

Was wir meinen

Michael Kling*

Digitalisierung und Plattformökonomie als Herausforderungen für den Erfolg von Genossenschaften

<https://doi.org/10.1515/zfgg-2020-0011>

1 Einleitung

Das Thema „Digitalisierung“ ist omnipräsent und geht selbstverständlich auch den genossenschaftlichen Sektor unmittelbar an.¹ Für viele Unternehmen dürfte sich eine erfolgreiche Digitalisierungsstrategie als Voraussetzung ihrer künftigen Profitabilität und damit ihre Überlebensfähigkeit erweisen.

Bei der Plattformökonomie handelt es sich um ein besonders erfolgreiches Modell für die Digitalisierung. Mit Apple, Alphabet (Google), Microsoft, Amazon, Facebook, Tencent und Alibaba sind gleich sieben der 10 wertvollsten Unternehmen der Welt digitale Plattformen. Kein einziges dieser Unternehmen stammt aus Europa. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht stellen sich in diesem Zusammenhang zahlreiche Probleme, weil die genannten Unternehmen aufgrund ihrer Marktmacht dazu in der Lage sind, sich weitgehend unabhängig von den anderen Marktakteuren, vor allem auch der Marktgegenseite, zu verhalten. Das betrifft neben den Endverbrauchern (B2C) zahlreiche Unternehmen

* **Kontaktperson: Prof. Dr. Michael Kling**, Professur für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht sowie Gewerblichen Rechtsschutz; Tel.: 06421 / 28-23093; E-Mail: michael.kling@jura.uni-marburg.de; Universitätsstraße 7, 35037 Marburg

1 Siehe dazu schon Peter, Marc K./Jungmeister, Alexander, Digitalisierung bei Genossenschaften, ZfgG Bd. 67 (2017), S. 133 ff. Die Bundesregierung hat das Thema im Rahmen ihres Dritten Engagementberichts „Zukunft Zivilgesellschaft: Junges Engagement im digitalen Zeitalter“, BT-Drucks. 19320 vom 14.5.2020 aufgegriffen (siehe a.a.O., S. 35, 37, 96 sowie speziell im Hinblick auf Plattform-Genossenschaften S. 125).

(B2B), darunter viele kleine und mittlere Unternehmen (KMU)², die auf die Nutzung der digitalen Plattformen angewiesen sind.

Da mit einer strikten staatlichen Regulierung³ der US-amerikanischen und chinesischen Plattformgiganten ebenso wenig ernsthaft zu rechnen sein dürfte wie mit einer Zerschlagung durch die zuständigen Kartellbehörden, erweist sich die Kooperation bei der Digitalisierung als Voraussetzung für eine künftige Profitabilität als ein zentrales Thema für alle europäischen Unternehmen, nicht nur für die KMU oder die Genossenschaften. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht wären erfolgreiche Digitalisierungsstrategien von KMU äußerst wünschenswert, da auf diese Weise durch Innovation eine Gegenmacht zu den „Großen 7“ erzeugt werden könnte, die bislang fehlt.⁴ Teilweise wird in der Praxis jedoch moniert, dass dem „Versprechen einer solidarischeren Plattformökonomie (...) oft politisch schwierigen Rahmenbedingungen gegenüber (stehen)“.⁵ Konkret vermisst man im Bereich von „sozialen Innovationen“ derzeit fehlende „Frei-

2 Im Wettbewerbsrecht wird der Begriff KMU nicht anhand von absoluten Größenzahlen wie dem Jahresumsatz oder der Beschäftigtenzahl festgemacht, sondern in Relation zu den Wettbewerbern auf dem relevanten Markt bestimmt, siehe Merkblatt des BKartA über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen vom 01.03.2007, Tz. 12, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Kooperationsm%C3%B6glichkeiten%20f%C3%BCr%20KMUs.pdf?__blob=publicationFile&v=2, wo es weiter heißt: „(...) Für den Begriff des KMU ist vor allem das Verhältnis zu den großen Unternehmen seiner Branche entscheidend, denen gegenüber die Wettbewerbsfähigkeit durch Kooperationen von KMU verbessert werden soll. Bei dieser Gegenüberstellung sind die Wettbewerber der an der Kooperation beteiligten Unternehmen zu berücksichtigen. Ein Unternehmen mit 100 Mio. € Jahresumsatz kann z. B. in einem Markt, auf dem auch Umsatzmilliardäre tätig sind, u. U. als mittleres Unternehmen angesehen werden.“

3 Zur Frage der Regulierung digitaler Plattformen im EU-Binnenmarkt siehe Denga, Genossenschaften in der digitalen Plattformökonomie, ZGE 2020, 1 (12 ff.). Der Beitrag stellt ein alternatives Regulierungskonzept für digitale Handelsplattformen aus juristischer Perspektive vor.

4 Zum Aufbau von „Plattformgenossenschaften“ siehe Roth, Anja/Krauß, Eva, Digitalisierung und Genossenschaften – Plattformen als Zukunftsmodell der digitalen Ökonomie, Artikel vom 09.04.2019, abrufbar unter: <https://www.wir-leben-genossenschaft.de/de/Digitalisierung-und-Genossenschaften-Plattformen-als-Zukunftsmodell-der-digitalen-Oekonomie-7230.htm>; siehe ferner BWGV-Info, Plattformökonomie und Genossenschaften, Artikel vom 11.03.2019, abrufbar unter: https://www.wir-leben-genossenschaft.de/files/2019-03-11_BWGV-Info%20Plattform-%C3%B6konomie.pdf.

