und somit die Auswahl der Abnehmer erhöhen kann. Zudem kann die Effizienz beim Bestellvorgang gesteigert werden. Schließlich können digitale Handelsplattformen einen erleichterten Zugriff auf Informationen zu Verfügbarkeit und Lieferung der Produkte bieten.¹¹⁶
- 146** Natürlich können auch Kooperationen in traditioneller Form, bspw. bei der Produktion und dem Vertrieb (gemeinsame Saatgutzentren, Futtermittelwerke) Effizienzvorteile generieren. Indem sie gemeinsam produzieren, können die Unternehmen Kosten sparen, z. B. durch die Ausnutzung der Kapazitäten einer gemeinsamen Anlage. Die Größenvorteile könnten es ihnen auch erlauben, eine breitere Produktpalette anzubieten, die sie sich andernfalls nicht leisten könnten. Dies kann wiederum Kosteneinsparungen mit sich bringen. Schließlich kann die gemeinsame Produktion zu einer Verbesserung der Produktqualität führen, wenn die Kooperationspartner einander ergänzende Fähigkeiten und Know-how in die Kooperation einbringen.¹¹⁷ Auch durch den gemeinsamen Vertrieb können – insbesondere

¹¹³ Vgl. Bundeskartellamt, Fallbericht vom 27. März 2018, B5-1/18-01 – *XOM Metals*.

¹¹⁴ Vgl. Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 7. Dezember 2017, B1-209/17 – *ECEMENT*.

¹¹⁵ Vgl. Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 5. Februar 2020, B2-140/19 – *Unamera*.

¹¹⁶ Vgl. Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 7. Dezember 2017, B1-209/17 – *ECEMENT*; Fallbericht vom 27. März 2018, B5-1/18-01 – *XOM Metals*.

¹¹⁷ Zur wettbewerblichen Beurteilung von Produktionskooperationen s. Horizontal-Leitlinien Tz. 150 ff.

für kleinere Hersteller – erhebliche Größen- oder Verbundvorteile erwachsen. Hier gilt selbstverständlich, dass die Vorteile über die Einsparungen hinausgehen müssen, die sich aus dem Wegfall der unmittelbar mit dem Wettbewerb verbundenen Kosten ergeben. Ein wichtiges Indiz hierfür ist, dass die Kooperationspartner in erheblichem Umfang Kapital, Technologie oder sonstige Vermögenswerte einbringen. Auch Kosteneinsparungen aufgrund niedrigerer Doppelaufwendungen für (Personal-) Ressourcen und Anlagen wären berücksichtigungsfähig. Beschränkt sich hingegen die gemeinsame Vermarktung auf eine Verkaufsstelle, ohne dass die Kooperationspartner besondere Investitionen tätigen, dürften die Freistellungschancen gering ausfallen.

147 Neben der Darlegung von Effizienzvorteilen müssen die Kooperationspartner noch sicherstellen, dass etwaige Wettbewerbsbeschränkungen für die Funktionsfähigkeit der Kooperation (und damit die mit ihr einhergehende Verbesserung) unerlässlich sind, d. h. sie dürfen nicht über das absolut notwendige Maß hinausgehen. Das bedeutet insbesondere, dass das Angebot und die Preissetzung der Kooperationspartner durch die Zusammenarbeit nicht über Gebühr vereinheitlicht werden darf. Natürlich darf die Kooperation nicht als Vehikel für die Abstimmung der Geschäftsstrategie genutzt werden.

- **Beispiel 1:** Zwei Fernsehsender errichten eine gemeinsame Video-on-Demand (VoD)-Plattform im Internet, über die (nur) Videos aus der Produktion der Beteiligten kostenpflichtig oder für den Nutzer kostenfrei (d. h. werbefinanziert) abgerufen werden können. Die Abrufe werden durch die Plattformgesellschaft angeboten und beworben. Der Plattform obliegt dabei einerseits die Entscheidung darüber, welche Inhalte zu welchem Zeitpunkt werbefinanziert zur Verfügung stehen, welche Werbeinhalte dann angezeigt werden, und andererseits darüber, wie teuer der Abruf kostenpflichtiger Inhalte sein soll. Zudem legt die Plattform bestimmte technische Parameter der Verbreitung im Internet fest.¹¹⁸

