

Mag. Dr. Alexander Wimmer

Die [ewig aktuelle] Frage der Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht

Entwicklungslinien in der Praxis und
rechtsmethodische Brennpunkte

FOG | Wiener Studien
2021

Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 15.12.2020 vor dem FOG 2020 hielt. Die Vortragsform wurde weitgehend beibehalten. Der Fußnotenapparat beschränkt sich auf das Mindeste.

Gefördert aus Mitteln des
Forschungsvereins für Genossenschaftswesen
der Universität Wien

Eigentümer und Herausgeber:
Für den Forschungsverein für Genossenschaftswesen:
ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Michaela Schaffhauser-Linzatti
www.univie.ac.at/genos
alle: A-1090 Wien, Wasagasse 12/2/1

Alle Rechte vorbehalten
2021 © FOG

1. Einleitung.....	5
2. Ausgangsdeterminanten	6
2.1. Überblick.....	6
2.2. Kartellverbot	8
2.3. Das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung.....	10
3. Maßgebliche Ursachen und Implikationen des (potenziellen) Spannungsverhältnisses zwischen Genossenschaftswesen und Kartellrecht	12
3.1. Rechtliche Ursachen des (potenziellen) Spannungsverhältnisses..	12
3.2. Überblick über gesetzgeberische Lösungsvarianten	14
4. Ausgewählte Entwicklungslinien	15
4.1. Vorbemerkung	15
4.2. Österreich.....	15
4.3. Deutschland	16
4.3.1. Allgemeines	16
4.3.2. Taxigenossenschaften.....	16
4.3.3. Molkereigenossenschaften	17
4.4. Unionsrechtliche Ebene	18
5. Rechtsmethodische Brennpunkte	20
6. Fazit und Ausblick.....	24
Veröffentlichungen des Forschungsvereins.....	25

Mag. Dr. Alexander Wimmer

Dr. Alexander Wimmer lehrt seit 2017 an der Universität Wien. Davor war er in renommierten Wiener Rechtsanwaltskanzleien tätig und absolvierte seine Gerichtspraxis. Seine Tätigkeits- und Forschungsschwerpunkte liegen in den Bereichen des Wettbewerbsrechts, Unternehmens- und Gesellschaftsrechts, Bilanz-(Steuer)rechts und Kapitalmarktrechts.

1. Einleitung

Unzählige Vorträge und schriftliche Abhandlungen¹ sind bereits zum (potenziellen) Spannungsverhältnis zwischen Genossenschaftswesen einerseits und dem Kartellrecht andererseits ergangen. So hat etwa bereits der bekannte deutsche Genossenschaftsrechtler Prof. Volker Beuthien vor mehr als dreißig Jahren am 20. Juni 1986 vor der FOG zu diesem Thema mit dem Titel „Das Kartellamt als Orakel – Durch unbegrenzte Auslegung zum offenen Kartellrecht“ vorgetragen. Grob gesprochen war damals seine conclusio, dass Absatz- und Bezugsgenossenschaft aus rechtlicher Sicht als wertvolle wettbewerbliche Strukturelement anzusehen seien.

Dass es aber ungeachtet der vertieften Beschäftigung über Jahrzehnte mit diesem Thema nach wie vor in der Praxis zu spektakulären Fällen kommt, in denen Aktivitäten von Genossenschaften mit den kartellrechtlichen Vorgaben in Konflikt treten, zeigt etwa ein unlängst ergangener Fall in Deutschland zu einer Einkaufsgenossenschaft.² Diese kurze Bestandsaufnahme zeigt aber bereits, dass hier im Rahmen eines 30-minütigen Vortrags naturgemäß bei weitem keine Abhandlung mit grundlegenden und vollständigen Anspruch erfolgen kann.³ Demnach soll anfangs eine grundlegende Übersicht über das österreichische und europäische Kartellrecht in gebotener Kürze gegeben werden. Dann wird skizziert warum überhaupt aus rechtlicher Sicht ein

-
- 1 Vgl dazu nachfolgend ein unvollständiger Auszug an der Armada an Beiträgen *Borns*, Jeder Markt eine Volksbank, *GewGen* 1/2002, 2; *Borns/Hofinger*, Der Genossenschaftsverband: Die Alternative zum Konzern, *Schulze-Delitzsch-Schriftenreihe* Bd 22 (2000), 126; *Frotz*, Zur Neuregelung des Kartellrechts, *GesRZ* 1986, 62; *Fuchs*, Kartellrechtliche Immanenztheorie und Wettbewerbsbeschränkungen in Genossenschaftssatzungen, *Betriebs-Berater* 1993, 1983; *Hofinger*, Reform der Einlagensicherung, *GewGen* 5-6/1994, 12; *ders* in *Kemmetmüller/Schmidt*, Der vertikal integrierte Volksbanken-Verbund, *Genossenschaftliche Kooperationspraxis* (1998), 270; *ders* in *Hofinger/Karner*, Net Governance im Volksbanken-Finanzverbund, *Cooperative Governance: Anwendungshilfe für weltorientiertes Management*, *Schulze-Delitzsch-Schriftenreihe* Bd 27, 89; *Johler*, „Agrargenossenschaften und Erzeugergemeinschaften im Spannungsverhältnis zum Kartellrecht“ (2002); *Jud/Cuber*, Zur Reichweite der Verbundklammer in der Satzung der Sekundärgenossenschaft, *ÖBA* 1999, 263; *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht³ (1997) § 7 Rz 48 ff; *Krejci*, „Genossenschaftsprivileg“ und Kartellrechtsreform, *GesRZ* 1986, 3; *Laurer*, Die Liquidität und die Sondernormen für Sparkassen und Genossenschaftsbanken, *ÖBA* 1992, 859; *Rummel*, Liquiditätsreserven im Genossenschaftsverband – Privatrechtliche Aspekte am Beispiel der oberösterreichischen Raiffeisenbanken, *ÖBA* 1993, 79; 6; *Steindorff*, Gesetzeszweck und gemeinsamer Zweck des § 1 GWB, *Betriebs-Berater* 1977, 569; *Wessely*, Rechtsfragen der Gemeinschaftsunternehmen, *ecolex* 2001, 456; *Winkler*, Rechtsfragen der Haltung von Liquiditätsreserven und Mindestreserven im sektoralen Verbund der Raiffeisenbanken, *JBl* 1993, 137, *ders*, Liquiditätsreserven und Mindestreserven im Volksbankenverbund – grundrechtliche Perspektiven, *GewGen* 6/1993, 2; *Beuthien*, Öffentliche Kreditwirtschaft zwischen Marktanpassung und Strukturwandel WM 2004, 1467.
 - 2 Siehe dazu https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/29_01_2019_Fahrrad.html.
 - 3 Zudem wurde im Vorfeld der Veranstaltung angemerkt, dass sich das Auditorium durchaus heterogen in Bezug auf Wissensstand und Interessenlage darstellt.

Spannungsverhältnis zwischen Genossenschaftswesen und Kartellrecht besteht. Darauf aufbauend soll - wie es der Untertitel des Vortrags suggeriert - einerseits auf Entwicklungslinien in der Praxis in Österreich, Deutschland und Europa eingegangen werden und andererseits werden noch interessante rechtmethologische Fragen behandelt werden. Ein besonderes Augenmerk wird im Rahmen der Ausführungen auf den wirtschaftliche Erscheinungsformen der Bezugs⁴- und Verwertungsgenossenschaften⁵ sowie Warengenossenschaften⁶ liegen.⁷

2. Ausgangsdeterminanten

2.1. Überblick

Das Kartellrecht in Österreich und auch auf unionsrechtlicher Ebene baut grob gesprochen auf drei Grundpfeilern auf: Dem (i) Kartellverbot (Art 101 AEUV §§ 1 ff KartG), (ii) dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art 102 AEUV, §§ 4 ff KartG) sowie der (iii) Zusammenschlusskontrolle (FKVO und §§ 7 ff KartG). Mithilfe dieser drei Säulen soll der unverfälschte Wettbewerbsprozess als Institution mit samt der ihm zugeschriebenen verschiedenen Funktionen⁸ als zentralem Ordnungs- und Koordinationsmechanismus am Markt in der marktwirtschaftlich geprägten (EU-)Wirtschaftsordnung her- und sichergestellt werden.⁹

-
- 4 Darunter versteht man eine Genossenschaft, die durch Zusammenfassung der Nachfrage ihrer Mitglieder verbesserte Einkaufsmodalitäten erwartet. Die Mitglieder streben ihrerseits an die bezogenen Produkte weiterzuverkaufen oder sie als Betriebsmittel zu verwenden. Vgl *Dellinger* in *Dellinger*, GenG² (2014) § 1 Rz 50.
 - 5 Damit sind typischerweise Genossenschaften gemeint, die zum Zweck haben die Produkte ihrer Mitglieder vor einem Weiterverkauf zu verarbeiten. Vgl *Dellinger* in *Dellinger*, GenG² § 1 Rz 50.
 - 6 Derartige Genossenschaften haben sowohl den Verkauf der Produkte ihrer Mitglieder als auch den Einkauf der von diesen benötigten Waren und Betriebsmittel zum Unternehmensgegenstand: Keinert, Genossenschaftsrecht, Rz 49 f.
 - 7 Die verschiedenen wirtschaftlichen Erscheinungsformen sind freilich nicht is abschließender Kategorien zu verstehen. Sie schwimmen in der Praxis. Vgl *Dellinger* in *Dellinger*, GenG² § 1 Rz 50.
 - 8 Vgl dazu exemplarisch *Behrens*, Europäisches und Markteröffnungs- und Wettbewerbsrecht (2017) Rz 217 ff.
 - 9 Im Unionskartellrecht ist zudem noch der Zweck der Förderung des Binnenmarkts zu beachten (vgl zB Art 101 Abs 1 und Art 102 Abs 1 AEUV: „Mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten“). Vgl dazu *Kling/Thomas*, Kartellrecht² (2016) § 1 Rz 4; *Thomas*, ZHR 2020, 222 (230 f). Teleologisch gehören die Regelungen zum Binnenmarkt und das europäische Wettbewerbsregime also in einem Funktionszusammenhang. Die Grundfreiheiten sind damit untrennbar verbunden. *Körper*, Grundfreiheiten und Privatrecht 11 ff; vgl ferner EuGH 21.2.1973, 6/72; 15.3.2007, C-95/04 P. Einerseits setzen sie die Wettbewerbsordnung voraus, andererseits tragen sie zu seiner Verwirklichung bei.

