

Genossenschaften und Kartellrecht 2021

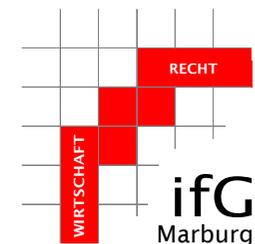
– Bestandsaufnahme mit Blick auf die neuen Leitlinien des Bundeskartellamts –

Prof. Dr. Michael Kling

**Institut für Genossenschaftswesen
Philipps-Universität Marburg**

Am Plan 2
35032 Marburg

Tel.: (06421) 28-23939 (ifG), 28-23093 (Universität)
www.ifgmarburg.de



Gliederung des Vortrags

A. Genossenschaftliche Kooperation zwischen vermeintlicher oder tatsächlicher Privilegierung und Rechtszwang

- I. Genossenschaften als Normadressaten des Kartellrechts
- II. Allg. kartellrechtliche Grenzen für Mittelstandskartelle (horizontale Kooperation)
- III. Kartellrecht und Innovation
- IV. Vertikalvereinbarungen im Geno-Sektor
- V. Das Problem des Informationsaustauschs
- VI. (Sonstige) Kooperation der Genos untereinander + Regionalprinzip

B. Verwaltungsrechtsfolgen

C. Schlussbetrachtung

Leitlinien-Entwurf des BKartA

- VÖ: Mai 2021
- Konsultation



Leitlinien
für die Vereinbarkeit des
Genossenschaftswesens
mit dem Kartellrecht

Fassung für die öffentliche Konsultation
Mai 2021

Offene Märkte | Fairer Wettbewerb

Kartellrecht – Rechtsrahmen (1)

- **EU-Ebene**

- Kartellverbot, Art. 101 AEUV (Freistellung gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV – System der Legalausnahme)
- Missbrauchsverbot, Art. 102 AEUV
- Fusionskontrolle gemäß Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004
- Freistellung von Vertikalvereinbarungen gemäß Vertikal-GVO (Neufassung 2022 liegt im Entwurf vor)
- Verschiedene Leitlinien der Kommission

Kartellrecht – Rechtsrahmen (2)

- **Deutschland**
 - Kartellverbot, § 1 GWB (Freistellung gemäß § 2 GWB – System der Legalausnahme)
 - Verschiedene Missbrauchsverbote, §§ 19, 19a, 20 GWB
 - Boykottverbot, § 21 GWB
 - Zusammenschlusskontrolle, §§ 35 ff. GWB
 - Verschiedene Leitlinien des BKartA
- **Abgrenzung EU / D: Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels (+) / (-)**

Kartellrecht – Rechtsrahmen (3)

- **Leitlinien + heutiger Vortrag: Konzentration auf die Kartellverbote (Art. 101 AEUV, § 1 GWB)**
 - Erfasst sind „Unternehmen“ = Tätigkeit am Markt (Angebot / Nachfrage)
 - Grundsätzlich verboten sind: wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen + abgestimmte Verhaltensweisen zwischen Unternehmen sowie
 - Wettbewerbsbeschränkende Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen (Satzungen usw.)
 - Horizontal / vertikal, mehrere Wirtschaftsstufen (+)

I. Genos als Normadressaten des Kartellrechts (1)

- Unternehmen im Kartellrecht = Anbieten von Waren / Dienstleistungen am Markt oder Nachfragefähigkeit
 - Genossenschaften: unstreitig (+), LL-E Rn. 75 ff.
 - KEIN spezielles „Genossenschaftsprivileg“, das jede Form der Zusammenarbeit zwischen Genossenschaften vom Kartellrecht freistellen würde
 - Fallpraxis des BKartA: Milch-Lieferbedingungen, Zweirad-Einkaufs-Genossenschaft usw. → bei Verstoß gegen das Kartellrecht droht die Untersagung des jeweiligen Verhaltens durch die Kartellbehörde und die Verhängung empfindlicher Bußgelder

I. Genos als Normadressaten des Kartellrechts (2)

- BKartA: Kartellrechtliche Kontrolle des genossenschaftlichen Binnenverhältnisses (+)!
- Grundlegendes Problem: Wertungen des Genossenschaftswesens und -rechts vs. Schutz des unverfälschten Wettbewerbs durch das Kartellrecht → Beide Rechtsmaterien sind harmonisierungsbedürftig!
- BKartA: genossenschaftliches Förder- und Identitätsprinzip ist im Rahmen der Einzelfallprüfung zu berücksichtigen (LL-E Rn. 82) → aber unklare Grenzziehung!
 - Trennung von Mitgliedschaft und Lieferbeziehung?
 - Kartellrechtliche Kontrolle langer Kündigungsfristen?

