

barungen, Beschlüsse u aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sowie jeweils **Gruppen** von solchen vom Verbot des Art. 101 I AEUV freigestellt, u zwar (entgegen dem Normwortlaut „für nicht anwendbar erklärt werden können“) bereits von Rechts wegen. Das folgt für einzelne Vereinbarungen, Beschlüsse u aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen aus Art. 1 II VO 1/2003. Die Beurteilung, ob die betr Abstimmung vom Kartellverbot befreit ist, ist damit den Unternehmen selbst auferlegt u wird vorrangig von den nationalen Kartellbehörden u Gerichten überwacht (Art. 5 u 6 VO 1/2003). Diese Freistellung ist freilich **nur vorläufig**. Die **Beweislast** dafür, dass die Voraussetzungen des Art. 101 III AEUV vorliegen, obliegt den Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die sich auf diese Vorschrift berufen (Art. 2 S 2 VO 1/2003).

(aa) **Freistellungsvoraussetzungen.** Für die Freistellung müssen jeweils kumulativ die **vier** in Art. 101 III AEUV aufgezählten **Voraussetzungen** erfüllt sein. (1) Für die **Verbesserung der Warenerzeugung u -verteilung** reicht jede Art von ökonomischem Vorteil aus. Dieser muss nicht nur subj nach den Vorstellungen der Beteiligten, sondern **obj** gegeben sein. Der **Effizienzgewinn** darf nicht auch ohne die Unternehmenskooperation herbeiführbar sein. Die Warenerzeugung wird insbes durch ein breiteres Warenangebot, geringere Kosten u die Erschließung neuer Märkte verbessert. Unerheblich ist, wo sich der Rationalisierungseffekt innerhalb des Binnenmarktes auswirkt. Die Warenverteilung wird verbessert, wenn sich die Märkte gegenseitig schneller oder leichter durchdringen lassen. Der technische oder wirtschaftliche Fortschritt ist gefördert, wenn sich neue Technologien schneller entwickeln u durchsetzen lassen als bei bestehendem Wettbewerb.

(2) Die **angemessene Gewinnbeteiligung der Verbraucher** wird sehr weit verstanden. Verbraucher sind alle möglichen Abnehmer der abstimmungsbeteiligten Unternehmen, also nicht nur die Letztverbraucher, sondern auch die Vorproduzenten. Der Gewinnbegriff erstreckt sich auf sämtliche Vorteile, die mit der Abstimmung für die Verbraucher mit hoher Wahrscheinlichkeit verbunden sind.<sup>367</sup> Angemessen sind die Vorteile, wenn sie hinreichen, um die abstimmungsbedingten Verbrauchernachteile insgesamt auszugleichen.

(3) Die Wettbewerbsbeschränkung ist für **die Verwirklichung der Kooperationsziele unerlässlich** (Art. 101 III a) AEUV), wenn diese ohne sie nicht erreichbar sind. Die Komm hält eine Wettbewerbsbeschränkung für unerlässlich, wenn ohne sie der sich aus der Vereinbarung ergebende Effizienzgewinn beseitigt oder erheblich geschmälert würde oder die Wahrscheinlichkeit dafür sinken würde, dass dieser Gewinn auch realisiert wird.<sup>368</sup> Bei den wesentlichen Wettbewerbsbeschränkungen iSv Art. 101 I lit a)–e) AEUV greift die Legalausnahme idR nicht ein. Allg dürfen zur Erreichung der Abstimmungsvorteile keine weniger wettbewerbsbeschränkenden Möglichkeiten offen stehen.

(4) Die Abstimmung darf **nicht für einen wesentlichen Teil der betr Waren den Wettbewerb gänzlich ausschalten** (Art. 101 III b) AEUV).

<sup>367</sup> EuG Slg 1994, II-595 Rn 96 ff, Matra Hachette/Kommission.

<sup>368</sup> Komm Leitlinien zu Art. 81 III EG, ABl 2004 C 101/97 Rn 79.