Während es beim Kartellverbot und dem Missbrauchsverbot vor allem um eine Marktverhaltenskontrolle von Unternehmen geht, bezweckt die Zusammenschlusskontrolle eine Strukturkontrolle. Die nachfolgenden Ausführungen sollen sich auf die kartellrechtliche Verhaltenskontrolle (Kartellverbot und Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung) konzentrieren. Außerdem wird im gegebenen Zusammenhang auf Fragen des räumlichen Anwendungsbereichs, die im europäischen sowie im österreichischen Recht auf Basis des Auswirkungsprinzips¹⁰ geprüft werden sowie allfällige Rechtsspezifika (insbesondere Bereichsausnahmen) besonderer Branchen etwa des Landwirtschaftssektors¹¹ oder des Bankenbereich¹² nicht eingegangen. Es gilt indes zu beachten, dass bei Vorliegen der diesbezüglichen Tatbestandsvoraussetzungen österreichisches und europäisches Kartellrecht parallel angewendet werden können.¹³ Da der sachliche Anwendungsbereich von § 1 KartG und Art 101 AEUV, bewusst weitgehend gleichartig ausgestaltet ist,¹⁴ werden sie in der Folge grundsätzlich auch synonym behandelt.¹⁵ An geeigneten Passagen wird auf allfällige Spezifika eingegangen. Diese Vorgehensweise liegt auch deshalb nahe, weil der OGH als KOG in stRsp judiziert, dass etwa für die Auslegung des österreichischen Kartellrechts die Entscheidungspraxis der Unionsgerichte zu Art 101 AEUV unter Einschluss der Leitlinien und Bekanntmachungen der Europäischen Kommission heranzuziehen ist.¹⁶

10 Für die Anwendung des europäischen sowie des österreichischen Kartellrechts ist Voraussetzung, dass eine (Inlands-)Auswirkung auf den (Binnen-)Markt gegeben ist, unabhängig davon, ob die Unternehmen in Österreich oder der Europäischen Union ansässig sind (für die österreichische Rechtslage maßgebend § 24 KartG); vgl. *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG2 § 24 KartG Rz 1 ff; ferner OGH 16.7.2008, 16 Ok 3/08; EuGH 6.9.2017, C-413/14 P.

11 Vgl. § 24 Abs 3 KartG, Artt 38 Abs 2 iVm 42 AEV.

12 Vgl. § 30a BWG behandelt Kreditinstituts-Verbünde wie ein einheitliches Unternehmen. Näher zu untersuchen wäre, ob Wettbewerbsbeschränkungen unter Genossenschaften als konzerninterne Fälle aufzufassen wären und ob das verallgemeinerungsfähig ist. Diese Frage muss hier dahinstehen. Vgl. auch OGH 21.03.2007, 16Ok12/06; 08.10.2008; 16Ok9/08.

13 Vgl. zum gleichsinnigen Thema im deutschen Recht *Kling/Thomas*, Kartellrecht² (2016) § 3 Rz 2 ff mNw.

14 *Rüffler/Steinwender*, in: *Holoubek/Potacs*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band 12 564.

15 Vgl. zum grundsätzlichen Anwendungsvorrang des Unionsrechts bzw zur Thematik, dass sich das Vorrangproblem nur bei einem Normkonflikt zwischen nationalem Kartellrecht und Unionskartellrecht ergibt *Kling/Thomas*, Kartellrecht² § 3 Rz 7 ff. Wenn das Zwischenstaatlichkeitskriterium gegeben ist, sind grundsätzlich das österreichische sowie das europäische Regime anwendbar. Art 3 Abs 1 VO 1/2003 sieht hierbei neben der Verpflichtung der Anwendung jedoch eine Einschränkung vor. Sie normiert, dass die nationalen Wettbewerbsbehörden neben dem nationalen Wettbewerbsrecht ebenso das EU-Kartellrecht anzuwenden haben. Außerdem darf eine nationale Norm nicht strenger sein als das europäische Kartellverbot. Das führt dazu, dass im Rahmen des Kartellverbots das europäische Kartellrecht durchsetzt. Dies gilt nicht für das europäische Missbrauchsverbot (Art 3 Abs 2 VO 1/2003). Außerdem dürfen Mitgliedstaaten auch in Sektoren von besonderer Bedeutung (etwa im Rüstungssektor) strengere Regelungen erlassen.

16 Vgl. OGH 26.6.2006, 16 Ok 51/05.

2.2. Kartellverbot

Nun (in gebotener Kürze) zu den Grundlinien des (i) Kartellverbot sowie des (ii) Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Das besagte Kartellverbot wird in § 1 KartG¹⁷ sowie Art 101 AEUV geregelt. Die österreichische Regelung ist hier seit den letzten Novellierungen stark an die europäische Fassung angeglichen. Als diesbezügliche Tatbestandsmerkmale sind zu nennen: (i) Unternehmen¹⁸ bzw Unternehmensvereinigungen als Normadressaten, die (ii) Kooperationen¹⁹ (umschrieben als Vereinbarungen zwischen Unternehmern, Beschlüsse von Unternehmervereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen) vollziehen und (iii) dadurch (spürbare²⁰) Wettbewerbsbeschränkungen bezwecken oder bewirken (iSv Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs) sowie zur Anwendung von Art 101 AEUV die Eignung zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels.²¹

17 Vgl dazu allgemein *Urlesberger* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG2 § 1 Rz 1 ff.

18 Vgl zum Unternehmensbegriff exemplarisch *Füller* in *KölnKomm*, KartellR Bd 3 Art 101 Rz 10 ff mNw.

19 Vgl zum vom EuGH benützten Begriff der Kollusion *Füller* in *KölnKomm*, KartellR Bd 3 Art 101 Rz 106; vgl ferner OGH 08.10.2015 16Ok2/15b (16Ok8/15k): „Eine Vereinbarung kann nicht nur eine isolierte Handlung sein, sondern auch aus einer Reihe von Akten, einem kontinuierlichen Verhalten und einer Gesamtheit von Absprachen, Abstimmungen und Regeln bestehen, sofern sie sich in einen Gesamtplan einfügen (EuGH 21. 9. 2006 RS C-105/04 P (Nederlandske Federatieve Vereeniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Kommission) Rz 110). Ein Gesamtplan muss nicht von Anfang an existiert haben, sondern kann auch erst im Laufe der Zeit ausgearbeitet worden sein (Kommission 16. 12. 2003, C.38.240, Industrierohre, Rz 182). In der Literatur angeführte Beispiele sind etwa die Gründung eines „Arbeitskreises“ von Wettbewerbern zur Koordination von Preisen oder anderen Geschäftsstrategien (Langen/Bunte aaO) oder der Austausch sensibler Geschäftsdaten (Langen/Bunte aaO mwN).“

20 Vgl *Behrens*, Wettbewerbsrecht Rz 909 ff; bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen ist die Spürbarkeit zu vermuten., ferner *Zimmer* in *Immenga/Mestmäcker*, EU Wettbewerbsrecht⁶ Art 101 Abs 1 AEUV Rz 139 f; EuGH 13.12.2012, Rs C 226/11: „Sodann ist zu beachten, dass nach ständiger Rechtsprechung bei der Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung nicht berücksichtigt zu werden brauchen, wenn sich ergibt, dass diese eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 13.7.1966, *Consten und Grundig/Kommission*, 56/64 und 58/64 [= GRUR Ausl. 1966, 580], Slg. 1966, 429, sowie vom 8.10.2011, *KME Germany u.a./Kommission*, C-272/09 P [= BeckRS 2011, 81924], noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rdnr. 65, und *KME Germany u.a./Kommission*, C-389/10 P [= BeckRS 2011, 81927], noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rdnr. 75). In diesem Zusammenhang hat der Gerichtshof unterstrichen, dass die Unterscheidung zwischen „bezweckten Verstößen“ und „bewirkten Verstößen“ darin begründet liegt, dass bestimmte Formen der Kollusion zwischen Unternehmen schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen werden (Urteile vom 20.11.2008, *Beef Industry Development Society und Barry Brothers*, C-209/07 [= BeckRS 2008, 71211], Slg. 2008, I-8637, Rdnr. 17, sowie vom 4.6.2009, *T-Mobile Netherlands u.a.*, C-8/08 [= EuZW 2009, 505], Slg. 2009, I-4529, Rdnr. 29).“

21 Vgl dazu *Füller* in *KölnKomm*, KartellR Bd 3 Art 101 Rz 1.

Von diesem Verbot sind sowohl horizontale als auch vertikale²² Kooperationen erfasst. Art 101 Abs 1 lit a-e AEUV und 5 Abs 2 Z 1-5 KartG führen nicht abschließend Regelbeispiele²³(zB Preisabsprachen, Marktaufteilungen) von Verhaltensweisen am Markt zur Veranschaulichung des Begriffs der Wettbewerbsbeschränkung auf. Aufgrund einer durchaus extensiven Auslegung der hA²⁴ können verschiedenartige Maßnahmen darunterfallen. Zu beachten bleibt, dass die Europäische Kommission²⁵ bestimmte Kooperationen durch EU-Gruppenfreistellungsverordnungen (nachfolgend „GVO“) vom Kartellverbot (Art 101 Abs 3 AEUV) ausnehmen kann.²⁶ Der Terminus der „Gruppe“ meint dabei eine spezifische Kategorie von Kooperationen, die nach besonderen Merkmalen definiert sind.²⁷ Bei Absprachen erlaube der überwiegende Gleichlauf der Interessen der Beteiligten eine generalisierende kartellrechtliche Beurteilung.²⁸ Sollte keine derartige Gruppenfreistellungsverordnung einschlägig sein, so besteht es noch die Möglichkeit einer individuellen Freistellung kraft Legalausnahme gemäß Art 101 Art 3 AEUV (sowie nahezu ident gemäß § 2 Abs 1 KartG).²⁹ Dafür müssen kumulativ vier Bedingungen vorliegen³⁰:

- (i) Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts;
- (ii) Angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn;
- (iii) Unerlässlichkeit der den beteiligten Unternehmen auferlegten Beschränkungen für die Zielverwirklichung;
- (iv) Keine Ermöglichung der Ausschaltung des Wettbewerbs für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren.

22 Also Kooperationen zwischen Unternehmen auf verschiedenen Absatz- bzw Wirtschaftsstufen.

23 (2) Nach Abs. 1 sind insbesondere verboten 1.die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;2.die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;3.die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen; 4.die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;5.die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

24 Vgl *Hengst* in *Langen/Bunte*, Art 101 Rz 75 ff; *Stockenhuber* in: *Grabitz/Hilf/ Nettesheim*, Art 101 AEUV Rz 116 ff; *Wollmann* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), *EUV/AEUV Art 101 AEUV Rz 43 ff*; *Koppensteiner*, Über die Beschränkung des Wettbewerbs, *ÖZK 2010*, 3 mZnw.

25 Eigentlich ermächtigt Art 103 Abs 1 AEUV den Rat zum Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen. Der Rat hat jedoch seinerseits der Kommission die Befugnis zum Erlass von Gruppenfreistellungsverordnungen übertragen.