5 Drexler, Marlene, Genossenschaften in der Plattformökonomie, Artikel vom 24.10.2019, abrufbar unter: <https://www.fes.de/themenportal-bildung-arbeit-digitalisierung/artikel-seite/genossenschaften-in-der-plattformoekonomie-fuer-mehr-solidaritaet-im-digitalen-kapitalismus>.

räume mit vermindertem Risiko zum Ausprobieren“.⁶ Ganz ähnlich lautende Kritikpunkte kommen aus der Start-up-Szene, meist verbunden mit dem Wunsch nach einer (über die Covid-19-bedingten Änderungen hinausgehenden) Lockerung des deutschen Insolvenzrechts, die derzeit allerdings keine Aussicht auf Erfolg hat.

Zum Teil wird in der Praxis ein ganz düsteres Bild der Zukunft gezeichnet. So war in der digitalen Version der FAZ vom 21. Juli 2020 (vor der Bezahlschranke) der Titel zu lesen: „Für eine Kopie von Microsofts Cloud sind wir zehn Jahre zu spät“.⁷ Der Autor des besagten Artikels, der Präsident der Deutschen Akademie der Technikwissenschaften Acatech, muss es wissen. Konkret führt er aus, dass es wenig aussichtsreich sei, Cloud-Infrastrukturen und digitale Technologien nachzubauen, bei denen andere Anbieter einen jahrelangen und durch Milliardeninvestitionen gestützten Vorsprung hätten. Für eine Kopie von Microsofts Azure oder Amazons AWS seien wir in Europa zehn Jahre zu spät dran. Ein europäischer, von der Wirtschaft getragener Cloud-Ansatz müsse sich deshalb auf die nächste, disruptive Generation fokussieren. Bis das gelinge, müsse man durch Containertechnologien und Standardisierung Open-Source-Lösungen finden für eine EU-Cloud-Architektur, die virtuell, föderal und dezentral ist.

Virtuell, föderal und dezentral – das klingt nach einer geeigneten „Spielwiese“ für Genossenschaften!⁸ Zumindest findet sich die Behauptung, dass Plattformgenossenschaften vor allem dort Erfolg hätten, wo sie lokal verankert seien oder ein sehr spezielles Feld bedienen.⁹

6 Drexler, Marlene, Genossenschaften in der Plattformökonomie, Artikel vom 24.10.2019, abrufbar unter: <https://www.fes.de/themenportal-bildung-arbeit-digitalisierung/artikelseite/genossenschaften-in-der-plattformoekonomie-fuer-mehr-solidaritaet-im-digitalen-kapitalismus>.

7 Streibich, Karl-Heinz, Für eine Kopie von Microsofts Cloud sind wir zehn Jahre zu spät, Artikel vom 21.07.2020, abrufbar unter: https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/fuer-eine-kopie-von-microsofts-cloud-sind-wir-zu-spaet-16868630.html?printPagedArticle=true#pageIndex_2.

8 Der Autor hat allerdings wohl anderes im Sinn, denn er ist der Meinung, dieses Dilemma lasse sich auflösen, „indem der öffentliche Bereich seine Nachfragemacht und sein Investitionspotential nutzt und als Anwender souveräner digitaler Architekturen und Infrastrukturen Vertrauen und Nachfrage unter den Marktteilnehmern stützt“. Wenn dies auf europäischer Ebene geschehe, dann werde „die gewählte digitale Technologie und Architektur aufgrund der Skaleneffekte zum neuen Standard – und somit zu einem Erfolg“.

9 Roth, Anja/Krauß, Eva, Plattformökonomie und Genossenschaften, BWGV-Info v. 11.3.2019, abrufbar unter: https://www.wir-leben-genossenschaft.de/files/2019-03-11_BWGV-Info%20-Plattform%C3%B6konomie.pdf.

Wie gehen die Genossenschaftsunternehmen mit Sitz in Deutschland, Österreich und der Schweiz mit dem Thema „Digitalisierung und Plattformökonomie“ um? Welche Maßnahmen haben sie bereits ergriffen und was ist konkret geplant? Welches Innovationspotential besteht dabei speziell für Genossenschaften? Oder geht es am Ende doch bloß um eine bessere Kopie bereits existenter Geschäftsmodelle aus nichtgenossenschaftlichen Bereichen? Welche rechtlichen Grenzen gibt es für die Zusammenarbeit im genossenschaftlichen Verbund oder mit genossenschaftsfremden Dritten? Kann es die von den Pionieren der digitalen Revolution im Genossenschaftswesen gewünschten Freiräume zum Experimentieren von Rechts wegen überhaupt geben? Zu diesen und anderen Fragen sollen die Beiträge des diesjährigen Schwerpunkthefts der ZfG Antworten liefern.

2 Tatsächlicher Befund – Was wird derzeit im Genossenschaftsbereich bezüglich der Digitalisierung unternommen?

Wenngleich dies in der Öffentlichkeit vielleicht nicht deutlich genug wahrgenommen wird, so hat es in jüngerer Zeit doch eine ganze Reihe unterschiedlicher Digitalisierungsmaßnahmen gegeben, die aus dem genossenschaftlichen Sektor herrühren.