## § 1

### Abschnitt 1. Errichtung der Genossenschaft

Denn das würde dem Vertragsziel, auf jedem Markt der Gemeinschaft einen funktionsfähigen Wettbewerb zu erhalten, widersprechen. Deshalb kommt es wesentlich darauf an, welche Marktanteile die beteiligten Unternehmen haben. Marktanteile von 20–30 % sind idR hinzunehmen, solche von über 50 % sind bedenklich u von über 80 % ausgeschlossen. Denn die Freistellung vom Abstimmungsverbot darf nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung iSv Art. 102 AEUV führen. Allerdings ist nicht ausschließlich auf die Marktanteile abzustellen. Es kommt auch auf die Veränderung des Wettbewerbsdrucks an.

**(bb) Gruppenfreistellung.** Mit einer Gruppe von Vereinbarungen oder sonstigen Abstimmungen von Unternehmen sind Absprachen gemeint, die allg Merkmale aufweisen u sich angesichts der weitgehenden Gleichförmigkeit der Interessen der Beteiligten, ihrer Handelspartner u Wettbewerber sowie der Verbraucher wettbewerbsrechtlich typisierend beurteilen lassen.<sup>369</sup> Gem Art. 29 I VO 1/2003 kann die Komm in einem best Fall den Rechtsvorteil einer FreistellungsGVO entziehen, wenn sie feststellt, dass eine von dieser erfasste Abstimmung Wirkungen hat, die mit Art. 81 III EG (jetzt Art. 101 III AEUV) unvereinbar sind.

152 **3. Verstoßfolgen.** Gegen Art. 101 I AEUV verstoßende Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig (Art. 101 II AEUV). Gegen sämtliche verbotenen Abstimmungen kann die Komm mit Abstellungsanordnungen, Zwangs- u Bußgeldern vorgehen (Art. 23 f. VO 1/2003). Das GemeinschaftsR kennt indes bei Verstößen gegen Art. 101 u 102 AEUV keinen SchErsAnspruch. Drittbetroffenen Unternehmen können aber Unterlassungs- u SchErsAnsprüche aufgrund nationalen Rechts zustehen. Im dt Recht kommt als Anspruchsgrundlage § 33 GWB in Betracht (Rn 161).

153 **4. Förderwirtschaftliches Franchising.** Dieses unterscheidet sich von herkömmlichen Franchisesystemen nur dadurch, dass die Franchisenehmer selbst das franchisegebende Unternehmen gründen oder sich gesrechtlich an diesem beteiligen. IÜ ist es funktionsgleich. Mit ihrer Kapitaleinlage leisten die Franchisenehmer-Mitglieder lediglich einen Mitfinanzierungs- u Haftungsbeitrag. Entscheidend ist, dass sich jeder Einzelne von ihnen der **strategischen Systemführerschaft** der förderwirtschaftlichen **Gruppenzentrale** unterordnet. Der gesrechtliche Einfluss jedes einzelnen Mitglieds in den GesOrganen verflüchtigt sich, wenn der Vorst die franchisegebende Ges, wie üblich, eigenverantwortlich leitet. Die Gefahr, dass sich einzelne Mitglieder bei Gelegenheit von MitgliederVers persönlich abstimmen, ist eher gering. Auf keinen Fall wirken solche gelegentlichen verbotenen Einzelabstimmungen wettbewerbsrechtlich auf die franchisegebende Ges selbst zurück, sondern sind als solche gem Art. 101 I AEUV zu unterbinden. Förderwirtschaftliches Franchising ist also **kein Kartellersatz**. Verfehlt ist insbes die Behauptung, Gen hätten im Gegensatz zum Franchising horizontalen Charakter, weil bei ihnen die Kooperation zwischen Partnern ders Wirtschaftsstufe erfolge. Das ist ein altes Missverständnis der Wirtschaftsweise von

<sup>369</sup> Schröter/Voet van Vormizeele, in: von der Groeben/Schwarze/Hatjie, Europäisches Unionsrecht, AEUV Art. 101 Rn 278.