26 *Kling/Thomas*, *Kartellrecht*² § 5 Rz 301 ff.

27 *Kling/Thomas*, *Kartellrecht*² § 5 Rz 301 ff.

28 *Kling/Thomas*, *Kartellrecht*² § 5 Rz 302.

29 Vgl dazu *Ellger* in *Immenga/Mestmäcker*, *EU Wettbewerbsrecht*⁶ Art 101 Abs 3 AEUV Rz 39 ff.

30 Dazu genauer *Ellger* in *Immenga/Mestmäcker*, *EU Wettbewerbsrecht*⁶ Art 101 Abs 3 AEUV Rz 125 ff mNw.

Im nationalen Kontext sieht § 3 KartG die Möglichkeit für den Bundesminister für Justiz zur Feststellung von Freistellungsverordnungen vor.³¹ Außerdem sind in § 2 Abs 2 KartG noch weitere besondere Kooperationen vom Kartellverbot ausgenommen, die über die die europäische Freistellungsmöglichkeiten hinausgehen. Für den vorliegenden Zusammenhang ist natürlich jene für den genossenschaftlichen Bereich des § 2 Abs 2 Z 3 KartG von besonderer Bedeutung. Auf diese Ausnahme wird später noch genau einzugehen sein.³²

2.3. Das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung

Demgegenüber adressiert das Missbrauchsverbot (Art 102 AEUV, §§ 4 ff KartG) einseitige Maßnahmen von marktbeherrschenden Unternehmen. Das Verbot untersagt (Markt-)Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung,³³ die sich als Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung darstellen. Damit das europäische Missbrauchsverbot eingreift, muss die (missbräuchliche) Verhaltensweise des beherrschenden Unternehmens geeignet sein um den Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.³⁴ Die Norm untersagt die Marktbeherrschung nicht per se, sondern lediglich deren Missbrauch.³⁵

Der zugrunde liegende Gedanke besteht darin, dass der Wettbewerbsprozess vor Einwirkungen von Unternehmen zu schützen ist, die durch die Existenz von Marktmacht erst bedingt ist oder auf andere Weise mit ihr im Zusammenhang steht.³⁶ Die Missbrauchsaufsicht hat daher vor allem zum Ziel die wirtschaftliche Macht von Unternehmen auf Märkten, auf denen der Wett-

31 *Lager/Petsche* in *Petsche/Urlesberger/Vartian*, KartG² § 3 KartG Rz 1 ff.

32 Siehe dazu unter Punkt 5.

33 Bei der Erörterung einer marktbeherrschenden Stellung ist zweistufig vorzugehen: Nach einer Marktabgrenzung, die räumlich, sachlich und zeitlich zu erfolgen hat, ist die beherrschende Stellung zu erörtern (vor allem anhand vor allem die marktbeherrschende Stellung notwendig. Vgl zum europäischen Recht *Kling/Thomas*, Kartellrecht² § 6 Rz 19 ff; zum österreichischen Recht *Hoffer/Barbist*, Das neue Kartellrecht³ (2017) § 4 Rz 1 ff.

34 EuGH 13.2.1979, Rs 85/76, Rz 120; ferner *Fuchs* in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht⁶ Art 102 Rz 1 ff; *Jung* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union⁶⁶ Art 102 Rz 1 ff jeweils mNw

35 Das europäische sowie auch das österreichische Kartellrecht verbieten das Erlangen einer marktbeherrschenden Stellung aufgrund (internen) Unternehmenswachstums grundsätzlich nicht. Es wird nur das Marktverhalten von marktmächtigen Unternehmen einer Missbrauchsaufsicht unterworfen. Demgegenüber sieht etwa das US-amerikanische Antitrustrecht in Section 2 Sherman Act 2 dem Wortlaut nach ein allgemeines Verbot der Monopolisierung vor. Dieses allgemeine Verbot wurde jedoch vor allem vor dem Hintergrund der Thesen der Chicago School of Antitrust Analysis stark eingeschränkt. Prinzipiell prüft man dort nun anhand eines zweistufigen Beurteilungsmaßstabs ((i) „possession of monopoly power“ und (ii) „willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen or historic accident“). Vgl dazu *United States v Grinnell Corp*, 384 US 563 (570); sowie *Wurmnest*, Verdrängungsmisbrauch 28 ff mzNw.

36 Vgl *Eilmansberger/Bien* in *MüKo*, EU-WettbR, Art 102 Rz 4.

bewerb seine Kontrollfunktion nicht (mehr) wirksam ausübt, zu begrenzen.³⁷ Damit sollen (potenzielle) Vertragspartner sowie auch (potenzielle) Wettbewerber geschützt werden.³⁸ Das österreichische Missbrauchsverbot in den §§ 4 ff KartG stimmt mit Art 102 AEUV weitestgehend überein.³⁹ Zu beachten gilt es im Rahmen des Missbrauchsverbots, dass hierbei keine explizite Ausnahme- bzw Freistellungsmöglichkeit von prima facie kartellrechtswidrigen Maßnahmen normiert ist. Dennoch anerkennt die hRsp⁴⁰ des EuGH sowie die Europäische Kommission⁴¹ die Möglichkeit der objektiven Rechtfertigung. Darauf wird später zurückzukommen sein.

37 Vgl etwa zum deutschen Kartellrecht BGH 23. 6. 2020, KVR 69/19, Rz 51, 74, 123; 8.10.2019, KZR 73/17, Rz 26 ff.

38 Vgl *Lewisich* in Mayer/Stöger, EUV/AEUV Art 102 AEUV Rz 1 f; ferner auch zur Berücksichtigung des Aspekts der Verbraucherwohlfahrt im Rahmen der EuGH-Rsp *de la Mano/Nazzini/Zenger* in Faull/Nikpay, *The EU Law of Competition*³ (2014) Rz 4.92, und 4.257.

39 Demnach ist Rechtsprechung des EuGHs auch zur Auslegung der §§ 4 ff KartG (hilfsweise) heranzuziehen. Dies entspricht der hRsp; vgl exemplarisch OGH 1.12.2015, 16 Ok 4/15x. Art 102 AEUV kennt kein explizites Verbot des sachlich nicht gerechtfertigten Verkaufs von Waren unter dem Einstandspreis. Es ist aber auf die Fallgruppe der Kampfpreisunterbietung (*predatory pricing*) zu verweisen (vgl EuGH 3.7.1991, C-62/86; 14.11.1996, C-333/94 P; 2.4.2009, C-202/07). Diese Kategorie des Behinderungsmisbrauchs wird unter Punkt 3.2.3. näher behandelt. Zum Verhältnis des predatory pricing und dem Verbot des sachlich nicht gerechtfertigten Verkaufs unter dem Einstandspreis führte der OGH (OGH 14.07.2009, 4 Ob 60/09s) aus: *„Der Verkauf unter dem Einstandspreis ist nach vertretbarer Rechtsansicht ein Sonderfall des nicht kostendeckenden Verkaufs. [...] Die in der Lehre gelegentlich vorkommende Gleichsetzung von „predatory pricing“ und dem Verkauf unter dem Einstandspreis [...] ist daher alles andere als zwingend; vielmehr ordnet § 5 Abs 1 Z 5 KartG eine „schematische“, sehr hoch angesetzte Grenze an, die zum allgemeinen, in der Rechtsprechung zur Generalklausel begründeten Verbot des predatory pricing hinzutritt. Folgerichtig wird der Sondertatbestand des Verkaufs unter dem Einstandspreis in der Rechtsprechung des KOG kaum herangezogen. Vielmehr wird auch nach Inkrafttreten dieser Bestimmung regelmäßig auf die oben dargestellte Rechtsprechung des EuGH zum „predatory pricing“ Bezug genommen [...].“* Ein wesentlicher Unterschied zwischen Art 102 AEUV und § 5 Abs 1 Z 5 KartG liegt in der Beweislastumkehr. Durch § 5 Abs 2 KartG muss nämlich das marktbeherrschende Unternehmen den Nachweis erbringen, dass die Preise kostendeckend oder sachlich gerechtfertigt sind. Vgl *Vartian/Schuhmacher* in Petsche/Urlesberger/Vartian, KartG2 § 5 KartG Rz 61 ff; *Gruber*, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, OZK 2008, 137; *ders*, Österreichische Kartellrecht³ § 5 E 255; *Borsky*, Gutscheine, Preisausschreiben & Co - der doch nicht so schmale Grat des Marktbeherrschers zwischen Zugabeverbot und Predatory Pricing, RdW 2008, 707; OGH 16 Ok 9/15g, 08.10.2015. Der Tatbestand des § 5 Abs 1 Z 5 KartG bleibt nachfolgend weitestgehend außen vor. Ohne hier näher darauf eingehen zu können, ist von den wenigen Unterschieden vor allem (i) die detaillierte Definition des Marktbeherrschungstatbestands (§ 5 KartG); (ii) die Marktbeherrschungsvermutung sowie (iii) der zusätzliche Tatbestand des Verbots des sachlich nicht gerechtfertigten Verkaufs unter dem Einstandspreis (§ 5 Abs 1 Z 5 iVm § 5 Abs 2 KartG) zu erwähnen.

40 Vgl etwa EuGH 29.4.2004, C-418/01, (*IMS Health*) Rz 51; 14.2.1978, Rs. 27/76 (*United Brands*) Rz 189 f; ferner EuG 17.9.2007, T-201/04 (*Microsoft/Kommission*).

41 Kommission, Prioritätenmitteilung, Rz 28 ff; KOMM. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rz 709 ff.

3. Maßgebliche Ursachen und Implikationen des (potenziellen) Spannungsverhältnisses zwischen Genossenschaftswesen und Kartellrecht

3.1. Rechtliche Ursachen des (potenziellen) Spannungsverhältnisses

Auf Basis dieser allgemeinen Ausführungen gilt es zu klären warum denn überhaupt das Kartellrecht ein potenzielles Spannungsverhältnis zum Genossenschaftswesen aufweist. Etwas verwunderlich werden die Ursachen des (potenziellen) Spannungsverhältnisses selten explizit näher erörtert. Die meisten Autoren bemühen sich soweit ersichtlich zumeist nicht um eine genaue Konturierung oder setzen sie implizit voraus. Bei einer eigenen diesbezüglichen Annäherung ist im Ausgangspunkt ist darauf zu verweisen, dass das Kartellrecht als Marktverhaltensrecht grundsätzlich neutral gegenüber der dahinterstehenden Organisation bzw daher insbesondere in welcher Rechtsform sie betrieben wird, ist.⁴² Ob die wirtschaftliche Betätigung also von einer AG, einer natürlichen Person oder einer Genossenschaft betrieben wird bzw ob dies mit Gewinnerzielungsabsicht getan wird, ist insbesondere aufgrund des funktionalen Unternehmensbegriffs für das Kartellrecht grundsätzlich nicht von Belang.⁴³ Ein pauschaler Verweis auf eine bestimmte Rechtsform und deren Spezifika rechtfertigt per se keine Verstöße des Kartellrechts. Dies gilt im Grundsatz auch für Genossenschaften.