II. Kartellrechtliche Grenzen für Mittelstandskartelle (1)

- Ausnahmevorschrift des § 3 GWB für horizontale Kooperation von KMU – Ziel: „struktureller Nachteilsausgleich“ für den Mittelstand (= spezifisch deutsche Denkweise, nicht EU)
 - Die Vorschrift gilt nur für das nationale Kartellverbot des § 1 GWB, nicht für das EU-Kartellverbot (Art. 101 AEUV)
 - § 3 GWB erfasst Genossenschaften, die zugleich KMU sind – dafür kommt es auf die jeweilige Marktstruktur an (sachlicher und geographischer Markt)
 - § 3 GWB ist eine praktisch relevante Vorschrift, gilt z.B. für gemeinsame Beschaffungs- und Vertriebsseinrichtungen, Vereinbarungen über die Koordination von Aufträgen sowie die Koordination von Forschung und Entwicklung

II. Kartellrechtliche Grenzen für Mittelstandskartelle (2)

- **Voraussetzungen des § 3 GWB**
 - **Nr. 1:** keine „wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs“
 - Marktanteile entscheidend
 - Wenn preisbezogene Vereinbarung: kritische Grenze bei 10% bis 15% Marktanteil; anderenfalls ggf. etwas höhere Marktanteile zulässig (t.v.A. Literatur)
 - **Nr. 2:** Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit von KMU
 - Rationalisierung von Einkauf oder Vertrieb
 - Beteiligung von „Großunternehmen“ ist zulässig!

III. Kartellrecht und Innovation

- Innovationsgeleitete Wirtschaftstätigkeit unterliegt selbstverständlich dem Kartellrecht („Universalitätsprinzip“)
- Das Kartellrecht steht Innovation sehr positiv gegenüber, siehe z.B. Spezialregelungen zu F&E-Kooperationen und zum Technologietransfer in verschiedenen EU-Verordnungen
 - BKartA: relativ große Spielräume für Genos bei gemeinsamen Vertriebsplattformen (LL-E Rn. 109 ff.) sowie m.E. überhaupt im Bereich Digitalisierung
 - Begründung: Erzielung sog. „Effizienzgewinne“ (Art. 101 Abs. 3 AEUV, § 2 GWB) \leftrightarrow Abstimmung über Preise = verbotenes Hardcorekartell!

IV. Vertikalvereinbarungen im Geno-Sektor

- Es gelten die allgemeinen kartellrechtlichen Regelungen, also die Vertikal-GVO Nr. 330/2010 (Neufassung kommt 2022)
- Freistellung für bestimmte Vertriebsvereinbarungen bei Marktanteilen der Beteiligten unter 30%
 - Beispiel: Liefervertrag über 80% der Gesamtproduktion des Erzeugers mit fünf Jahren Laufzeit ist zulässig (LL-E Rn. 92)
 - Aber: vertikale Preisbindung = verbotene Kernbeschränkung (LL-E Rn. 102, 106); ebenso unzulässig: Gebietsabsprachen, Quoten-, Kundenabsprachen
 - KEINE Ausnahmen für Kernbeschränkungen bei Verbundgruppen

V. Das Problem des Informationsaustauschs (1)

- Das Kartellrecht steht dem Austausch marktrelevanter Daten grundsätzlich sehr negativ gegenüber
 - Das gilt auch für anonymisierte Daten, die von den Betroffenen „gelesen“ werden können
 - Aggregierte Daten, die keine Rückschlüsse auf einzelne Geschäftsvorfälle zulassen, dürfen grundsätzlich ausgetauscht werden
- BKartA: überraschend freundliche Haltung zum Informationsaustausch unter Genos! Bedürfnis nach Informationsaustausch wird in gewissen Grenzen anerkannt (z.B. bei Einkaufskooperationen, LL-E Rn. 124)