HandelsGen. Denn deren Selbsthilfeidee zielt gerade darauf ab, mittels des von der Gen betriebenen Unternehmens auf die vor- oder nachgelagerte Wirtschaftsstufe vorzudringen u da mit der gleichen Marktfunktion wie die dort tätigen Wettbewerber als zusätzlicher Anbieter oder Nachfrager aufzutreten. Dementspr vollzieht sich der Fördergeschäftsverkehr zwischen einer BezugsGen u ihren Mitgliedern zwischen Groß- u Einzelhandel, also vertikal zwischen zwei Wirtschaftsstufen. Deshalb können auch HandelsGen u sonstige förderwirtschaftliche Vereinigungen Franchisegeber sein.<sup>370</sup>

## XII. Genossenschaftsrecht u deutsches Kartellrecht

### § 1 GWB. [Kartellverbot]

**Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, sind verboten.**

**Lit:** *Bahr*, Verbundgruppenfranchising u Kartellverbot, 2001; *Baumann*, Mittelstandsgedanke u § 1 GWB, ZfgG **1985**, 229; *ders*, Einkaufs- u HandelsGen. Aktuelle kartell- u fusionsrechtliche Probleme, ZHR **148** (1984), 278; *Bechtold*, Die 7. GWB-Novelle u die Entwicklung des deutschen KartellR 2003 bis 2005, NJW **2005**, 2966; *ders.*, Die Entwicklung des deutschen KartellR seit der 7. GWB-Novelle (Juli 2005 bis Oktober 2007), NJW **2007**, 3761; *ders*, Die Entwicklung des deutschen KartellR, NJW **2009**, 3699; *Bechtold/Bosch*, Kartellgesetz, 8. Aufl 2015; *Beuthien*, EinkaufsGen u Kartellverbot, DB **1977**, Beil 5; *ders*, Bespr von BGH WM 1977, 1257 Taxi Gen, ZfgG 1978, 437; *ders*, GesR u KartellR, DB **1978**, 1625 u 1677; *ders*, GesR u KartellR ZHR **142** (1978), 259; *ders*, Kartelle u Gen, HdG, 1980, Sp 1009; *ders*, Neuer Typ der Einkaufskooperation?, WRP **1981**, 347; *ders*, Gen u KartellR – früher u heute, ZRP **1984**, 317; *ders*, Selbsthilfen zur Struktur Anpassung nach dt u europ KartellR, in: Struktur Anpassung durch Wettbewerb oder Staatshilfen?, 1985, FIW-Schriftenreihe, Heft 114, S. 65 ff; *ders*, Gen u KartellR, Das Kartellamt als Orakel (Vorträge u Aufsätze des Forschungsinstitutes für GenWesen Universität Wien, Heft 12), Wien 1987; *Dauner*, Einkaufsgemeinschaften im KartellR, 1988; *Ebenroth*, Einkaufskooperationen u Kartellverbot, DB **1985**, 1925; *v Einem*, Kartellcharakter von Einkaufskooperationen, 1988; *Emmerich*, KartellR, 13. Aufl 2014; *Fritzsche*, Die Auslegung des § 1 GWB u die Behandlung von Einkaufsgemeinschaften im KartellR, 1993; *Fuchs*, Kartellrechtliche Immanenztheorie u Wettbewerbsbeschränkungen in GenSatzungen, BB **1993**, 1893; *Genving*, Kooperative Gemeinschaftsunternehmen im EWG-KartellR unter bes Berücksichtigung der Abgrenzungsfrage, 1994; *Glöckner*, Individualschutz u Funktionenschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts, WRP **2007**, 490; *Gömer*, Die Anspruchsberechtigung der Marktbeteiligten nach § 33 GWB, Diss München 2007; *Hamm*, Gen PrüfGrundsätze u kartellrechtl Empfehlungsverbot, ZfgG **1984**, 27; *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Bd. 2 GWB, 5. Aufl 2014; *Köhler*, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager, 1977; *ders*, Wettbewerbs- u kartellrechtl Kontrolle der Nachfragemacht, 1979; *ders*, Gen im Spiegel von Kartell- u AntitrustR, ZfgG **1983**, 105; *ders*, Das Kartellverbot u die Zukunft der Kooperationsgruppen des Handels, DB **1984**, 2022; *Langen/Bunte*, Kartellrecht, Bd. 1 Deutsches Kartellrecht, 12. Aufl 2014; *Lenßen*, Der kartellrechtlich relevante Markt, Diss Baden-Baden 2009; *Lin*, Die sog. „englische Klausel“ in Bezugsbindungsverträgen u ihre Behandlung im europ u dt KartellR, Diss Berlin 2007; *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Kersting/Meyer-Lindemann*, Kartellrecht – Europäisches und Deutsches Kartellrecht, 3. Aufl

<sup>370</sup> Näher zu allem *Beuthien* BB **1993**, 77 ff u *Beuthien/Schwarz*, Kooperationsgruppen des Handels u Franchisesysteme aus der Sicht des EG-WettbewerbsR, mN.