Darauf aufbauend ist in einem nächsten Schritt auf das vom EuGH vorgegebene Selbständigkeitspostulat⁴⁴ als zentrales Prinzip im Rahmen des Kartellverbots zu verweisen. Damit ist grob gesprochen gemeint, dass die Marktteilnehmer autonom zu bestimmen haben, welches Verhalten bzw welche Geschäftspolitik sie auf dem (Binnen-)markt an den Tag legen. Sie sind demnach zwar nicht gehindert daran, wachsam zu sein und ihr Marktverhalten an beobachtete Veränderung des Verhaltens von Konkurrenten anzupassen. Nicht zulässig ist es aber prinzipiell mit den Wettbewerbern bezüglich des Marktverhaltens zusammenzuarbeiten; sei es auf vertraglicher Basis oder ohne dieser auf faktisch-bewusster Zusammenarbeit. Das Kartellrecht steht daher jeder Fühlungnahme von Wettbewerbern kritisch gegenüber, wenn sie das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potenziellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das zukünftige Marktverhalten ins Bild zu rücken vermögen und dadurch die Marktbedingungen⁴⁵ nicht den „normalen“

42 Wiedemann in Wiedemann, Kartellrecht⁴ (2020) § 4 Rz 9 mNw.

43 Wiedemann in Wiedemann, Kartellrecht⁴ (2020) § 4 Rz 9.

44 Vgl dazu statt EuGH28. 5. 1998, C-7/95 P (*John Deere*) Rz 87; 19. 3.2015, C-286/13 P (*Dole Food*), Rz 119; ferner dazu genauer Wollmann in Jaeger/Stöger, EUV/AEUV (2019) Art 101 AEUV Rz 63 ff mzNw.

45 Etwa bezüglich der Art der Waren oder erbrachten Dienstleistungen, die Bedeutung und Zahl der beteiligten Unternehmen.

Marktbedingungen entsprechen.⁴⁶ Denn dann wird an die Stelle des mit dem Wettbewerbsprozess als Abfolge von Innovation und Imitation,⁴⁷ und die damit verbundenen Risiken der Marktteilnehmer, eine absichernde Zusammenarbeit zwischen Konkurrenten hergestellt. Man will somit verhindern, dass der Kerngedanke des Wettbewerbsprozess nämlich das unternehmerische Handeln unter partieller Ungewissheit durch Fühlungen (etwa Informationsaustausch) zwischen Wettbewerbern beeinträchtigt wird. Zusätzlich ist im gegebenen Zusammenhang bezogen auf das (europäische) Missbrauchsverbot der Gedanke der besonderen (Struktur-)Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens zu beachten.⁴⁸ Die marktbeherrschenden Unternehmen sollen gemäß hRsp⁴⁹ des EuGH nicht durch ihr Verhalten den wirksamen und unverfälschten (Rest-)Wettbewerb auf dem Binnenmarkt beeinträchtigen. Daraus folgen erhöhte Verhaltensanforderungen für die Marktbeherrscher. Diese Verantwortung folgt aus der Fähigkeit ohne Fühlungen mit anderen Wettbewerbern, die Konditionen zu beeinflussen auf dem jeweiligen Markt verstärkt zu beeinflussen.

Demgegenüber ist mit Blick auf das Genossenschaftswesen darauf zu verweisen, dass Genossenschaften aus rechtlicher Sicht Personenvereinigung mit eigener Rechtspersönlichkeit zur Förderung der Wirtschaft und des Erwerbs der Mitglieder sind (vgl § 1 GenG). Pointiert kann man auch von einer „Selbsthilfevereinigung“ sprechen.⁵⁰ Dies per se ist freilich aus kartellrechtlicher Sicht unspektakulär. Indes ist jedoch in einem zweiten Schritt zu konstatieren, dass es etwa vor allem bei Absatz- Bezugs- und Warengenossenschaften dann doch typischerweise zu Zusammenschlüssen von Unternehmern derselben Branche (also potenziellen Wettbewerbern) kommt. Im Rahmen dieser Genossenschaften macht es der Unternehmensgegenstand und der Förderungsauftrag bisweilen notwendig das Marktverhalten bzw bestimmte Aspekte davon zu vereinheitlichen und abzustimmen. Dass es dann dabei prima facie zu einem Spannungsverhältnis zu den bereits beschriebenen kartellrechtlichen Prinzipien kommt, vermag nicht zu verwundern. Dieses vermeintliche Spannungsverhältnis belegen auch zahlreiche Gerichtsurteile, die später behandelt werden sollen.

46 Vgl EuGH 19. 3.2015, C-286/13 P (*Dole Food*), Rz 120.

47 *Schumpeter*, Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung (1912; Nachdruck 2006). Vgl zur Bedeutung für die heutige Wettbewerbstheorie *Schmidt/Haucap*, Wettbewerbspolitik und Kartellrecht 77.

48 Vgl statt vieler *Fuchs* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 66 Art 102 Rz 130 mzNw.

49 Vgl dazu exemplarisch EuGH 9. 11. 1983, Rs. 322/81, Rz 57 (*Michelin*); 27. 3. 2012, Rs. C-209/10 Rz 23 (*Post Danmark*).

50 *Dellinger* in Dellinger (Hrsg), GenG 2 § 1 Rz 11; Beuthien, dGenG 15 § 1 Rz 38

3.2. Überblick über gesetzgeberische Lösungsvarianten

Der österreichische Gesetzgeber versucht dieses Spannungsverhältnis mit einer Ausnahme in § 2 Abs 2 Z 3 KartG bezogen auf das Kartellverbot zu lösen: „Wettbewerbsbeschränkungen zwischen Genossenschaftsmitgliedern sowie zwischen diesen und der Genossenschaft, soweit diese Wettbewerbsbeschränkungen durch die Erfüllung des Förderungsauftrags von Genossenschaften (§ 1 des Gesetzes über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, RGBl. Nr. 70/1873) berechtigt sind“. Die Auslegung dieser Ausnahme ist seit jeher umstritten.⁵¹ Sie war aber bereits (in anderer Textierung)⁵² in der Urfassung im KartG 1951 enthalten.⁵³ Anfangs wurde das Genossenschaftsprivileg mit der besonderen Beaufsichtigung von Genossenschaften durch die Genossenschaftsrevision begründet.⁵⁴ Die damals dafür gegebene Erläuterung mit Hinweis auf die Genossenschaftsrevision wurde kritisiert.⁵⁵ Denn die Genossenschaftsrevision habe nicht die notwendigen gesetzlichen Befugnisse gegen Kartelle oder gegen den Missbrauch einer Marktbeherrschung vorzugehen.⁵⁶

Später sah der Begutachtungswurf zum KartG 1988 im Jahr 1986 eine Einschränkung vor,⁵⁷ die jedoch nicht Gesetz wurde. Die heutige Fassung geht auf die Novelle im 1993 zurück. Aber auch zur aktuellen Fassung Formulierung ist man sich bis heute nicht einig, ob sie iSd (restriktiven) deutschen Immanenztheorie oder ob die Bestimmung einen eigenständigen Regelungsgehalt hat. Darauf wird später einzugehen sein. Indes ist noch darauf zu verweisen, dass das österreichische Kartellrecht für das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung keine explizite Ausnahme vorsieht. Ebenso sehen weder das europäische Kartellrecht noch das deutsche GWB explizite Aus-

51 Vgl zur Entwicklung der Diskussion genauer *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht § 7 Rz 52.

52 Im Kartellgesetz 1972 (§ 5 Abs 1 Z 6 KartG) sowie im § 16 des KartG 1988 war noch formuliert: „auf Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, soweit sie durch einen Kartellvertrag den Rahmen des Gesetzes über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 9. April 1873, RGBl. Nr. 70, nicht überschreiten.“ Diesbezüglich krit *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht I² 92.

53 Vgl genauer *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht § 7 Rz 52.

54 Vgl *Gugerbauer*, KartG² § 5 Rz 28.

55 Vgl *Gugerbauer*, KartG² § 5 Rz 28; *Koppensteiner* § 7 FN 122.

56 *Gugerbauer*, KartG³ § 2 Rz 52.

57 Am 2. Juli 1987 haben bestimmte Abgeordnete einen Initiativantrag zur Änderung des „Genossenschaftsprivilegs“ eingebracht, der dem Justizausschuß zur weiteren Vorberatung zugewiesen wurde, im Nationalrat und im Wesentlichen wie folgt begründet: „Die Genossenschaften sind konkurrierende Marktverbände geworden, für welche im ökonomischen Sinn die Kartellausnahme nur dann mehr ein sachgerechtes Kriterium sein kann, wenn die einzelne Genossenschaft oder ihr Verband sich unterhalb eines vom Gesetzgeber zu setzenden Wettbewerbsniveaus hält. Der Entwurf schränkt daher die für Genossenschaften geltende Ausnahme ein, da die wirtschaftliche Entwicklung des genossenschaftlich organisierten Wirkungsbereiches eine unbeschränkte kartellrechtliche Freistellung der Verträge (Statuten) von Genossenschaften, wie sie dem geltenden Recht entspricht, nicht mehr zuläßt.“

nahmen für Genossenschaften bezüglich Kartellverbot und Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung vor.

4. Ausgewählte Entwicklungslinien

4.1. Vorbemerkung

Nachfolgend sollen aufbauend auf den vorherigen Ausführungen ausgewählte Entwicklungsstränge dargestellt. Neben der österreichischen Praxis werden im Zuge dessen ebenfalls die europäische sowie die für Österreich traditionell bedeutende Rechtsentwicklung in Deutschland skizziert.

4.2. Österreich

Für den österreichischen Bereich ist eingangs zu konstatieren, dass in den letzten Jahren im Rahmen der hier behandelten Thematik in der Praxis der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) vor allem die zahlreichen Zusammenschlussvorhaben im genossenschaftlichen Bankensektor (insbesondere im Volksbankensektor), die in Nicht-Untersagungsbescheiden der BWB mündeten, zahlenmäßig hervorstechen.⁵⁸

Zu erwähnen sind außerdem Preisabsprachen von Genossenschaften insbesondere in der Milchwirtschaft (siehe die Fälle Berglandmilch⁵⁹ siehe Kärntenmilch⁶⁰) mit anderen Unternehmen über Endverbraucherpreise. Preisabstimmungen stellen „hardcore“-Verstöße⁶¹ gegen Art 101 AEUV bzw § 1 KartG dar. Die Verfahren haben demnach zu Geldbußen in Millionenhöhe bzw mehreren hunderttausend Euro geführt. Indes sind derartige Preisabsprachen mit Vertreten des Lebensmitteleinzelhandels bzw generell mit der nachgelagerten Absatzstufe kein Spezifikum des Genossenschaftswesens. Auch bei anderen Rechtsformen und Geschäftsmodellen sind diese Praktiken regelmäßig anzufinden, womit auch hier nicht näher darauf einzugehen ist.