Zunächst ist die Digitalisierung im Bereich der *Genossenschaftsbanken* zu nennen, die u.a. auch maßgeblich vom Genossenschaftsverband – Verband der Regionen vorangetrieben wird. Der Verband und seine Mitgliedsunternehmen verfolgen das Ziel, das Bankgeschäft der Genossenschaftsbanken konzeptionell und technisch in die digitale Welt zu transformieren und hierdurch Marktpotenzial zu festigen und auszubauen. Dabei kommt der neuen Omnikanal-Vertriebsplattform, die alle elektronischen Angebote für Kunden vernetzt und

Als erfolgreiche Plattformgenossenschaften benennen die Autorinnen: „Eine Green-Taxi-Kooperative in Denver in den USA, die über eine App Taxifahrer verbindet und damit Uber Konkurrenz macht; Coopify, eine Genossenschaft für häusliche Dienstleistung in New York, die über eine App bspw. Putzdienste vermittelt und dabei den ArbeiterInnen selbst gehört. Die Fotoplattform Stocksy, die sich in Besitz der Fotografen befindet, hat 2015, zwei Jahre nach ihrer Gründung, schon 200.000 Dollar an ihre Mitglieder ausgeschüttet. In Amsterdam entwickelt eine Gruppe von Programmierern und Stadtplanern gemeinsam mit der örtlichen Universität und der Stadt eine Alternative zu Airbnb.“

neue Möglichkeiten für Banken und Kunden eröffnet, eine wichtige Rolle zu.¹⁰ Ein Vorstandsmitglied des Verbandes wird in diesem Zusammenhang mit dem Satz zitiert: „Wer als Bank die Digitalisierung nicht in den Griff bekommt, bekommt (...) große Probleme mit der Zukunftsfähigkeit“.¹¹ Diese Aussage decken sich weitgehend mit weiteren Thesen aus der Praxis. Danach passen die aktuellen Geschäftsmodelle der Banken angeblich weder in die „Null-Zinswelt“ noch in die digitale Plattformökonomie.¹²

Im Bereich der *Wohnungsgenossenschaften* hat die Digitalisierung ebenfalls längst Einzug gehalten. Wohnungen können bereits heute digital verwaltet werden. So hat beispielsweise die sächsische Wohnungsgenossenschaft Flöha und Umgebung eG mit Hilfe ihres Partners Minol sämtliche Liegenschaften (d.h. 1.300 Wohnungen) auf Funk umgerüstet. Die Verbrauchswerte werden per Funk abgelesen. Vor-Ort-Termine in den Wohnungen sind nur noch alle fünf Jahre nötig, und zwar zum Austausch der Wasserzähler.¹³ Für die Mieter hat eine solche Funkausstattung erhebliche Vorteile, stellt diese doch nicht nur die Grundlage für die Digitalisierung der Energiekostenabrechnung dar, sondern ermöglicht darüber hinaus die Erbringung weiterer Dienstleistungen wie etwa unterjährige Verbrauchsinformationen oder ein laufendes Energiemonitoring. Mittelfristig sollen auch die Rauchwarnmelder in den Liegenschaften via Funk überwacht werden.¹⁴ Zudem sollen künftig mittels fest verbauter Tablets sowohl die Kommunikation mit der Genossenschaft als auch Smart-Home-Elemente wie

10 Genossenschaftsverband – Verband der Regionen, Kleine und mittlere Genossenschaftsbanken sind besonders gefordert - Genossenschaftsverband unterstützt bei der Digitalisierung, Mitteilung vom 07.06.2019, abrufbar unter: <https://www.genossenschaftsverband.de/newsroom/news/aus-dem-verband/kleine-und-mittlere-genossenschaftsbanken-sind-besonders-gefordert/>; Roth, Anja/Krauß, Eva, Digitalisierung und Genossenschaften – Plattformen als Zukunftsmodell der digitalen Ökonomie, Artikel vom 09.04.2019, abrufbar unter: <https://www.wir-leben-genossenschaft.de/de/Digitalisierung-und-Genossenschaften-Plattformen-als-Zukunftsmodell-der-digitalen-Oekonomie-7230.htm>.

11 Genossenschaftsverband – Verband der Regionen, Kleine und mittlere Genossenschaftsbanken sind besonders gefordert - Genossenschaftsverband unterstützt bei der Digitalisierung, Mitteilung vom 07.06.2019, abrufbar unter: <https://www.genossenschaftsverband.de/newsroom/news/aus-dem-verband/kleine-und-mittlere-genossenschaftsbanken-sind-besonders-gefordert/>.

12 Stuska, Torsten, Gedanken zum Retail Banking von Morgen. Null-Zinswelt und digitale Plattformökonomie verändern das Bankgeschäft, Artikel vom 03.09.2019, abrufbar unter: <https://www.der-bank-blog.de/gedanken-retail-banking/retail-banking/37657247/>.

13 Ramic, Marko, Daten statt Papier, BundesBauBlatt 7-8/2017, abrufbar unter: https://www.bundesbaublatt.de/artikel/bbb_Digitaler_Vorreiter_2854970.html.