## § 1

### Abschnitt 1. Errichtung der Genossenschaft

2016; *Mahlmann*, GenR u Wettbewerbsordnung, 1971; *G. Meier*, Gen als per-se-Kartelle?, ZHR 142 (1978), 124; *ders.*, „Einkaufs“-Gen – Zerrbild u Wirklichkeit, ZfgG 1978, 251; *ders.*, Aktuelle Probleme der kartellrechtl Beurteilung von Handels-Gen u Einkaufsvereinigungen, DB 1983, 1133; *Neef*, KartellR 2008; *Neumann*, Gen in der Wettbewerbsordnung, ZfgG 1985, 99; *Nowack*, Einkaufskooperationen zwischen Kartellverbot u Legalisierung nach dem GWB, 1993; *Rittner*, Kooperation zwischen Ges- u KartellR, Schriften zur KoopForschung, Bd 3, 1972; *Säcker/Mohr*, Die Beurteilung von Einkaufskooperationen gem Art. 101 Abs 1 u Abs 3 AEUV, WRP 2011, 793; *Schulte*, Kartellrechtl Fragen der Verbundgruppen (2000); *Steindorff*, Sind HandelsGen Kartelle?, 1978; *Teichmann*, „Kleine u mittlere Unternehmen“ – eine Zauberformel im GWB, FS Großfeld 1999, S. 1227; *Teufer*, Alternative Beilegung privater Wettbewerbsstreitigkeiten, Diss FfM 2005; *Veelken*, EinkaufsGen nach der 5. GWB-Novelle, ZfgG 1993, 328; *Wiedemann*, HdB des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016; *Wilhelm*, Der gemeinsame Zweck als Merkmal des Kartellverbots wie der daran anknüpfenden Verbote, ZHR 150 (1986), 320.

#### Älteres Schrifttum s 14. Aufl. 2004 vor § 1 Rn 117

- 154 1. **Allgemeines.** Wie andere jurP, die ein Unternehmen betreiben, unterliegen auch die eGn den Vorschriften des GWB. Eigens auf die Rechtsform der eG abstellende Sondervorschriften enthält dieses (anders als § 2 II Nr 3 österr KartG) nicht. Vielmehr ist das GWB seinen wettbewerbspolitischen Zielen entspr **rechtsformneutral**.

Das Verhältnis zwischen dem dt u europ Kartellrecht ist in Art. 3 VO 1/2003 sowie klarstellend in § 22 GWB mit dem **Grundsatz der parallelen Anwendung** geregelt. Damit soll die einheitliche Anwendung des europ KartellR in der Gemeinschaft gewährleistet sowie die gegenseitige Amtshilfe der nationalen u gemeinschaftlichen Wettbewerbsbehörden ermöglicht werden (Art. 12 II 2 VO 1/2003). Grds wird das deutsche von dem oft strengeren europ KartellR verdrängt (§ 22 II GWB, Art. 3 II VO 1/2003). Das geschieht jedoch nicht absolut, da dt KartellR gem § 22 I GWB neben dem verpflichtend zu befolgenden Art. 101 AEUV angewandt werden darf u einseitige Wettbewerbsbeschränkungen gem § 22 II 2 GWB den §§ 18 ff GWB unterfallen. Verkennt eine nationale Wettbewerbsbehörde ihre Pflicht zur gleichzeitigen Anwendung des europ WettbewerbsR, darf die Komm den Fall an sich ziehen u die nationale Behörde an ihre Auslegung binden (Art. 11 VI VO 1/2003).