Die einzige höchst- oder instanzgerichtliche Entscheidung in Österreich (ungeachtet einer schiedsgerichtlichen Entscheidung)⁶² zur Ausnahme vom

58 Vgl etwa exemplarisch statt vieler BWB/Z-2650, 28.04.2015; BWB/Z-3028, 21.04.2016; BWB/Z-3395, 28.02.2017

59 Siehe <https://www.noen.at/niederoesterreich/wirtschaft/milchrebelln-empoert-ueber-berglandmilch-kartell-agrar-oesterreich-4967592>

60 Siehe https://www.bwb.gv.at/news/news_2013/detail/news/entscheidung_kaerntnermilch/.

61 So sind etwa Mindestpreisbindungen gemäß Art 4 lit a Vertikal-GVO nicht freistellungsfähig. Auch nach der Spürbarkeitsbekanntmachung der Kommission sind Vertikale Mindestpreisvorgaben eine Kernbeschränkung bei der es keines Nachweises der Auswirkung auf den Marktes bedarf.

62 Vgl dazu *Jud/Cuber*, ÖBA 1999, 263 (271); ferner *Rummel* in Rummel/Scharinger, Verbund 95 ff *Mösenbacher* in Dellinger, GenG² Anh § 1 Rz 50, 65.

Kartellverbot (§ 2 Abs 2 Z 3 KartG) für Genossenschaften erging im Jahr 1997 vom OLG Wien als Kartellgericht⁶³. Verfahrensgegenständlich war dabei die Bündelung der Nachfrage vieler kleiner Abnehmer basierend auf einheitlichen Bedingungen durch eine Einkaufsgenossenschaft. Das OLG wertete die Maßnahmen der Genossenschaft zwar prinzipiell als Beschränkung des Wettbewerbs, indes kam es aber aufbauend auf der Immanenztheorie zum Ergebnis, dass die damit typischerweise einhergehenden Nebenbestimmungen („ancillary restraints“) zur Sicherung des Zwecks der Genossenschaft (Sicherstellung der Nachfragemacht ihrer Mitglieder zur Erlangung günstiger Einkaufskonditionen) notwendig seien. Somit liege kein Verstoß gegen das österreichische Kartellverbot (§ 1 KartG) vor.

4.3. Deutschland

4.3.1. Allgemeines

In Deutschland könnten mehrere Entwicklungslinien dargestellt werden.⁶⁴ Von besonderer Bedeutung für den vorliegenden Zusammenhang sind jedoch die (i) höchst- und instanzgerichtliche Judikatur zu Taxigenossenschaften sowie (ii) die Aktivitäten des Bundeskartellamts (BKartA) im Bereich der Molkereigenossenschaften.

4.3.2. Taxigenossenschaften

Den Ursprung der bereits erwähnten Immanenztheorie bei Genossenschaften stellt die BGH-Rechtsprechungslinie⁶⁵ zu Taxigenossenschaften dar. Der BGH hat dazu folgenden Leitsatz entwickelt: „„Genossenschaftsimmanent“ ist eine Wettbewerbsbeschränkung nur, wenn sie erforderlich ist, um den Zweck oder die Funktionsfähigkeit der Genossenschaft zu sichern. Das ist unter Berücksichtigung des Geschäftsgegenstands und der Struktur der betreffenden Genossenschaft generalisierend zu beurteilen. Voraussetzung ist weiter, daß der Zweck und die Struktur der betreffenden Genossenschaft als solche kartellrechtsneutral sind.“ Derartige Taxigenossenschaften, haben regelmäßig insbesondere die (Förderungs-)Aufgabe für ihre Mitglieder die eingehenden Fahrtenbestellungen über Datenfunk zu koordinieren. Darüber hinaus leisten sie regelmäßig auch noch mannigfaltig andere Organisationsdienste für ihre Mitglieder. Von den zahlreichen höchst- und instanzgerichtlichen Urteilen⁶⁶, die zu Taxigenossenschaften iVm dem kartellrechtlichen Regime in Deutschland ergingen, seien in der Folge kurz die wohl älteste und die - soweit ersicht-

63 OLG Wien 10.7.1997, 26 Kt 20, 190/9726 Kt 20, 190/97.

64 Vgl etwa den rezenten Fall in dem über eine große Einkaufsgenossenschaft vom deutschen Bundeskartellamt ein Bußgeld verhängt wurde; siehe https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2019/29_01_2019_Fahrrad.html.

65 BGH 15.4.1986, KVR 1/85 („Taxigenossenschaft I“); 10.11.1992, KVR 26/91 („Taxigenossenschaft II“).

66 Vgl etwa auch BGH 8. 5. 2007, KZR 9/06; OLG München 10.11.2011 – U 2023/11 Kart.

lich jüngste - Entscheidung erwähnt. Im Jahr 1986 erging das sogenannte Taxigenossenschafts-Urteil I⁶⁷ in dem der BGH ausgesprochen hat, dass generelle Wettbewerbsverbote bzw Verbote der Doppelmitgliedschaft für Genossenschaftsmitglieder unzulässig seien. Anhand des oben dargestellten Leitsatzes kam das Höchstgericht zum Ergebnis, dass im Rahmen der in Frage stehenden Genossenschaft kein Verbot der Doppelmitgliedschaft notwendig sei um genossenschaftsinterne Geschäftsgeheimnisse zu schützen.

Das jüngste Urteil zu Maßnahmen von Taxigenossenschaften iVm Kartellrecht ist hingegen jenes des OLG Nürnberg.⁶⁸ Hierbei war eine Taxigenossenschaft beklagt, die in Nürnberg eine Taxifunkzentrale betrieb, mit circa 300 Taxiunternehmen.⁶⁹ Ein Konkurrent der Taxigenossenschaft, der eine Taxi-App betreibt, klagte aufgrund zweier Satzungsbestimmungen der Genossenschaft. Einerseits wegen einer Satzungsklausel, die die Außenwerbung an den Taxen der Mitglieder mit Werbeaspekten von anderen Wettbewerbern verbot und andererseits, eine Formulierung, die die Weitergabe von Bewegungsdaten an Wettbewerber der Taxigenossenschaften untersagte. Das OLG Nürnberg urteilte, dass weder das Verbot der Weitergabe von Positionsdaten an die Konkurrenten, noch das Werbeunterlassungsgebot kartellrechtlich zulässig sei. Denn diese Satzungsgestaltungen seien auf Basis der Immanenztheorie nicht erforderlich, um den Zweck oder die Funktionsfähigkeit der Genossenschaft zu sichern. Derartige Regelungen würden die Genossenschaft unzulässigerweise vor Konkurrenzdruck Dritter schützen.⁷⁰

4.3.3. Molkereigenossenschaften

Als zweite Entwicklungslinie in Deutschland ist jene der kartellrechtlichen Behördenpraxis des Bundeskartellamts (BKartA) zu Molkereigenossenschaften zu erwähnen. Hervorbenswert ist dabei vor allem die Sektoruntersuchung⁷¹ in der Milchwirtschaft des deutschen BKartA. Ausgangspunkt dieser Sektoruntersuchung waren die Überproduktion von Milch und schwache Erzeugerpreise, die in Milchlieferboykotten im Jahr 2007 mündeten. Hierbei kam dann die politische Forderung auf die Stellung der Milcherzeuger insbesondere gegenüber den Molkereigenossenschaften zu stärken. Im Rahmen der Sektoruntersuchung wurde die Milchwirtschaft von der Beschaffung der Rohmilch über die Molkereiwirtschaft bis hin zum Lebensmitteleinzelhandel (als dem wichtigsten Abnehmer für Molkereiprodukte) analysiert. Das BKartA beendete die Untersuchung mit einem 135-seitigen Endbericht im Jahr 2012. Darauf aufbauend wurde ein Musterverfahren gegen Deutsches Milchkontor eG und

67 BGH 15.04.1986, KVR 1/85.

68 OLG Nürnberg 22.01.2016, 1 U 907/14.

69 Dies entspricht 98,7% der in Nürnberg fahrenden Taxiunternehmen.

70 Siehe dazu OLG Nürnberg 22.01.2016, 1 U 907/14 Rz 62, 91.

71 Sektoruntersuchung Milch, abrufbar unter https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Sektoruntersuchungen/Sektoruntersuchung%20Milch%20-%20Abschlussbericht.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

Tochtergesellschaften 2016 eingeleitet⁷² und ein Sachstandspapier 2017 veröffentlicht⁷³. Zusammengefasst wurden in den Berichten und Verfahren vom BKartA cum grano salis vor allem die (i) langen Vertragslaufzeiten und Andienungspflichten (gemeinsam in ihrer Wirkung als Ausschließlichkeitsbindungen) bekrittelt, weil es im Zuge dessen zu Marktabschottungseffekten aufgrund der Beeinträchtigung von Wechselmöglichkeiten von Milcherzeuger zu anderen Molkereien kam. Darüber hinaus sah die deutsche Behörde die verbreiteten Referenzpreismodelle sowie identifizierende Marktinformationssysteme mit der es mitunter zu einer weiteren Beruhigung des Wettbewerbsprozess durch Transparenz kam als problematisch an.

4.4. Unionsrechtliche Ebene

Auch auf unionsrechtlicher Ebene ließen sich zahlreiche Entwicklungslinien darstellen.⁷⁴ Im vorliegenden Zusammenhang soll jedoch auf zwei zentrale EuGH-Urteile und die Horizontal-Leitlinien der Europäischen Kommission eingegangen werden.