14 Ramic, Marko, Daten statt Papier, BundesBauBlatt 7-8/2017, abrufbar unter: https://www.bundesbaublatt.de/artikel/bbb_Digitaler_Vorreiter_2854970.html.

die Steuerung von Licht und Fenster ermöglicht werden; außerdem sollen sich die Mieter die Heizkosten anzeigen lassen können. Der Rat des Vorstandsvorsitzenden dieser Wohnungsbaugenossenschaft zum Thema Digitalisierung an seine Kollegen aus der Wohnungswirtschaft fällt pragmatisch aus: „Eigentlich ist es ganz simpel: Man muss einfach loslegen.“¹⁵ Das setzt freilich voraus, dass sich die sehr erheblichen Investitionen am Ende amortisieren werden.

Für den Bereich der *Warengenossenschaften* formulierte der Präsident des Deutschen Raiffeisenverbands (DRV) schon zu Beginn des Jahres 2017 die Forderung nach einer Veränderung der Raiffeisen-Warengenossenschaften.¹⁶ Ausgangspunkt dieser Überlegungen war die Digitalisierung der Produktionsprozesse auf dem Acker, im Stall und im Handelsgeschäft. Die Veränderungen in den kommenden Jahren seien „in ihrer Dynamik und in ihrem Ausmaß noch nicht abzuschätzen“.¹⁷ Der BWGV hat das „Dialogprojekt Handel 2030“ ins Leben gerufen. Dieses Projekt zielt darauf ab, für den stationären Einzelhandel die Offline-Welt und die Online-Welt miteinander zu verzahnen.¹⁸

Die *Gesundheitsmärkte* sind von der Digitalisierung ebenfalls stark betroffen. Zum Jahresbeginn 2019 kündigte die Apobank die Gründung einer Plattform für Dienstleistungen und Produkte für den Gesundheitsmarkt an.¹⁹ Dort würden neue Dienstleistungen abseits des Bankgeschäftes gebündelt. Konkret geht es um das Angebot von Dienstleistungen für die Angehörigen von Heilberufen, damit diese sich künftig stärker auf die eigentliche heilberufliche Tätigkeit fokussieren könnten. Zu diesem Zweck wurde das Kompetenzzentrum ApoHealth errichtet, das Handlungsempfehlungen und praktische Hilfestellungen für die digitale Grundausstattung einer Praxis erstellt habe. Sodann wurde von derselben Bank – gemeinsam mit der Zahnärztlichen Abrechnungsgenossen-

15 Ramic, Marko, Daten statt Papier, BundesBauBlatt 7-8/2017, abrufbar unter: https://www.bundesbaublatt.de/artikel/bbb_Digitaler_Vorreiter_2854970.html.

16 Digitalisierung erfordert neues Geschäftsmodell für Genossenschaften, Artikel vom 12.02.2017, abrufbar unter: https://www.proplanta.de/agrar-nachrichten/agrarwirtschaft/digitalisierung-erfordert-neues-geschaeftsmodell-fuer-genossenschaften_article1486899210.html.

17 Digitalisierung erfordert neues Geschäftsmodell für Genossenschaften, Artikel vom 12.02.2017, abrufbar unter: https://www.proplanta.de/agrar-nachrichten/agrarwirtschaft/digitalisierung-erfordert-neues-geschaeftsmodell-fuer-genossenschaften_article1486899210.html.

18 Roth, Anja/Krauß, Eva, Digitalisierung und Genossenschaften – Plattformen als Zukunftsmodell der digitalen Ökonomie, Artikel vom 09.04.2019, abrufbar unter: <https://www.wirleben-genossenschaft.de/de/Digitalisierung-und-Genossenschaften-Plattformen-als-Zukunftsmodell-der-digitalen-Oekonomie-7230.htm>.

19 Apobank goes Plattformökonomie, Artikel vom 15.01.2019, abrufbar unter: <https://www.apotheke-adhoc.de/nachrichten/detail/markt/apobank-goes-plattformoekonomie-digitale-gesundheitsangebote/>.

schaft – die Zahnpraxis der Zukunft GmbH gegründet. Diese neue Gesellschaft entwickelt ein Modell einer innovativen Zahnarztpraxis, die nach den neuesten Erkenntnissen der Zahnmedizin und Praxisführung organisiert ist und an den Bedürfnissen der Zahnmediziner ausgerichtet ist. Verschiedene andere Unternehmen aus dem Bereich des Apothekenwesens haben sich zu der Initiative „PRO AvO“ (die Abkürzung steht für „PRO Apotheke vor Ort“)geschlossen, um „in einem engen Zusammenspiel mit weiteren Teilnehmern, Verbänden und Apothekern ein Konzept zu erstellen, das den Apothekern die Möglichkeit eines gemeinsamen Standards, sei es als Marktplatz, Plattform oder nur einer speziellen Anwendung gibt“. Mit dem etwas kryptischen Ausdruck der „speziellen Anwendung“ seien Apps sowie eRezept-Angebote gemeint.²⁰