- 155 2. **Kartellverbot (§ 1 GWB).** a) **Verbotsinhalt.** § 1 GWB enthält, um den Wettbewerb als Entdeckungsverfahren zu schützen, ein **umfassendes Abstimmungsverbot**. Die Norm gleicht insoweit Art. 101 I AEUV (Rn 144). Wie dort soll dadurch verhindert werden, dass die Wettbewerbsbedingungen (vor allem die Ungewissheit über das wettbewerbliche Verhalten, insbes die Reaktion der Wettbewerber) künstlich verändert werden u der Ausleseprozess des Wettbewerbs dadurch verfälscht wird. Ihr Schutzgegenstand ist somit der **ungestörte Leistungswettbewerb**. Die Wettbewerbsstörung braucht nur **bezweckt** zu werden, muss also nicht eingetreten sein. Insoweit enthält § 1 GWB einen Gefährdungstatbestand. Andererseits muss nicht jede eingetretene Wettbewerbsbeschränkung bezweckt gewesen sein. Insoweit knüpft § 1 GWB an den wettbewerbsstörenden Erfolg an. Jeweils muss die Wettbewerbsbeschränkung **spürbar** sein. Insofern

ist § 1 GWB um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu ergänzen.<sup>371</sup> Bei der Frage, wann die Marktbeeinflussung spürbar ist, sind alle in Betracht kommenden Umstände zu berücksichtigen u abzuwägen. Nach der Praxis der Kartellbehörden u der Rspr des BGH ist eine Wettbewerbsbeschränkung spürbar, wenn die Abstimmungsbeteiligten einen Marktanteil von etwa 5 % haben.<sup>372</sup>

**b) Verbotsumfang.** Kartelle iSv § 1 GWB können in jeder Vereinigungsform, also auch in der einer eG auftreten.<sup>373</sup> Andererseits sind Gen nicht schon wegen ihres Förderzwecks strukturell (per se) Kartelle. Für KonsumGen (Rn 61) u WohnGen (Rn 63) trifft das schon deshalb nicht zu, weil ihre Mitglieder lediglich private Haushalte betreiben, also auch im weitesten Sinne keine erwerbswirtschaftlich tätigen Unternehmen iSv § 1 GWB sind. KreditGen sind deshalb keine per se-Kartelle, weil ihnen zwar auch Unternehmen angehören, diese sich aber innerhalb der eG nicht zu einem nur ihnen gemeinsamen Zweck zuschließen u auch untereinander in keinem kreditwirtschaftlichen Wettbewerb stehen. Landwirtschaftl AbsatzGen sind nach Maßgabe des § 28 GWB von der Geltung des § 1 GWB ausgenommen, sofern ihre Vereinbarungen u Beschlüsse keine Preisbindungen enthalten u den Wettbewerb nicht ausschließen.<sup>374</sup> Von dem Vorwurf, unzulässige Kartelle zu sein, sind vor allem die **gewerblichen BezugsGen** betroffen. Dieser wird zu Recht erhoben, wenn die BezugsGen ihre Mitglieder durch die Satzg oder schuldrechtlich durch Sternverträge dazu verpflichten, Waren oder Dienstleistungen von ihnen zu beziehen oder ihnen für den Fall des Nichtbezugs gesvertraglich oder sternvertraglich rechtliche oder wirtschaftliche Nachteile androhen. Denn damit wird die wettbewerbliche Verhaltensfreiheit der GenMitglieder begrenzt. BezugsGen sollen jedoch auch schon dann iSv § 1 GWB den Wettbewerb beschränken, wenn deren Mitglieder ihre Bezüge freiwillig in am Markt spürbarer Weise auf die Gen konzentrieren u damit deren Nachfragekraft ggü den Anbietern auf der vorgelagerten Marktstufe erhöhen.<sup>375</sup> Das überzeugt in dieser Allgemeinheit nicht (s Rn 145). Zur Spürbarkeit Rn 150.

**c) Begriff der Wettbewerbsbeschränkung.** Angesichts steigender Unternehmensgrößen fragt sich allg, wann eine Vereinbarung oder ein Beschluss iSv § 1 GWB den Wettbewerb verhindert, einschränkt oder verfälscht. Das ist deshalb schwer zu beantworten, weil das Gesetz weder begrifflich bestimmt, was Wettbewerb ist, noch näher erklärt, was zu einer Wettbewerbsbeschränkung gehört. Auch Art. 101 I AEUV, dessen Wortlaut § 1 GWB (bis auf die hier fehlende Zwischenstaatlichkeitsklausel) nachgebildet ist, gibt insoweit wenig Aufschluss. Die Wettbewerbsbeschränkung iSv § 1 GWB gliedert das Gesetz mit fließenden Grenzen in die Verhinderung,

<sup>371</sup> BGHZ 32, 123 ff.