Beide hier zu skizzierenden Entscheidungen des EuGH ergingen in den 1990ern. Das chronologische frühere Urteil des EuGH *Gøttrup-Klim/DLG*⁷⁵ bezog sich auf eine landwirtschaftliche Bezugs-genossenschaft in Dänemark. Diese Bezugs-genossenschaften kaufte für ihre Mitglieder unter anderem Dünge- und Pflanzenschutzmittel bei Großhändlern ein. Die Satzung der Genossenschaft sah ein Verbot der Doppelmitgliedschaft für Genossenschaftsmitglieder vor, begrenzt auf den organisierten Erwerb von Dünge- und Pflanzenschutzmittel (die einzigen Produktionsmittel, bei denen es nachweisbar zwischen dem Einkaufsvolumen und dem Preis einen unmittelbaren Zusammenhang gab). Der EuGH entschied, dass nur solche Beschränkungen, die notwendig sind, um das ordnungsgemäße Funktionieren der Genossenschaft sicherzustellen und die Vertragsgestaltungsmacht gegenüber den Erzeugern zu erhalten, zulässig seien. Die Satzung der DLG erlaubte den Mitgliedern den Einkauf von Dünge- und Pflanzenschutzmitteln ohne Einschaltung der DLG, sofern dies anders als in Form einer organisierten Zusammenarbeit geschieht. Daher war insgesamt nach Ansicht des EuGHs kein Verstoß gegen Art 101 AEUV (damals Art 85 EG) in casu gegeben.

Darauf aufbauend urteilte der EuGH wenig später zu einer holländischen Molkereigenossenschaft in der *RS Oude Luttikhuis*⁷⁶. Die Satzung der Genossen-

72 Das Verfahren wurde 2018 eingestellt. Siehe dazu https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Meldungen%20News%20Karussell/2018/09_01_2018_DMK.html

73 https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Sachstand_Milch.html;jsessionid=6E58637CAB82511CFF34ED59814012D6.1_cid381?nn=3591568

74 Vgl etwa auch das hier nicht näher dargestellte EuG 2. 7. 1992, Rs T-61/89 (*Dansk Pelsdyravlørforenning*).

75 EuGH 15.12.1994, C-250/92 (*Gøttrup-Klim ua/DLG*).

76 EuGH 12.12.1995, C-399/93 (*Oude Luttikhuis*).

schaft sah ein zu zahlendes Austrittsgeld der Mitglieder bei Ausschluss/Austritt vor. In der Entscheidungsbegründung argumentierte der Gerichtshof aufbauend auf den Ausführungen der eben erläuterten DLG-Entscheidung. Die endgültige Beurteilung überließ der EuGH zwar dem nationalen Gericht, es wurden jedoch explizit die positiven Wirkungen der Rechtsform der Genossenschaft für den Agrarsektor und die Leistungsfähigkeit von Unternehmen hervorgehoben. Auch wenn diese genannten Aspekte berücksichtigt werden müssten, gebe es kein allgemeines Genossenschaftsprivileg. Danach wurden auch Bedenken gegen die Austrittsgelder und Lieferverpflichtungen im konkreten Fall angemerkt.

Letztlich ist noch auf die in der Praxis bedeutenden Horizontal-Leitlinien⁷⁷ der Europäischen Kommission aus dem Jahr 2011 einzugehen. Auch wenn sich die Ausführungen naturgemäß nicht ausschließlich bzw. explizit auf Genossenschaften beziehen, sind sie ebenso für diese Rechtsform von Interesse, weil sie etwa insbesondere für Absatz- Bezugs- und Warengenossenschaften einschlägig sein können. Besonders von Interesse sind die darin enthaltenen Ausführungen zu Produktions- Einkauf- und Vermarktungskoperationen (Rz 111; Rz 194 ff; und Rz 225 ff). Jeweils werden von der Kommission dazu in den Ausführungen Bedenken (vor allem bei gemeinsamer Marktmacht der Kooperationsmitglieder auf den Einkauf- oder Verkaufsmärkten) angemeldet.⁷⁸ Die Kooperationen könnten auf Einkaufsmärkten und/oder auf nachgelagerten Verkaufsmärkten zB zu höheren Preisen; geringeren Produktionsmengen, Produktqualität oder -vielfalt; mangelnder Innovation; Kollusionsergebnissen durch Angleichung der variablen Kosten; oder wettbewerbswidrige Verschließungen des Marktes für andere mögliche Wettbewerber führen. Es werden aber auch positive Aspekte angeführt: ZB könnten die Kooperationen auch mitunter niedrigere Preis, bessere Produkte oder Dienstleistungen für den Verbraucher ermöglichen. Im Rahmen dieser Ausführungen ist besonders hervorzuheben, dass der zentrale Gedanke der Markterschließungs- bzw Wettbewerbsöffnungsgedanke an mehreren Stellen (Rz 163, 191, 237) positiv hervorgehoben wird. Dieser Gedanke kann sich darin äußern, dass die Kooperation (i) objektiv erforderlich ist, um Rechtsträgern den Bezug und/oder des Absatzes von Leistungen/Waren zu ermöglichen (personenbezogener Aspekt) und/oder darin, dass die Vereinbarung die Parteien in die Lage versetzt,

77 Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl EU 2011, C 11/1.

78 Dies Ausführungen der Kommission sind vor dem Hintergrund des „new economic approach“ der Kommission zu verstehen. Vgl dazu allgemein exemplarisch *Mestmäcker/Schweitzer*, Europäisches Wettbewerbsrecht³ (2014) § 3 Rz 43 ff; *Basedow*, Konsumentenwohlfaht und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik?, WuW 2007, 712 ff.; *von Weizsäcker*, Konsumentenwohlfaht und Wettbewerbsfreiheit: Über den tieferen Sinn des „Economic Approach“, WuW 2007, 1078 ff.

eine neue Ware oder Dienstleistung am Markt einzuführen (produktbezogener Aspekt). Durch der damit erzielten Verbesserung der Marktstruktur wird letztlich auch wieder der Wettbewerbsprozess gefördert.⁷⁹ Jeweils ist dann die Kooperation Kartellrecht grundsätzlich zulässig. Darauf wird noch einzugehen sein.

5. Rechtsmethodische Brennpunkte

Abschließend ist noch zu zwei rechtsmethodischen Brennpunkten Stellung zu nehmen: Einerseits wie restriktiv nun (i) die Ausnahme in § 2 Abs 2 Z 3 KartG bezüglich Genossenschaften ausgelegt werden soll und andererseits, ob bzw wie sich die Überlegungen zur Ausnahme des § 2 Abs 2 Z 3 KartG auch auf das österreichische Missbrauchsverbot übertragen lassen. Diese Fragen sollen mit Fokus auf Absatz- Bezugs- und Warengenossenschaften diskutiert werden.

Bei der Analyse der ersten Frage (i)⁸⁰ ist bei der unionsrechtlichen Rechtslage zu beginnen, weil sie wie erläutert starken Einfluss auf das österreichische Rechtsregime hat. Diesbezüglich ist konstatieren, dass der EuGH (auch wenn er dies nicht derart explizit benennt) in den erläuterten Entscheidungen zu Genossenschaften rechtsmethodisch ähnlich vorgeht wie es die in Deutschland vom BGH vorgegebene Immanenztheorie nahelegt. Es handelt sich dabei (was ebenso nicht explizit ausgesprochen wird) nach rechtsmethodischen Verständnis im deutschsprachigen Raum um eine teleologische Reduktion des Art 101 Abs 1 AEUV. Diese theoretisch anmutende Ausführung hat durchaus beachtliche praktische Auswirkungen. Denn mit der Verortung im Rahmen des Abs 1 steht fest, dass auch, wenn es zu keiner teleologischer Reduktion mangels Einschlägigkeit der Immanenztheorie kommt, nach wie vor eine Rechtfertigung mittels Abs 3 möglich ist. Weiterhin folgt aus dieser Interpretation des rechtsmethodischen Vorgehens des EuGHs, dass es sich um keine rule of reason⁸¹ (iSe Abwägung wettbewerblicher (Effizienz-)Vor- und Nachteile (für Verbraucher) einer Verhaltensweise) handelt, wie sie etwa US-amerikanischen Recht bekannt ist.

Damit diese teleologische Reduktion bei Maßnahmen von Genossenschaften eingreift, sind verschiedene Gründe denkbar.⁸² Es greift aber potenziell stets dann, wenn eine Maßnahme per se kartellrechtlich zumindest neutral anzusehen ist. Aufgrund der Verschiedenartigkeit von Genossenschaften bzw deren

79 Vgl zu diesem Argumentationsstrang *Koppensteiner*, ÖZK 2010, 3 (5); *Eilmansberger*, ZWeR 2009, 447, 451.

80 Nicht eingegangen wird auf die Frage, welche Verträge in persönlicher Hinsicht von der Ausnahme betroffen sind. Vgl dazu *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³ § 7 Rz 53.

81 Vgl zur *rule of reason* im europäischen Kartellrecht beispielhaft *Schuhmacher* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV (2020) Art 101 Rz 20 ff; *Eilmansberger/Kruis* in *Streinz AEUV*³ Art 101 Rz 81 ff; *Koppensteiner*, ÖZK 2010, 3 (10).

82 Vgl dazu insbesondere zu verschiedenen, denkbaren Gründen *Eilmansberger/Kruis* in *Streinz AEUV*³ Art 101 Rz 61 ff; *Koppensteiner* ÖZK 2010, 3 (5 ff).

Förderungsaufträgen und Unternehmensgegenständen muss dies jeweils im Einzelfall näher spezifiziert werden.⁸³ Bei Absatz- Bezugs- und Warengenossenschaften sollte vor allem der bereits beschriebene Aspekt des Markterschließungs- und Wettbewerbsintensivierungsgedankens beachtet werden.⁸⁴ Indes zeigt jedoch die Rsp des EuGH tatbestandsimmanente Restriktionen, dass sich die Maßnahmen auf das notwendige Maß beschränken müssen bzw dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterliegen.⁸⁵ Daraus ergibt sich auch für Genossenschaften eine strenge Prüfungsleiter zu Art 101 AEUV bestehend aus den Kriterien der (i) unmittelbare, gerechtfertigte Verbindung zum Förderungsauftrag/Genossenschaftszweck; (ii) objektiver Notwendigkeit; (iii) Verhältnismäßigkeit iES.⁸⁶

Dabei fragt sich jedoch inwiefern diese Maßstäbe auf das österreichische Kartellrecht übertragbar sind. Wie bereits mehrfach erläutert, sieht das österreichische KartG mit § 2 Abs 2 Z 3 KartG eine Sondervorschrift vor. Die hM⁸⁷ versteht die Vorschrift iSd restriktiven Immanenztheorie. Zentrales Argument der hM ist eine Textpassage in der RV zur KartG-Nov 1993 in der explizit auf die Immanenztheorie iSd deutschen Rsp hingewiesen wird. Gleichwohl hat jedoch Mösenbacher⁸⁸ überzeugend herausgearbeitet, dass der Gesetzwerdungsprozess nicht für die, sondern eher gegen die Auslegung iSd der restriktiven Immanenztheorie spricht. Denn ein Antrag von bestimmten Abgeordneten im Justizausschuss damals, der darauf hinauslief die Formulierung des jetzigen § 2 Abs 2 Z 3 KartG iSd restriktiven Prüfungsleiter der Immanenztheorie abzuändern, wurde abgelehnt.⁸⁹

Ein weiteres Argument, dass § 2 Abs 2 Z 3 KartG nicht anhand der oben dargestellten, strengen Kriterien der Immanenztheorie ausgelegt werden sollte, bringt ein innergesetzlicher Vergleich. Denn in den anderen Ausnahmen des § 2 KartG benutzt der Gesetzgeber andere Formulierungen wie „nicht unerlässlich sind“ (§ 2 Abs 1 KartG); „erforderlich sind“ (§ 2 Abs Z 2 KartG) zur Umschreibung der Prüfung der jeweiligen Ausnahme. Da er zu Genossenschaften in § 2 Abs 2 Z 3 jedoch die Formulierung „berechtigt“ verwendet, sollte man hierbei nicht einen derart strengen Prüfungsmaßstab anlegen. Es ist demnach eher davon auszugehen, dass das Wort „berechtigt“ iS „gerechtfertigt“ aus-

83 Vgl *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³ § 7 Rz 56.

84 Vgl im Zusammenhang mit Genossenschaften etwa EuG 2. 7. 1992, Rs T-61/89 (*Dansk Pelsdyravlerforening*) Rz 99.

85 Vgl dazu *Kling/Thomas*, Kartellrecht² § 5 Rz 228 ff mNw.

86 Vgl EuGH 15.12.1994, C-250/92 Rz 35 ff (*Gottrup-Klim ua/DLG*); ferner zum Gebot der objektiven Notwendigkeit allgemein EuG 24.05.2012, T-111/08 (*Mastercard*) Rz 80.