Durch die gewählte Konstruktion, bei der die Entscheidung über wichtige Wettbewerbsparameter (welcher Inhalt wird zu welchen Konditionen angeboten?) zentral bei der gemeinsamen Plattform liegt und auch entscheidend technische Parameter vereinheitlicht werden, wird das Angebot der beiden Kooperationspartner harmonisiert und koordiniert. Sie verzichten darauf, untereinander um ein tragfähiges und innovatives VoD-Konzept zu konkurrieren und können sich so einen Vorteil ggü. anderen Wettbewerbern verschaffen. Darüber hätten die Kooperationspartner Anreize, Plattformen, die im Wettbewerb zu ihrer

¹¹⁸ Fall stark vereinfacht in Anlehnung an Bundeskartellamt, Fallbericht vom 23. Februar 2015, B6-81/11 – *Germany's Gold*.

eigenen Plattform stehen, von den eigenen Inhalten abzuschotten, um die Attraktivität des eigenen Angebots zu erhöhen.

148 Zudem darf die Kooperation neue Wettbewerber nicht am Marktzutritt hindern – dies gilt insbesondere für Zusammenschlüsse großer Anbieter.¹¹⁹ Die Kooperationen müssen insbesondere diskriminierungsfrei ausgestaltet sein, also auch anderen Unternehmen den Zugang zu diskriminierungsfreien Bedingungen erlauben (s. hierzu bereits unter D.I.3.b)).

- **Beispiel 2:** Zwei Fernsehsender errichten eine Plattform, die eine rein technische Grundlage für das Angebot von VoD darstellt. Insbesondere steht es Wettbewerbern (z.B. anderen Fernsehsendern oder sonstigen Inhalteanbietern) frei, ihre Inhalte ebenfalls über die Plattform anzubieten. Die Entscheidung über die Preise für den Einzelabruf und die Auswahl der anzuzeigenden Werbeinhalte obliegt dem jeweiligen Inhalteanbieter.

Diese Ausgestaltung trägt den oben bei Beispiel 1 dargestellten wettbewerblichen Bedenken Rechnung. Es sprechen daher gute Gründe dafür, dass die Konstruktion zulässig wäre. Die Plattform kann einerseits Effizienzvorteile u.a. in Form einer erhöhten Reichweite für VoD-Angebote generieren und bietet andererseits für die Videonutzer eine einfachere, weil einheitliche, Navigation durch die Inhalte, ohne dass sich das Angebot der teilnehmenden Inhalteanbieter übermäßig harmonisiert. Dadurch, dass die Plattform grundsätzlich allen Anbietern offen steht, werden etwaige Abschottungsrisiken vermindert.

149 Ferner muss sichergestellt werden, dass es zwischen den Kooperationspartnern nicht zu einem unbegrenzten Fluss wettbewerblich bedeutsamer Daten kommt.

- **Beispiel 3:** Eine Zement-Handelsplattform steht grundsätzlich allen Anbietern und Nachfragern von Zement offen. Die Abnehmer können über die Plattform Lieferwerke auswählen und sodann anonyme Anfragen für eine Belieferung mit Zement einstellen. Die konkrete Preisfindung erfolgt mittels eines automatisierten Auktionsverfahrens, bei dem die ausgewählten Lieferanten den Startpreis und die periodischen Preisschritte der Auktion beobachten können. Das Geschäft kommt zustande, sobald ein Anbieter den Preis akzeptiert. Erst dann wird die Anonymität des Abnehmers aufgehoben. Die übrigen Anbieter erfahren we-

¹¹⁹ Vgl. etwa die Verfahren des Bundeskartellamtes zu VoD-Plattformen: Fallbericht vom 23. Februar 2015, B6-81/11 – *Germany's Gold*.

der, welche Wettbewerber die Auktion beobachten, noch welcher Wettbewerber den Zuschlag erhalten hat. Für jede vermittelte Transaktion zahlt der Zementlieferant der Plattform eine Gebühr.

Es sprechen sehr gute Gründe dafür, dass der skizzierte Auktionsmechanismus kartellrechtlich zulässig ist.¹²⁰ Die Anonymität der Anfragen bis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses stellt sicher, dass die Anbieter die Entscheidung, den Preis zu akzeptieren, autonom treffen. Die Unkenntnis über die anderen an der Auktion teilnehmenden Anbieter vermindert auch etwaige Kollusionsanreize.