<sup>372</sup> BGHZ 32, 123, 127 u 37, 194, 200; Bagatellbekanntmachung des BKartA, Nr. 18/2007, Rn 6 ff.

<sup>373</sup> BGH BB 1974, 1221 = ZfgG 1976, 181 mAv Sandrock.

<sup>374</sup> Näher LW vor § 1 Rn 26 ff.

<sup>375</sup> KG WuW/E OLG 3737, 3742 Selex-Tania; Immenga/Mestmäcker GWB § 1 Rn 237.

## § 1

### Abschnitt 1. Errichtung der Genossenschaft

Einschränkung u Verfälschung auf. Sie liegt vor, wenn die wettbewerbliche Verhaltensfreiheit der beteiligten, miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen oder drittbetroffener Unternehmen abstimmungsbedingt begrenzt wird.<sup>376</sup> Die bloße Veränderung des Marktzustandes zu wettbewerblichen Lasten Dritter reicht nicht aus. Vielmehr ist erforderlich, dass die an der Abstimmung nicht beteiligten Unternehmen *keinen freien Marktzutritt mehr haben oder sich am Markt nicht mehr frei zu betätigen vermögen*. Die Abstimmungsaußenseiter müssen also keine wettbewerbliche Chance mehr haben, den abstimmungsbedingten Marktzustand wieder zu ihren Gunsten zu verändern.<sup>377</sup>

In Bezug auf die Gen ist für den Begriff der Wettbewerbsbeschränkung entscheidend, dass das Kartellverbot des § 1 GWB **kein umfassendes Kooperationsverbot** beinhaltet, sondern sich nur gegen rechtsgeschäftliche oder tatsächliche Verhaltensabstimmungen wendet, die den Ausleseprozess des Wettbewerbs unterbinden oder verfälschen oder andere Anbieter oder Nachfrager daran hindern, von ihrer wettbewerblichen Verhaltensfreiheit Gebrauch zu machen. Nicht ist es Zweck der §§ 1, 81 I Nr 1 u 2 GWB, Dritte, die sich in best Marktstrukturen eingerichtet haben, vor den abstimmungsfreien Folgen jeglicher Unternehmenskooperation, insbes der Bezugskooperation, zu bewahren. Es geht also um **Wettbewerbsfreiheitsschutz**, **nicht** um **Marktstrukturschutz**. Insofern beruht der den BezugsGen gemachte **per se-Kartell-Vorwurf** maßgeblich auf einem gescheiterten Missverständnis des Tatbestandsmerkmals „gemeinschaftlicher Geschäftsbetrieb“ iSv § 1 I (Rn 27) sowie einer wettbewerbsrechtlichen Fehleinschätzung von Ziel u Wirkung der gen Bezugswirtschaft. Die bezugsfreien Mitglieder einer BezugsGen wollen durch die Mitgliedschaft in u durch den Geschäftsverkehr mit der Gen selbst dort, wo sie sich als Einzelhändler auf demselben örtlichen oder regionalen Markt betätigen, nicht ihren Absatzwettbewerb ggü den Abnehmern beschränken. Vielmehr suchen sie durch die Förderleistungen der Zentrale ihr eigenes Unternehmen zu stärken. Dementspr erstreben sie ggü der BezugsGen **nicht den gleichförmigen**, sondern den jeweils **für sie selbst günstigsten Bezug**. Infolge der Bezugsfreiheit der Genossen haben auch die mit der BezugsGen im Wettbewerb stehenden Anbieter weiterhin die Chance zum Geschäftsabschluss mit den GenMitgliedern. Gemeinsam bezweckt ist freilich der **Nachfragedruck**, den die Gen zwecks Förderung ihrer Mitglieder ggü dem Warenanbieter ausübt. Aber Einzelhändler pflegen nicht unmittelbar vom Hersteller, sondern über den Großhandel zu beziehen. Ohne die BezugsGen würden die ihr angehörenden Einzelhändler also idR über einen anderen Großhändler beziehen. Wenn man daher die Marktverhältnisse insgesamt in den Blick nimmt, schafft die gen Nachfragekonzentration den Nachfragedruck auf den Hersteller nicht, sondern gliedert ihn auf. Die BezugsGen ist deshalb im Verhältnis zum Hersteller ein zusätzlicher Wettbewerber; sie belebt letztlich den Großhandelswettbewerb. Jeweils wächst der Gen die Nachfragemacht ggü den Herstellern u die Wettbewerbsstärke ggü den anderen Großhändlern

<sup>376</sup> Hierzu Neef, KartellR Rn 39.