87 OLG Wien 10.7.1997, 26 Kt 20, 190/9726 Kt 20, 190/97; *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht³ § 7 Rz 55; ders, wbl 1993, 341 (343 ff); *Gugenbauer*, KartG² § 5 Rz 30 aA *Mösenbacher* in *Dellinger*, GenG² Anh § 1 Rz 48 ff.

88 in *Dellinger*, GenG² Anh § 1 Rz 48 ff.

89 Vgl dazu genauer *Mösenbacher* in *Dellinger*, GenG² Anh § 1 Rz 48 ff.

zulegen ist.⁹⁰ Der Zweck der Norm, also zumindest wettbewerbsneutrale, genossenschaftsimmanente Maßnahmen vom Kartellverbot auszunehmen, spricht ebenso nicht gegen diese Auslegung. Denn die rechtsmethodische Grundlage bleibt auch bei dieser Auslegung die teleologische Reduktion basierend auf der prinzipiell positiven Bewertung der Genossenschaften und deren Förderungszwecke durch den österreichischen Gesetzgeber.⁹¹ Lediglich die genauere Prüfungsstruktur wird aufgrund der Wertung österreichischen Gesetzgebers, die in § 2 Abs 2 Z 3 KartG zum Ausdruck kommt, im Vergleich zum unionsrechtlichen Regime und auch zur deutschen Rechtslage abgemildert. Dh konkret, dass im Rahmen des österreichischen Kartellrechts bei Maßnahmen der Genossenschaft § 2 Abs 2 Z 3 KartG einschlägig ist, die in einem unmittelbaren, gerechtfertigten Zusammenhang mit dem Förderungsauftrag und dessen (positiven) wettbewerbsrechtliche Effekten (vor allem Markterschließungs- und Wettbewerbsintensivierungsaspekte) steht. Daher müssen die zwei weiteren zum europäischen Kartellrecht aufgezeigten Prüfungskriterien der objektiven Notwendigkeit und der Verhältnismäßigkeit *ieS* im Rahmen des österreichischen Kartellverbots nicht näher geprüft werden. Diese rechtspolitische Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers ist auch aus Sicht der europarechtlichen Vorgaben zulässig. Denn im Rahmen des Kartellverbots ist es dem nationalen Gesetzgeber lediglich verboten strengere Regelungen als das Europarecht zu normieren. Weniger strenge Maßstäbe im Vergleich zum europäischen Kartellverbot sind aber zulässig.

Nun ist noch auf die zweite Frage einzugehen, inwiefern diese Überlegungen auf das europäische und österreichische Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art 102 AEUV, §§ 4 ff KartG) übertragbar sind. Hierbei ist in einem ersten Schritt zu konstatieren, dass weder das europäische noch das österreichische Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung explizite Ausnahmen vom Verbotstatbestand allgemein bzw insbesondere für Genossenschaften vorsehen. Nichtsdestotrotz hat sich im Laufe der Zeit in der Rsp des EuGH⁹² eine Rechtsprechungslinie herausgebildet, die eine Rechtfertigung durch objektive Gründe von *prima facie* missbräuchlichen Verhalten der marktbeherrschenden Unternehmen zulässt. Diese zweite Prüfungsstufe im Rahmen des Verbotstatbestands stellt sich als integraler Bestandteil des Missbrauchsbegriff dar.⁹³ Auch wenn zu den diesbezüglichen Rechtfertigungsgründen noch vieles im Fluss ist, kann man grundsätzlich

90 Vgl *Rummel* in *Rummel/Scharinger*, *Verbund* 95 f.

91 Die positive Bewertung von Genossenschaften für den Agrarsektor und allgemein das unternehmerische Wirken kommt denn auch im besprochenen Urteil EuGH 12.12.1995, C-399/93 (*Oude Luttikhuis*) zum Ausdruck.

92 Vgl dazu EuGH 16.9.2008, Rs. C-478/06; ferner einen guten Überblick bietend *Behrens*, *Wettbewerbsrecht* Rz 1134 ff; *Fuchs* in *Immenga/Mestmäcker*, *Wettbewerbsrecht* 6 § 102 AEUV Rz 152 ff.

93 *Brand* in *FrankfKomm*, *KartR* (2020) Art 102 Teil Rz 159 f mNw.

zwischen drei Kategorien unterscheiden, nämlich (i) die sich aus objektiven Gesichtspunkten ergebende Notwendigkeit, (ii) den eigenen berechtigten wirtschaftlichen Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens und (iii) die Rechtfertigungsoption aufgrund von Effizienzgewinnen („efficiency defence“).⁹⁴ Partiiell abweichend davon anerkennt die Kommission⁹⁵ grundsätzlich nur die zwei Rechtfertigungsmöglichkeiten des (i) objektiv notwendigen Verhaltens und (ii) der Erzielung von Effizienzvorteilen an. Mitunter werden jedoch vom EuGH⁹⁶ und der Kommission⁹⁷ die Rechtfertigungskategorien der objektiven Notwendigkeiten und der berechtigten wirtschaftlichen Gründe nicht genau getrennt. Dies ist tatsächlich (bisweilen abhängig vom Begriffsverständnis) auch nicht stets möglich. Wichtiger als eine klare begriffliche Trennung dieser Kategorien ist vielmehr, dass es bei der Rechtfertigung durch eine objektive Notwendigkeit anders als bei der „efficiency defence“ nicht darauf ankommt inwiefern etwa eine Behinderungs- bzw Marktverschließungswirkung durch Effizienzvorteile, die den Verbrauchern zu Gute kommen, aufgewogen wird. Auch wenn die Thematik der objektiven Rechtfertigung allgemein hier nicht abschließend beurteilt werden kann, sollte bezogen auf die Aktivitäten von Genossenschaften⁹⁸ wieder verstärkt auf den Markteröffnungs- bzw Wettbewerbsintensivierungsgedanken abgestellt werden. Verschiedene Regelsetzungsmaßnahmen (in der Satzung der Genossenschaften) können damit potenziell als wesensimmanente Notwendigkeit gerechtfertigt werden. Damit diese Regelung jedoch tatsächlich als nicht missbräuchlich aus kartellrechtlicher Sicht zu beurteilen ist, muss diese auf das Notwendigste beschränkt bleiben. Daher gilt es zu prüfen, ob die konkret in Frage Maßnahme zur genossenschaftlichen Interessenverfolgung (etwa den gemeinsamen Einkauf und/oder Verkauf von Waren und Dienstleistungen) geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist. Diese für das europäische Missbrauchsverbot vorgestellten Thesen, haben auch mangels Sonderregelung im österreichischen Kartellrecht zum Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§ 5 KartG) Geltung in derselben Gestalt.

94 Vgl dazu *Behrens*, Wettbewerbsrecht Rz 1134 ff; *Fuchs* in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht 6 § 102 AEUV Rz 152 ff.

95 Komm, Durchsetzungsprioritäten, ABl. 2009 C 45, 7, Rz 28.

96 Vgl EuGH 16. 9. 2008, C-468/06 bis C-478/06, Rz 39 ff, 70 ff.

97 Vgl Komm, 13. 12. 2011, COMP/C-3/39629, Rz 40.

98 Vgl EuGH 15.12.1994, C-250/92, Rz 52: „[...] im Fall einer beherrschenden Stellung einer Bezugs-genossenschaft auf einem bestimmten Markt eine Änderung ihrer Satzung, durch die ihren Mitgliedern die Beteiligung an anderen Formen der organisierten Zusammenarbeit in unmittelbarer Konkurrenz zu dieser Genossenschaft untersagt wird, keine gegen Artikel 86 EWG-Vertrag verstossende mißbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung ist, sofern diese Änderung auf das beschränkt ist, was notwendig ist, um das ordnungsgemäße Funktionieren der Genossenschaft sicherzustellen und ihre Vertragsgestaltungsmacht gegenüber den Erzeugern zu erhalten.“

6. Fazit und Ausblick

Die Abhandlung hat gezeigt, dass sich seit Jahrzehnten permanent immer wieder Problemfelder zwischen dem Genossenschaftswesen und dem Kartellrecht in der Praxis ergeben. Insbesondere bei Absatz- Bezugs- und Waren-genossenschaften, wo das Marktverhalten der Genossenschaftsmitglieder in ihrer Eigenschaft als Unternehmer koordiniert wird, liegt prima vista ein Spannungsverhältnis zu den Prinzipien des (europäischen) Kartellrechts wie vor allem dem Selbstständigkeitspostulat offen zu Tage.

Als Ergebnis der rechtsmethodischen Überlegungen der Abhandlung lassen sich dazu anführen, dass

- Die Ausnahme des § 2 Abs 2 Z 3 KartG vom Kartellverbot aufgrund der Wertung des österreichischen Gesetzgebers nicht gänzlich iSd Prüfungsleiter des EuGHs zu Genossenschaften oder der vom BGH vertretenen Immanenztheorie ausgelegt werden sollte. Ausreichend ist vielmehr, dass die in Frage stehende Maßnahme der Genossenschaft in einem unmittelbaren, gerechtfertigten Zusammenhang mit dem Förderungsauftrag und dessen (positiven) wettbewerbsrechtlichen Effekten (vor allem Markterschließungs- und Wettbewerbsintensivierungsaspekte) steht.
- Zudem wurde herausgearbeitet, dass sich im Rahmen des europäischen sowie auch im österreichischen Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung die Möglichkeit für Genossenschaften ergibt, das prima facie missbräuchliche Verhalten durch objektive Gründe zu rechtfertigen. Dabei kann etwa vor allem auch hier der Markterschließungs- und Wettbewerbseröffnungsgedanke vorgebracht werden.