150 Neben den Erwägungen zur Freistellungsfähigkeit können im Rahmen des Aufgreifermessens insbesondere folgende Gesichtspunkte von Bedeutung sein:

- In Fällen mit großer Asymmetrie zwischen marktmächtigen Genossenschaften und (kleinen) Mitgliedern (d.h. Fällen, die an der Grenze zur Missbrauchskontrolle liegen) liegt ein Aufgreifen näher.¹²¹
- Soweit die an der Kooperation beteiligten Unternehmen nur eine geringe Marktbedeutung haben, d. h. sie auch gemeinsam keine marktmächtige Position erreichen, dürften die von der Kooperation ausgehenden Beschränkungen tendenziell geringer sein, als bei Kooperationen großer Marktteilnehmer.
- Wenn ein neuer Wettbewerber als Gegengewicht zu großen Anbietern entsteht, kann die Kooperation den Wettbewerb beleben (Level Playing Field). Dies kann aber nur für eine Anfangsphase gelten. Sobald sich die Kooperation etabliert hat, kann unter Umständen eine erneute Beurteilung geboten sein.

151 Demgegenüber können im Einzelfall markt- oder unternehmensspezifische Besonderheiten für die Einleitung eines Verfahrens sprechen. Dies ist etwa der Fall, wenn – z. B. durch eine Vielzahl von Beschwerden – Hinweise darauf vorliegen, dass es systematisch zu Verstößen gegen das Kartellverbot kommt, oder wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass ein Unternehmen zum wiederholten Mal gegen das Kartellverbot verstoßen hat.

¹²⁰ Vgl. Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 7. Dezember 2018, B1-209/17 – *CEMENT*, in diesem Fall wäre ein Bußgeldrisiko in der Regel nicht gegeben.

¹²¹ Z.B. im Verfahren zu Rohmilch-Lieferbedingungen, Bundeskartellamt, Sachstand im Verfahren zu Lieferbedingungen Rohmilch, S. 16.

III. Verfahren beim Bundeskartellamt

- 152** Das GWB sieht verschiedene Verfahrensarten und -möglichkeiten vor. Zunächst bietet § 32c GWB die Möglichkeit für das Bundeskartellamt zu entscheiden, dass kein Anlass besteht, tätig zu werden, wenn die Voraussetzungen für ein Verbot nach den § 1 GWB oder nach Art. 101 Abs. 1 AEUV nach den der Kartellbehörde vorliegenden Erkenntnissen nicht gegeben sind (Abs. 1). Auch haben Unternehmen und Unternehmensvereinigungen seit Inkrafttreten des GWB-Digitalisierungsgesetzes einen Anspruch auf eine förmliche Entscheidung nach § 32 c GWB, wenn im Hinblick auf eine Zusammenarbeit mit Wettbewerbern ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung besteht; das Bundeskartellamt soll innerhalb von sechs Monaten über den Antrag zu einer solchen Kooperation entscheiden (Abs. 4). Darüber hinaus kann das Bundeskartellamt mitteilen, dass es im Rahmen seines Aufgreifermessens von der Einleitung eines Verfahrens absieht (Abs. 2).
- 153** Soweit Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen das Kartellverbot des § 1 GWB und/oder Art. 101 AEUV bestehen, entscheidet das Bundeskartellamt nach pflichtgemäßem Ermessen, ob es ein ggf. einzuleitendes Verfahren als Bußgeld- oder als Verwaltungsverfahren führt.
- 154** Das Bundeskartellamt kann Verstöße gegen das Kartellrecht im Bußgeld- oder im Verwaltungsverfahren aufgreifen. Das Bußgeldverfahren ist dabei für die Sanktionierung eindeutiger Rechtsverstöße vorgesehen, die die Beteiligten vorsätzlich oder fahrlässig begangen haben und die mit einem erheblichen Schädigungspotenzial verbunden sind. Im Bußgeldverfahren ist die Verhängung von Bußgeldern in erheblicher Höhe gegen Unternehmen und gegen natürliche Personen möglich (vgl. § 81 Abs. 4 GWB).
- 155** Entschließt sich das Bundeskartellamt, gegen einen Verstoß gegen das Kartellverbot in einem Bußgeldverfahren vorzugehen, stellt sich außerdem die Frage, gegen wen sich das Verfahren richten soll. Dabei sind insbesondere die Marktposition der am Verstoß beteiligten Unternehmen sowie die Schwere und Bedeutung ihres eigenen Tatbeitrags von Bedeutung. Das Bundeskartellamt ist nicht verpflichtet, ein Verfahren gegen jedes an dem Verstoß beteiligte Unternehmen zu führen.
- 156** Das Bundeskartellamt kann bußgeldmindernd berücksichtigen, wenn Unternehmen durch ihre Kooperation dazu beitragen, Kartellrechtsverstöße aufzudecken. In Einzelfällen kann eine für die Ermittlungen besonders wertvolle Kooperation auch dazu führen, dass das Bundeskartellamt von der Verhängung eines Bußgeldes gegen das kooperierende Unternehmen absieht, siehe §§ 81h – 81n GWB.¹²²