<sup>377</sup> Näher Beuthien, Handelskooperationen u europ WettbewerbsR, S. 33.

nicht schon durch die Gründung, sondern erst am Markt durch den auch für andere Anbieter zugänglichen Geschäftsverkehr mit den Genossen zu. Dort vermag die Gen ihre Mitglieder nur durch ständige wettbewerbliche Leistungen an sich zu binden. **Leistungsgetragene Nachfragemacht** ist aber nicht wettbewerbsfremd, sondern im Sachzusammenhang des § 1 GWB, der sich nur gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch leistungsfremde Verhaltensabstimmungen wendet, wettbewerbsgemäß. Deshalb widerspricht es dem Schutzzweck des § 1 GWB, gerade das **Ergebnis einer Wettbewerbsleistung** als Wettbewerbsbeschränkung zu werten.<sup>378</sup> Das gilt freilich nicht zwangsläufig für jede Art u Form der Bezugskooperation, wie insbes der Fall der HFGE-Einkaufskooperation<sup>379</sup> gezeigt hat. Vielmehr kommt es darauf an, ob die betr Bezugsgemeinschaft im Wege der **vertikalen Integration** auf die vorgelagerte Wirtschaftsstufe vordringt u dort eine die einzelnen Mitgliederwirtschaften übersteigende, **eigenständige Marktfunktion** übernimmt u dabei als neues selbstständiges Unternehmen (anders als ein nur reaktives Kartell) marktstrategisch nach beiden Marktseiten hin unabhängig auf eigenes Wirtschaftsrisiko im Wettbewerb steht.<sup>380</sup> Das trifft auf die betriebsorientiert als Systemführer agierenden gewerblichen BezugsGen iaR zu. Nur wo es unter den systemzugehörigen Einzelhändlern zu konkreten Verhaltensabstimmungen in Bezug auf best Wettbewerbsmittel kommt, fragt sich, ob diese Wettbewerbsbeschränkungen ausnahmsweise zwecks strukturellen Nachteilsausgleichs gem §§ 2 u 3 GWB freigestellt sind. Not tut also schon im Vorfeld dieser Vorschriften **eine teleologisch-funktionale Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Wettbewerbsbeschränkung“** iSv § 1 GWB, welche die förderwirtschaftliche Unternehmenskooperation als solche nicht als einen auf eine Wirtschaftsstufe abzielenden Abstimmungsprozess, sondern als einen sich zwischen zwei Wirtschaftsstufen vollziehenden **Leitungsprozess** begreift.<sup>381</sup> Deshalb unterfallen BezugsGen ohne wettbewerbliche Verhaltensbindung der Mitglieder schon mangels Wettbewerbsbeschränkung nicht § 1 GWB. Insbes sind sie nicht schon wegen ihrer bezugszwangfreien Nachfragekonzentration (per se) Kartelle.

**d) Freistellung vom Kartellverbot.** Soweit eine förderwirtschaftliche Kooperation zu einer Wettbewerbsbeschränkung iSv § 1 GWB führt, kann diese nach §§ 2 u 3 GWB vom Verbot des § 1 GWB freigestellt sein. Der frühere § 4 II GWB über die Einkaufskooperationen kleinerer u mittlerer Unternehmen (KMU) ist mit der 7. GWB Novelle<sup>382</sup> gestrichen worden. Dafür waren vor allem zwei Gründe maßgeblich: Einkaufskooperationen sind grds geeignet, sich zwischenstaatlich auszuwirken. Deshalb bestand für eine vom europ WettbewerbsR abweichende Regelung kein Spielraum.<sup>383</sup> Zudem beurteilt die Komm die Einkaufskooperationen in ihren Horizontal-

<sup>378</sup> Beuthien DB 1977 Beil Nr 5 S. 3 u HdG 1980, Sp 1017; Steindorff S. 43 u 49.

<sup>379</sup> BKartA WuW/E BKartA 1870 u 1963 u KG WuW/E OLG 2745.

<sup>380</sup> Beuthien WRP 1981, 237 u DB 1992, 1665, 1666.