Darüber hinaus gehend wurde allgemein versucht aufzuzeigen, dass das Verständnis des Verhältnisses von Genossenschaftswesen und Kartellrecht nicht so sehr als Gegensatz, sondern als homogene Mittel zur Erreichung des zentralen Ziels der Ermöglichung von erwerbswirtschaftlicher Betätigung am (Binnen-)Markt geprägt sein sollte. Daher sollte (wieder) verstärktes Augenmerk (auch im Kartellrecht) auf die Eigenart (von bestimmten) Genossenschaften als Markterschließungsvehikel zur Stärkung von klein- und mittelständischen Unternehmen gelegt werden.

VERÖFFENTLICHUNGEN DES FORSCHUNGSVEREINS FÜR GENOSSENSCHAFTSWESEN DER UNIVERSITÄT WIEN

VORTRÄGE UND AUFSÄTZE

- Heft 1: Westermann, H., Zur Reform des Genossenschaftsgesetzes, Wien 1967.
- Heft 2: Draheim, G., Kooperation und Konzentration im Genossenschaftswesen, Wien 1968.
- Heft 3: Philipowski, R., Mehrwertsteuer und Genossenschaften, Wien 1971.
- Heft 4: Hahn, O., Lexa, H., Mann, G., Betriebswirtschaftliche Probleme der genossenschaftlichen Praxis, 1. Teil, Wien 1973.
- Heft 5: Vodrazka, K., Betriebswirtschaftliche Probleme der genossenschaftlichen Praxis, 2. Teil, Wien 1974.
- Heft 6: Weber, W., Wirtschaftliche Kooperation als praktizierte Solidarität, Wien 1975.
- Heft 7: Ruppe, H. G., Körperschaftssteuerfragen der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Wien 1976.
- Heft 8: Stoll, G., Die Gemeinnützigkeit von Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften im Abgabenrecht, Wien 1976.
- Heft 9: Wychera, R., Auswirkungen des neuen Kreditwesengesetzes, Wien 1980.
- Heft 10: Attems, R., Organisationsentwicklung und Genossenschaften, Wien 1982.
- Heft 11: Tanzer, M., Entwicklung und Zukunft der Körperschaftsbesteuerung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Wien 1983.
- Heft 12: Beuthien, V., Genossenschaften und Kartellrecht. Das Kartellamt als Orakel. Durch unbegrenzte Auslegung zum offenen Kartellrecht?, Wien 1987.
- Heft 13: Münkner, H.-H., Die Identität der Genossenschaften nach europäischem Genossenschaftsrecht, Wien 1987.
- Heft 14: Philipowski, R., Hofkens, F., Besteuerung von Genossenschaften im internationalen Vergleich, Wien 1990.
- Heft 15: Raschauer, B., Bankenaufsicht und Europäische Integration, Wien 1991.
- Heft 16: Aicher, J., Aspekte der Fusionskontrolle in der EG - Konsequenzen für Österreich, Wien 1992.
- Heft 17: Münkner, H.-H., Was bringt das europäische Genossenschaftsrecht?, Wien 1992.
- Heft 18: Purtschert, R., Weiss, M., Marketing für Genossenschaften, Wien 1993.115.
- Heft 19: Folz, W., Perspektiven europäischer Genossenschaftsbanken in der EG, Wien 1993.
- Heft 20: Beschäftigungspolitische Akzente der Genossenschaften, Wien 1999.
- Heft 21: Osterweiterung und Genossenschaften, Wien 1999.

- Heft 22: Reform der französischen Sparkassenorganisation - auf dem Weg zur Genossenschaft, Wien 2000.
- Heft 23: Fortbildung des deutschen Genossenschaftsrechts, Wien 2000.
- Heft 24: Dellinger, M., Die Genossenschaft als Gesellschafter - Genossenschaftsrechtliche Zulässigkeitsgrenzen der Beteiligung an anderen Rechtsträgern, Wien 2001.
- Heft 25: Harbrecht, W., Die Genossenschaft als Rechtsform für junge Unternehmen, Wien 2001.
- Heft 26: Krejci, H.: Zum Förderungsprivileg der Genossenschaften, Wien 2002
- Heft 27: Beuthien, V., Die atypisch stille Gesellschaft - ein Weg zu mehr Kapital für eingetragene Genossenschaften?, Wien 2003.
- Heft 28: Theurl, Th.: Die Wettbewerbsfähigkeit genossenschaftlicher Netzwerke, Wien 2004.
- Heft 29: Agricultural Co-operatives are facing a challenge, Wien 2004.
- Heft 30: Münkner, H.-H., Europäische Genossenschaft (SCE) und europäische Genossenschaftstradition, Wien 2006.
- Heft 31: Hanisch, M., Effizienzmessung und Ableitung von Entwicklungsstrategien für Warengenossenschaften, Wien 2007.
- Heft 32: Genossenschaftsrechtsänderungsgesetz 2006, Wien 2007.
- Heft 33: Ethische Bankgeschäfte - Ein neuer Geschäftsbereich bei Kreditgenossenschaften, Wien 2012.
- Heft 34: Jagschitz, F., Rom, S., Aktuelle Entwicklung der österreichischen Konsumgenossenschaften, Wien 2012.
- Heft 35: Brazda, J. (Hrsg.): Skizzen zum Internationalen Jahr der Genossenschaften, Wien 2013.
- Heft 36: Münkner, H.-H., Rückblick auf das Internationale Jahr der Genossenschaften 2012, Wien 2013.
- Heft 37: Werner, W., Weiter auf der Straße des Erfolges - Raiffeisen in Österreich 1986 bis 2011, Wien 2013
- Heft 38: Dellinger, M., Genossenschaften als Instrument für Crowdfunding, Wien 2014.
- Heft 39: Taisch, F., Jungmeister, A., Fabrizio, N.: Kooperative Governance - Eine skizzenhafte Annäherung, Wien 2016.
- Heft 40: Brazda, J. (Hrsg.): Identität der Genossenschaften in Österreich, Wien 2017.
- Heft 41: Blome-Drees, J.: Potenziale und Hemmnisse genossenschaftlicher Neugründungen in der Bundesrepublik Deutschland, Wien 2018.
- Heft 42: Werner, W.: Raiffeisen-Kontakte im alten Österreich, Wien 2018.
- Heft 43: Wimmer, A.: Die (ewig aktuelle) Frage der Vereinbarkeit des Genossenschaftswesens mit dem Kartellrecht. Entwicklungslinien in der Praxis und rechtsmethodische Brennpunkte, Wien 2021.

WIENER STUDIEN DES FORSCHUNGSVEREINS FÜR GENOSSENSCHAFTSWESEN
NEUE FOLGE

- Band 1: Neuere Tendenzen im Genossenschaftswesen, Göttingen 1966.
- Band 2: Piller, E., Kreditgenossenschaften in Österreich, Göttingen 1970.
- Band 3: Aktuelle Fragen des Genossenschaftsbetriebes, Göttingen 1970.
- Band 4: Cupal, W., Die Gemeinnützige Wohnungswirtschaft Österreichs (von 1955 bis 1967), Göttingen 1976.
- Band 5: Patera, M. (Hrsg.), Perspektiven der Genossenschaftsrevision, Orac, Wien 1986.
- Band 6: Patera, M. (Hrsg.), Aktualität und Modernität der Genossenschaftskonzeption von F. W. Raiffeisen, Wien 1989.
- Band 7: Brazda, J., Der Rechtsformwandel bei Genossenschaften - am Beispiel der deutschen Konsumgenossenschaften, Schediwy, R., Probleme des föderativen Verbundes der Konsumgenossenschaften in Frankreich, Wien 1991.
- Band 8: Patera, M. (Hrsg.), Genossenschaftliche Herausforderungen im 21. Jahrhundert, Wien 1993.
- Band 9: Schwabe, G./Schediwy, R., Die Umgründung der französischen Sparkassen in genossenschaftlicher Rechtsform, Wien 2001.
- Band 10: 50 Jahre FOG Gründung - Aufbau - Bewährung, Wien 2002.
- Band 11: Harsch, U., Wohnbegleitende Dienstleistungen. Eine Chance für Wohnbaugenossenschaften
Wagner, Ph., Das Informationsmanagement einer Wohnbaugenossenschaft, Wien 2003.
- Band 12: Ettenauer, G., Implementierung von Bildungscontrolling in der Bankwirtschaft, Wien 2003.
- Band 13: Iby, O., Balanced Scorecard als strategisches Managementinstrument in Kreditgenossenschaften, Wien 2004.
- Band 14: Biricz, K., Das genossenschaftliche Netzwerk - ein Modell für die burgenländischen Winzergenossenschaften, Wien 2005.
- Band 15: Pieber, A.: Das interne Kontrollsystem und der genossenschaftliche Bankenverbund, Wien 2006.
- Band 16: Czaika, Ph., Mitgliederförderung in Raiffeisen-Lagerhausgenossenschaften - Die Entwicklung eines modernen Förderansatzes, Wien 2008.
- Band 17: Ettenauer, G., Genossenschaftliche Verbundkompetenz am Beispiel der österreichischen Volksbank Gruppe, Wien 2009.
- Band 18: Schaschko, M., Neugründungen von Genossenschaften in Österreich, Wien 2010.
- Band 19: Rimpler, M.: Kreditvergabepraxis von Mikrofinanzinstitutionen in Österreich, Wien 2013.
- Band 20: Österreichs Genossenschaften in der Zeit des Nationalsozialismus, Wien 2014.

- Band 21: Werner, W.: Kampelik-Sparkassen, Wien 2016.
- Band 22: Werner, W.: Raiffeisenvereine für Österreich, Wien 2017.
- Band 23: Werner, W. (Hrsg.): Normative Materialien zur Geschichte des landwirtschaftlichen Personalkredites im alten Österreich, Wien 2018.
- Band 24: Brazda, J./Blisse H. (Hrsg.): Beiträge zur kritischen Genossenschaftsforschung, Festschrift für Robert Schediwy zum 70. Geburtstag, Wien 2018.
- Band 25: Hecher, E.: Das Subsidiaritätsprinzip in Ökonomie und Politik - Eine Analyse von Verbundorganisationen, Wien 2020.
- Band 26: Eller, L.: Solidarische Landwirtschaft in Österreich – Alternativen für den Agrarsektor, Wien 2021.