Diese Beispiele verdeutlichen (ohne Anspruch auf Vollständigkeit), dass es kaum einen Bereich der Genossenschaftspraxis gibt, in dem die Digitalisierung derzeit nicht eine herausragende Rolle spielt. Zugleich lässt sich aber auch feststellen, dass diese neuen Angebote – natürlich nicht – durchweg in der Rechtsform der Genossenschaft am Markt auftreten. Vielmehr dürfte die Gründung einer GmbH oder einer UG vielen Kooperationswilligen als der unternehmensrechtliche Königsweg erscheinen. Die Rechtsform der Genossenschaft hat jedenfalls noch Entwicklungspotential, was ihre Tauglichkeit als „Rechtsform für unternehmerische Kooperation“ angeht. Digitalisierung und Plattformökonomie bieten möglicherweise auch die Chance dazu, ein etwas „verstaubtes“ Image der Rechtsform der eG abzulegen.²¹ Zugleich wird deutlich, dass man die erforderliche Digitalisierung nicht immer allein und aus eigener Kraft erbringen kann, sondern dass es dafür hinreichend spezialisierter Partner bedarf, die meist außerhalb des genossenschaftlichen Sektors stehen dürften. Diese Art der Kooperation ist wettbewerbsrechtlich nicht verboten, denn die Privilegierung mittelständischer Unternehmen gemäß § 3 GWB knüpft nicht an die Rechtsform der Genossenschaft an, sondern an die Stellung als kleines oder mittleres Unternehmen, also an die relative Größe gegenüber anderen Akteuren auf demselben sachlichen und geographischen Markt (dazu sogleich).

20 Apobank goes Plattformökonomie, Artikel vom 15.01.2019, abrufbar unter: <https://www.apotheke-adhoc.de/nachrichten/detail/markt/apobank-goes-plattformoekonomie-digitale-gesundheitsangebote/>.

21 Siehe zur Frage der Innovationsfähigkeit von Genossenschaften auch Peter, Marc K./Jungmeister, Alexander, Digitalisierung bei Genossenschaften, ZfG Bd. 67 (2017), S. 133 (150) m.w.N., die darauf hinweisen, dass Genossenschaften aus Sicht der Bevölkerung meist nicht als innovationsfreudig erlebt werden.

3 Rechtliche Analyse – Die genossenschaftliche Kooperation zwischen (vermeintlicher oder tatsächlicher) Privilegierung und Rechtszwang

3.1 Genossenschaften als Normadressaten i.S.d. Kartellrechts

Nahezu jede Form der unternehmerischen Kooperation kann in das Blickfeld der Kartellbehörden geraten, denn werbende Unternehmen, die auf dem relevanten Markt als Anbieter oder Nachfrager auftreten, sind Normadressaten dieses Rechtsgebiets. Das bedeutet, dass sie sich an die in Art. 101 AEUV und § 1 GWB geregelten Kartellverbote und an die Missbrauchsverbote des Art. 102 AEUV bzw. der § 19 ff. GWB halten müssen (letztere gelten allerdings nur für marktmächtige Unternehmen mit einem Marktanteil von 40% oder mehr).

In diesem Beitrag liegt der Fokus auf den Kartellverboten, die zweiseitige Maßnahmen (Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen), d.h. potentiell wettbewerbsbeschränkende kooperative Maßnahmen, betreffen. Der Grund für diese Verbote liegt in dem Selbständigkeitspostulat des Kartellrechts, das besagt, dass jedes Unternehmen selbständig zu bestimmen hat, welche Politik es auf dem kartellrechtlich relevanten Markt zu betreiben gedenkt.²² Dieses Selbständigkeitspostulat steht jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen den Unternehmen mit dem Zweck oder der Folge entgegen, das Marktverhalten des Mitbewerbers zu beeinflussen oder den Mitbewerber über künftiges eigenes Verhalten ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht.²³ Vereinfacht gesagt gilt der Grundsatz: Wenn Du es allein machen kannst, dann mache es auch allein und suche Dir keinen Partner unter den Konkurrenten auf demselben geographi-

²² EuGH v. 16.12.1975 – verb. Rs. 40/73 u.a., Slg. 1975, 1663 Tz. 173/174 – Suiker Unie; EuGH v. 14.7.1981 – Rs. 172/80, Slg. 1981, 2021 Tz. 13 f. – Züchner/Bayerische Vereinsbank; EuGH v. 27.9.1988 – verb. Rss. C-89/85 u.a., Slg. 1993, I-1307 Tz. 63 – Ahlström u.a./Kommission (= Zellstoff); Dreher/Kulka, Kartellrecht, 10. Aufl. 2018, Rn. 872, Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 76 und § 19 Rn. 34.

²³ EuGH v. 16.12.1975 – verb. Rs. 40/73 u.a., Slg. 1975, 1663 Tz. 173/174 – Suiker Unie; EuGH v. 14.7.1981 – Rs. 172/80, Slg. 1981, 2021 Tz. 13 f. – Züchner/Bayerische Vereinsbank; EuGH v. 27.9.1988 – verb. Rss. C-89/85 u.a., Slg. 1993, I-1307 Tz. 63 – Ahlström u.a./Kommission (= Zellstoff); Dreher/Kulka, Kartellrecht, 10. Aufl. 2018, Rn. 837; Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 6 Rn. 76 und § 19 Rn. 34.

schen und sachlichen Markt. Umgekehrt gilt aber auch das Diktum von Friedrich Wilhelm Raiffeisen: Was einer allein nicht schafft, das schaffen viele. Das Kartellrecht steht dieser Denkweise nicht entgegen. Allerdings bezieht sich diese „Privilegierung“ der Zusammenarbeit nicht einzig und allein auf Genossenschaften, sondern sie grundsätzlich für KMU. Deshalb ist zwar der weitverbreitete Begriff des „Genossenschaftsprivilegs“ letztlich verfehlt,²⁴ nicht aber die Idee der zulässigen Kooperation von KMU untereinander (und ggf. sogar mit einem „Großen“), die von diesem Begriff naturgemäß erfasst wird.