V. Das Problem des Informationsaustauschs (2)

- **Drei Faustregeln des BKartA zum Informationsaustausch**
 - **Faustregel 1:** Je älter die Daten und je weniger Rückschluss sie auf konkrete Unternehmen zulassen, desto niedriger das wettbewerbliche Risiko (LL-E Rn. 121)
 - **Faustregel 2:** Der Kreis der meldenden Unternehmen sollte möglichst groß sein, aber mindestens fünf Unternehmen erfassen (LL-E Rn. 121)
 - **Faustregel 3:** Marktinformationssysteme (z.B. Benchmark-Berichte) müssen diskriminierungsfrei ausgestaltet werden
→ aktuellen und potentiellen Wettbewerbern muss Zugang gewährt werden, wenn die Informationen für den Marktzugang wesentlich sind

(Sonstige) Kooperation + Regionalprinzip (1)

- BKartA analysiert Kooperation von Genos untereinander
- Kartellverbot gilt z.B. auch im Verhältnis von Hauptgenossenschaften zueinander
- Rechtfertigung durch genossenschaftliche Prinzipien wie z.B. Regionalprinzip? Sehr schwierig!
 - Einerseits: Regionalprinzip = Ausdruck genossenschaftlicher Selbstbeschränkung
 - Andererseits: vielfache Durchbrechung des Regionalprinzips in der Praxis → aktueller oder potentieller Wettbewerb (+) → Preisabsprachen zwischen Genossenschaften sind verboten (LL-E Rn. 131)

(Sonstige) Kooperation + Regionalprinzip (2)

- BKartA benennt die genossenschaftlichen Prinzipien der gegenseitigen Loyalität und Rücksichtnahme (Hintergrund: Förderauftrag)
- BKartA anerkennt zudem Strukturwandel in verschiedenen Branchen
- Gleichwohl keine kartellrechtliche Privilegierung der vom Strukturwandel betroffenen Genos, sondern lediglich gewisse Flexibilität des BKartA bei der Beurteilung des Einzelfalls
- Monopolkommission 20. HG 2012/13 pro Abschaffung des Regionalprinzips, da Gebietskartell (Ziff. 1923), sehr str.

B. Verwaltungsrechtsfolgen (1)

- BKartA geht auf Verfahren des Amtes ein (LL-E Rn. 151).
 - Bußgeldverfahren (→ Ahndung mit Bußgeld)
 - Verwaltungsverfahren (→ Untersagung des Verhaltens)
- Aber: BKartA ist bereit, in Sektoren, die von strukturellen Umbrüchen betroffen sind, Flexibilität walten zu lassen
 - **Beispiel 1:** Deutsches Milch Kontor eG 2018: Verfahrenseinstellung nach Reduktion der Kündigungsfrist für Lieferbeziehung von 24 Monaten auf 12 Monate (LL-E Rn. 158)
 - **Beispiel 2:** Fall AMI zum Datenaustausch: Praxistest im ersten Jahr nach der Umsetzung (LL-E Rn. 158)

B. Verwaltungsrechtsfolgen (2)

- **GWB-Digitalisierungsgesetz 2021:** Einführung des neuen **§ 32c Abs. 4 Satz 1 GWB:** Möglichkeit der Konsultation mit dem BKartA + Anspruch auf Entscheidung:
- ¹Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen haben auf Antrag gegenüber dem Bundeskartellamt einen Anspruch auf eine Entscheidung nach Absatz 1, wenn im Hinblick auf eine Zusammenarbeit mit Wettbewerbern ein erhebliches rechtliches und wirtschaftliches Interesse an einer solchen Entscheidung besteht. ²Das Bundeskartellamt soll innerhalb von sechs Monaten über einen Antrag nach Satz 1 entscheiden.
- Geltung der Norm seit 19. Januar 2021

B. Schlussbetrachtung

- **Persönliche Einschätzung:**
 - Die Flexibilität des BKartA bei der Bewertung von Einzelfällen sollte positiv gewürdigt werden (EU-Kommission ist i.d.R. wohl weniger flexibel).
 - Grundproblem genossenschaftliche Wertungen ↔ kartellrechtliche Wertungen bleibt bestehen.
 - Harmonisierung beider Rechtsmaterien ist ein längerfristiger Lernprozess auf der Basis von praktischen Fällen; § 32c Abs. 4 GWB kann hilfreich sein
 - Aufgabe für das BKartA: präzise Erfassung und Darlegungen von „safe harbours“ einerseits und „No-go-Areas“ andererseits für den Genossenschaftssektor

ENDE

Diskussion