<sup>381</sup> Näher Beuthien DB 1992, 1665, 1666.

<sup>382</sup> BGBl I 2005, S. 2117.

<sup>383</sup> Begr zum RegEntw BTDS 1536/40 S. 26 f.

## § 1

### Abschnitt 1. Errichtung der Genossenschaft

leitlinien (Rn 149) in einer großzügigen, noch über § 4 II GWB aF hinausgehenden Weise. Bei Einkaufskooperationen gelten nunmehr neben § 3 GWB die allg Freistellungsnormen des § 2 GWB u Art. 101 III AEUV. In der europ Rechtspraxis werden Einkaufskooperationen von KMU als „normalerweise wettbewerbsfördernd“ angesehen.<sup>384</sup> Obwohl diese Leitlinien die dt Kartellbehörden nicht binden, gehen letztere davon aus, dass eine Freistellung nach Art. 101 III AEUV oder § 2 GWB wahrscheinlich ist, solange die oben in Rn 150 genannten Marktanteile nicht überschritten werden.<sup>385</sup>

**159 e) Von § 2 GWB freigestellte Vereinbarungen.** Einkaufskooperationen dienen dazu, durch Nachfragebündelung bessere Bezugsbedingungen zu erzielen u die mit dem Einkauf zushängenden Kosten zu senken. Der gemeinsame Bezug kann auch die Versorgungssicherheit erhöhen, weil die Größe des Nachfragers die Lieferbereitschaft der Anbieter steigert.<sup>386</sup> Das alles verbessert die Warenverteilung iSv § 2 I GWB. Die durch Bezugskooperation erzielten **Effizienzvorteile** werden iaR in Gestalt günstigerer Preise, ersparter Wegekosten u dergl an die Verbraucher weitergegeben, so dass diese dann iSv § 2 I GWB angemessen beteiligt sind. Jeweils müssen die Beschränkungen aber für die Verwirklichung dieser Ziele unerlässlich sein u sie dürfen für einen wesentlichen Teil der betr Waren den Wettbewerb nicht ausschalten (§ 2 I Nr 1 u 2 GWB). Im Einzelfall kann auch ein Bezugszwang unerlässlich sein, um das für Größenvorteile erforderliche Bezugsvolumen zu erreichen.<sup>387</sup> Um den Gleichklang des dt mit dem europ WettbewerbsR zu gewährleisten, gilt bei der Anwendung des § 2 I GWB Art. 101 III AEUV entspr (§ 2 II 1 GWB).

**160 f) Mittelstandskartelle nach § 3 GWB.** Die Vorschrift dient (wie schon § 4 I GWB aF) dem strukturellen Nachteilsausgleich für KMU. Diese sollen dadurch Rechtssicherheit erhalten u zur Kooperation ermuntert werden, um so ihre Wettbewerbschancen ggü großen Unternehmen zu verbessern.<sup>388</sup> Erfasst werden nur miteinander im Wettbewerb stehende Unternehmen, also nur horizontale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern auf demselben sachlich u örtlich relevanten Markt. Dieses Wettbewerbsverhältnis muss durch den Inhalt der Vereinbarung oder des Beschlusses berührt werden. Die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge liegt in der Erhöhung der wirtschaftlichen Effizienz durch Verbesserung des Kosten-/Nutzenverhältnisses.<sup>389</sup> Gegenstand der Rationalisierung können alle wirtschaftlichen Vorgänge sein, also insbes Entwicklung, Produktion, Vertrieb u Beschaffung. Mittelstandskartelle können auch mit Preisabreden u der Bildung von gemeinsamen Beschaffungs- oder Vertriebs-einrichtungen verbunden sein. Eine Preisabsprache muss aber unmittelbar mit einer insgesamt auf Steigerung der

<sup>384</sup> LHZ (Stand 2001) Rn 116.

<sup>385</sup> MerkBl KMU, 2007, Rn 38.

<sup>386</sup> LHZ Rn 126.

<sup>387</sup> LHZ Rn 117; krit MerkBl KMU, 2007, Rn 38; dazu auch Pfeffer/Wegner, BB 07, 1173, 1177 f.

<sup>388</sup> RegBegr, BT-Ds 15/3646, S. 44.

<sup>389</sup> BK WUW/E DE-V Rn 127 ff, 129 Fleurop II.