Zwischenfazit: Genossenschaften sind Unternehmen und damit Normadressaten des Kartellrechts. Dass sie „anders“ sind als viele andere Unternehmen der Privatwirtschaft führt zu keiner „Generalamnestie“ i.S.v. Bereichsausnahmen von den geltenden wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen. Soweit in (Internet-)Publikationen vereinzelt der Eindruck erweckt wird, dass jede Form der Zusammenarbeit von Genossenschaften ohne weitere rechtliche Analyse zulässig sei oder sein solle, wäre dem zu widersprechen; die (nicht unumstrittene) Praxis des Bundeskartellamtes aus den letzten Jahren (z.B. im Milchsektor²⁵ und bei einer Zweirad-Einkaufs-Genossenschaft²⁶) belegt insoweit ohnehin das Gegenteil.

3.2 Kartellrechtliche Grenzen der Kooperation

§ 3 GWB sieht eine besondere Freistellung vom Kartellverbot für sog. Mittelstandskartelle vor. Dabei handelt es sich um Kooperationen von KMU, die den Zweck haben, wirtschaftliche Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusam-

24 Dieses „Genossenschaftsprivileg“ wird unter anderem an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs festgemacht, siehe EuGH v. 15.12.1994 – Rs. C-250/92, Slg. 1994, I-5641 – Gøttrup-Klim/Dansk Landbrugs Grovvarerelskab zum Verbot der Doppelmitgliedschaft bei mindestens fünfjähriger Mitgliedschaft bei einer landwirtschaftlichen Bezugsgenossenschaft.

25 Siehe dazu Bundeskartellamt, Sachstandspapier Milch-Lieferbedingungen, Meldung vom 13.03.2017, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2017/13_03_2017_Milch.html; Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 09.01.2018 zur Einstellung des Verfahrens gegen die Molkerei DMK, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2018/09_01_2018_Milch_DMK_Einstellung.pdf?__blob=publicationFile&v=3.

26 Bundeskartellamt, Pressemitteilung vom 29.01.2019, Bußgeld gegen Fahrradgroßhändler ZEG wegen vertikaler Preisbindung, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2019/29_01_2019_Fahrrad.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

menarbeit zu rationalisieren.²⁷ Die Vorschrift erfasst jede Art der betrieblichen Zusammenarbeit zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden KMU. Der Zweck dieser Regelung besteht darin, die Wettbewerbsfähigkeit von KMU gegenüber großen Konkurrenten zu verbessern.²⁸ Sie wird daher auch für eine Vielzahl von Genossenschaften praktisch. Die Vorschrift verlangt, dass es sich um „miteinander im Wettbewerb stehende“ Unternehmen handelt.²⁹ Der Gesetzgeber bringt dadurch zum Ausdruck, dass nur sog. *horizontale* Kooperationen erfasst werden sollen. Zulässig sind danach u.a. gemeinsame Beschaffungs- oder Vertriebsseinrichtungen und Vereinbarungen über die Koordination von Aufträgen sowie die Koordination im Bereich von Forschung und Entwicklung.

Die einzelnen Voraussetzungen sind in § 3 Nr. 1 und § 3 Nr. 2 GWB geregelt. Zunächst darf keine „wesentliche Beeinträchtigung“ des Wettbewerbs i.S. des § 3 Nr. 1 GWB gegeben sein. Wann diese Voraussetzungen gegeben sind, ist eine Frage des Einzelfalls. Hierzu sind quantitative Kriterien wie der Marktanteil der betroffenen Unternehmen, die Markttransparenz und etwaige Marktzutrittschranken, aber auch qualitative Kriterien der Wettbewerbsbeschränkung heranzuziehen.³⁰ Die Wesentlichkeit ergibt sich aus einem Zusammenspiel dieser Kriterien. In quantitativer Hinsicht ist die kritische Grenze i.d.R. erreicht, wenn das Kartell einen Marktanteil von 10 bis 15% besitzt.³¹ Hinsichtlich der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichtete Zwecksetzung des GWB sollte ferner untersucht werden, wie die Marktstruktur konkret aussieht und welche Unternehmen auf der Bieterseite stehen.

Gemäß § 3 Nr. 2 GWB muss das Kartell ferner dazu dienen, die Wettbewerbsfähigkeit der kleinen und mittleren Unternehmen zu verbessern. Eine Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen liegt nach

27 Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 200.

28 Siehe die Gesetzesbegründung zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640, S. 28: „Die Unternehmen sollen dadurch Rechtssicherheit erhalten und zu Kooperationen ermuntert werden, die die Wettbewerbschancen von kleinen und mittleren Unternehmen gegenüber großen Unternehmen verbessern.“

29 Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 202.

30 Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 205: Insbesondere ist danach zu fragen, ob wettbewerbsrelevante Parameter wie Preise oder Rabatte oder weniger schwerwiegende Parameter wie Werbung, Forschung und Entwicklung eingeschränkt werden.