¹²² Vgl. zur Berücksichtigung von Kooperationsbeiträgen in Kartellfällen auch Bundeskartellamt, Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren vom 11. Oktober 2021 und die Leitlinien zum Kronzeugenprogramm vom 23. August 2021, abrufbar auf der Internetseite des Bundeskartellamts.

- 157** Liegen dem Bundeskartellamt hingegen glaubhafte Anhaltspunkte dafür vor, dass eine Effizienzrechtfertigung in Betracht kommt und näherer Prüfung bedarf, wird es den Sachverhalt in der Regel im Verwaltungsverfahren überprüfen, falls es sich für ein Aufgreifen des mutmaßlichen Verstoßes entschieden hat.
- 158** Das Verwaltungsverfahren erscheint insbesondere dann geeignet, wenn es sich um einen komplexen Sachverhalt mit schwierigen rechtlichen und ökonomischen Fragestellungen handelt. Hier kann ein Musterverfahren dazu dienen, die kartellrechtliche Beurteilung bisher noch nicht behandelte Bereiche zu klären. Die Feststellung eines Verstoßes im Verwaltungsverfahren setzt nicht voraus, dass die beteiligten Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben. Sofern sich die Vorwürfe bestätigen, kann das Verfahren auf verschiedene Arten enden. Wenn die betroffenen Unternehmen verbindliche Verpflichtungszusagen abgeben, die geeignet sind, die kartellrechtlichen Bedenken zu zerstreuen, kann das Bundeskartellamt das Verfahren mittels Verwaltungsverfügung einstellen, in der es diese Verpflichtungszusagen als verbindlich erklärt. Ohne solche Zusagenangebote endet das Verfahren mit einer Verwaltungsverfügung, die noch andauernde Verstöße für die Zukunft untersagt. Schließlich kann auch die Kartellrechtswidrigkeit in der Vergangenheit liegender Verstöße festgestellt werden, soweit hierfür ein berechtigtes Interesse besteht, etwa zur Klärung der kartellrechtlichen Bewertung oder auch mit Blick auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen. Sollte der Verstoß vorsätzlich oder fahrlässig begangen worden sein, kann das Bundeskartellamt auch einen durch den Verstoß ggf. erlangten wirtschaftlichen Vorteil abschöpfen.
- 159** Verwaltungsverfahren können auch dazu dienen, Rechtsicherheit zu schaffen oder strukturelle Umbrüche zu begleiten. Ein Beispiel hierfür waren die Verfahren im Milchsektor, die auf Grundlage der Erkenntnisse zu den strukturellen Umbrüchen auf dem Milchmarkt aus der Sektoruntersuchung Milch gewonnen wurden. Im Falle des AMI Markinformationssystems endete das Verwaltungsverfahren mit Anpassungsvorgaben, die im ersten Jahr der praktischen Umsetzung einem Praxistest unterzogen wurden, um die Wirkungen des Datenaustauschs besser abschätzen und kartellrechtlich bewerten zu können.¹²³ Das Musterverfahren gegen die Deutsche Milch Kontor eG (DMK) hat das Bundeskartellamt Anfang 2018 eingestellt, nachdem DMK in Reaktion auf das Verfahren seine Lieferbedingungen verändert und die reine Kündigungsfrist für die Lieferbeziehung von 24 auf 12 Monate abgesenkt hatte. Dies stellte aus Sicht des Bundeskartellamtes eine substantielle Veränderung und einen wichtigen Schritt in

¹²³ Vgl. Bundeskartellamt, Fallbericht vom 29. Juni 2011, B2-118/10 – AMI.

die richtige Richtung dar. Zwar hatte das Bundeskartellamt weiterhin erhebliche Zweifel, ob dies wettbewerblich ausreichend ist – es wollte hier aber abwarten, wie sich die Absenkung der Kündigungsfrist von DMK auf die Belegung des Wettbewerbs in der Praxis auswirkt.¹²⁴

¹²⁴ Vgl. Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 9. Januar 2018, B2-43/16 – *Einstellung des Verfahrens gegen die Molkerei DMK*.