31 Näher dazu Merkblatt des BKartA über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen vom 01.03.2007, Tz. 35, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Kooperationsm%C3%B6glichkeiten%20f%C3%BCr%20KMUs.pdf?__blob=publicationFile&v=2: 10 bis 15% Marktanteil bei Ansprachen über Verkaufspreise, Rabatte oder sonstigen Preisbestandteile, ggf. mehr als 15% Marktanteil bei Absprachen über qualitativ weniger bedeutsame Parameter.

Auffassung des BKartA³² unter anderem in den Fällen einer rationelleren Gestaltung der Einkaufs- oder Vertriebsorganisation vor. Obwohl der Wortlaut des Gesetzes das nicht ausdrücklich vorsieht, können sich nach h.M. an einer Rationalisierungsvereinbarung auch „Großunternehmen“ beteiligen,³³ wenn das für die Förderung der Leistungsfähigkeit der kleinen und mittleren Unternehmen erforderlich ist und auf diesen Zweck begrenzt wird.³⁴ Das kommt in Betracht, wenn der Zweck einer Kooperation von KMU ohne die Teilnahme großer Unternehmen nicht oder nicht mit derselben Wirksamkeit erreicht werden kann, wenn etwa ein oder mehrere Klein- oder Mittelbetriebe durch die Vereinbarung mit einem Großunternehmen verbesserte Bezugs- oder Vertriebsmöglichkeiten erhalten.³⁵ In diesen Fällen ist allerdings ein besonderes Augenmerk auf die Prüfung zu richten, ob eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem Markt vorliegt. Die Beteiligung von Großunternehmen ist insbesondere dann verboten, wenn mit ihr darüberhinausgehende Wettbewerbsbeschränkungen verbunden sind, welche die Marktverhältnisse in nicht unerheblichem Umfang zu Gunsten des beteiligten Großunternehmens beeinflussen.³⁶

Sind die genannten Voraussetzungen gegeben, dann gelten kraft gesetzlicher Anordnung die Freistellungsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 GWB als erfüllt. Das bedeutet, dass Mittelstandskartelle quasi automatisch vom Kartellverbot des § 1 GWB freigestellt sind, ohne dass es einer besonderen kartellbehördlichen Freistellungsentscheidung bedürfte. Damit fügt sich § 3 GWB in das zum 1. Mai 2004 von der Europäischen Kommission etablierte System der Legalausnahme ein. Sollten die Voraussetzungen des § 3 GWB nicht erfüllt sein, muss subsidiär die Frage einer Freistellung nach § 2 Abs. 1, 2 GWB i.V.m. Art. 101 Abs. 3 AEUV im Einzelfall im Wege der Selbstbegutachtung durch die betroffenen Unternehmen selbst (bzw. durch von ihnen beauftragte spezia-

32 Merkblatt des BKartA über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen vom 01.03.2007, Tz. 36, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Kooperationsm%C3%B6glichkeiten%20f%C3%BCr%20KMUs.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

33 Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 19 Rn. 201.

34 BGH v. 30.9.1986, WuW/E BGH 2321 – Mischguthersteller; BKartA, TB 1974, S. 74.

35 Merkblatt des BKartA über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen vom 01.03.2007, Tz. 37, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Kooperationsm%C3%B6glichkeiten%20f%C3%BCr%20KMUs.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

36 Merkblatt des BKartA über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen vom 01.03.2007, Tz. 37, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Publikation/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Kooperationsm%C3%B6glichkeiten%20f%C3%BCr%20KMUs.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

lisierte Rechtsanwälte) geprüft werden. Diese Freistellung gelingt vereinfacht gesagt dann, wenn die Vorteile des Kartells dessen Nachteile objektiv überwiegen. Die Feststellung hat im Einzelfall an Hand der in Art. 101 Abs. 3 AEUV geregelten, vier kumulativ zu erfüllenden Kriterien zu erfolgen; auch insoweit gilt das Prinzip der Selbstbegutachtung, was angesichts der diskretionären Spielräume in der genannten Vorschrift kritikwürdig ist (ursprünglich, d.h. ab 1957, war die Vorschrift zu Recht allein für die Anwendung durch die zuständige Kartellbehörde gedacht).

3.3 Kartellrecht und Innovation

Auch jede innovationsgeleitete Wirtschaftstätigkeit unterliegt – dem kartellrechtlichen Universalitätsprinzip folgend – dem o.g. Rechtsrahmen. Das Kartellrecht bewertet die Innovation allerdings als grundsätzlich positiv, etwa im Bereich der F&E-Kooperationen sowie im Bereich des Technologietransfers. Dort wurden auf europäischer Ebene spezielle rechtssichere Freiräume durch sog. Gruppenfreistellungsverordnungen und die zugehörigen Leitlinien der Europäischen Kommission geschaffen, die auch für Mittelstandskooperationen gelten.³⁷ Im Bereich der vertikalen Kooperation gilt die Vertikal-GVO, die derzeit überarbeitet und bis 2022 an das digitale Zeitalter angepasst wird. Es ist allerdings nicht zu erwarten und wäre auch nicht zu begrüßen, wenn deren zentrale Verbotsregeln (z.B. das Verbot der vertikalen Preisbindung in Art. 4 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO) ausschließlich zugunsten von Genossenschaften oder von KMU gelockert würden. Solche Regeln sind nämlich für den Wettbewerb elementar und letztlich unverzichtbar. Von daher war einer früheren Forderung³⁸ des Spitzenverbands der mittelständischen Wirtschaft nach der Freigabe von Preisvereinbarungen und Gebietsabsprachen innerhalb von Verbundgruppen³⁹ zu wi-

³⁷ Merkblatt des BKartA über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen vom 01.03.2007, Tz. 9, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/Shared-Docs/Publication/DE/Merkbl%C3%A4tter/Merkblatt%20-%20Kooperationsm%C3%B6glichkeiten%20f%C3%BCr%20KMUs.pdf?__blob=publicationFile&v=2: „Für Mittelstandskooperationen können hier insbesondere die Spezialisierungs-Gruppenfreistellungsverordnung sowie die Gruppenfreistellungsverordnung zu Forschung und Entwicklung in Betracht kommen.“

³⁸ Pressemitteilung des Zentralverband Gewerblicher Verbundgruppen (ZGV e.V.) Berlin vom 03.04.2011, seinerzeit abgerufen über www.zgv-online.de.

³⁹ Bei *Verbundgruppen* handelt es sich um vertikale Vereinbarungen zwischen einer Wareneinzelhandelsvereinigung und ihren Mitgliedern oder zwischen einer solchen Vereinigung und ihren Anbietern.

dersprechen, denn der Ausschluss des Preiswettbewerbs dient grundsätzlich weder dem Wettbewerb noch den Interessen der Verbraucher.⁴⁰ Nichts anderes kann für Quotenabsprachen gelten,⁴¹ die ebenfalls zu den Erscheinungsformen der besonders wettbewerbsfeindlichen Hardcorekartelle zählen.

4 Schluss

Die gegenwärtige Praxis belegt eindrucksvoll, dass das Thema „Digitalisierung und Plattformökonomie“ bei den Genossenschaften „angekommen“ ist. Es bietet beachtliche Chancen, um die verschiedenen betroffenen Sektoren zukunftsfähig zu machen.⁴² Zugleich ist klargeworden, dass Genossenschaften ggf. mit anderen Unternehmen kooperieren müssen; das betrifft dann ggf. Dienstleister, die selbst nicht in der Rechtsform der Genossenschaft organisiert sind. Der

40 Näher dazu Kling/Thomas, Kartellrecht, 2. Aufl. 2016, § 5 Rn. 243. Zu einer möglichen Ausnahme in den Fällen der „Trittbrettfahrerei“ gemäß dem Leegin-Urteil des U.S. Supreme Court siehe ebenda, § 19 Rn. 139 f. Speziell zu Preisabreden zwischen KMU Merkblatt des BKartA über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen vom 01.03.2007, Tz. 32, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkblatt%20-%20Kooperationsm%C3%B6glichkeiten%20f%C3%BCr%20KMUs.pdf?__blob=publicationFile&v=2 „Bloße Preisabreden sind allerdings in jedem Fall unzulässig, da diese nicht Ergebnis der Verbesserung des innerbetrieblichen Verhältnisses zwischen Aufwand und Ertrag sind. Nur im unmittelbaren inneren Zusammenhang mit einer insgesamt auf Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit ausgerichteten Zusammenarbeit können ausnahmsweise auch Absprachen über Preise oder Preisbestandteile zulässig sein, wenn diese der Rationalisierung dienen. Dies kann insbesondere bei einer Werbe- oder Vertriebsgemeinschaft mittelständischer Unternehmen der Fall sein. Auch die Verpflichtung zum ausschließlichen Vertrieb über eine gemeinsame Verkaufsstelle (sog. Andienungszwang) kann Gegenstand einer Vereinbarung nach § 3 Abs. 1 GWB sein, wenn und soweit damit eine Rationalisierung verbunden ist.“

41 Merkblatt des BKartA über Kooperationsmöglichkeiten für kleinere und mittlere Unternehmen vom 01.03.2007, Tz. 32, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Merkblatt%20-%20Kooperationsm%C3%B6glichkeiten%20f%C3%BCr%20KMUs.pdf?__blob=publicationFile&v=2: „(...) Quotenabsprachen dienen unter diesen Umständen nicht – auch nicht mittelbar – der „Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge“ und können deshalb i. d. R. nicht Gegenstand einer Mittelstandskooperation sein. Dies gilt erst recht in den Fällen, in denen die Quotenregelung mit einer Ausgleichszahlung für den Fall der Überschreitung der Quote verbunden wird.“

42 Siehe dazu auch Peter, Marc K./Jungmeister, Alexander, Digitalisierung bei Genossenschaften, ZfG Bd. 67 (2017), S. 133 (143 ff.).

rechtliche Rahmen für die Kooperation ist günstig, weil das Kartellrecht für den Mittelstand insgesamt – und eben nicht nur Genossenschaften – ein Bedürfnis nach Kooperation anerkennt. Für KMU ist im Einzelfall sogar die Kooperation mit „Großunternehmen“ zulässig. Von daher sollten die geltenden wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen einer verstärkten Kooperation von Genossenschaften im Rahmen einer fortschreitenden Digitalisierung nicht entgegenstehen. Dies gilt vor allem auch für innovative Kooperationsformen.