SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS GIUSEPPE TESAURO
vom 16. Juni 1994 *

Herr Präsident,
meine Herren Richter!

1. Ist eine in die Satzung einer landwirtschaftlichen Warengenossenschaft aufgenommene Bestimmung, nach der die Gesellschaft Mitglieder *ausschließen* kann, die sich an Organisationen beteiligen, die mit dieser Genossenschaft konkurrieren, mit den Wettbewerbsvorschriften des Vertrages vereinbar? Dies ist im wesentlichen die Frage, die im Mittelpunkt des vorliegenden Verfahrens steht.

Sachverhalt

2. Die Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA (Dänische Landwirtschaftliche Waren- und Verwertungsgenossenschaft, nachstehend: DLG) ist eine dänische Genossenschaft, die im Agrarsektor tätig ist. Sie wurde 1969 aufgrund des Zusammenschlusses dreier landwirtschaftlicher Vereinigungen errichtet und beschränkte sich in der ersten Zeit darauf, landwirtschaftliche Produktionsmittel an örtliche Vereinigungen (die auch Genossenschaften waren) zu liefern, die ihrerseits die einzelnen Landwirte im Wege des Einzelverkaufs belieferten. Im Lauf der Jahre wurde die Tätigkeit der DLG immer vielfältiger: Die Geschäftstätigkeit wurde auf den Einzelverkauf ausgedehnt, nicht zuletzt, um entsprechenden Initiativen konkurrierender Gesellschaften, die keine Genossenschaften waren, entgegenzutreten. Außerdem verbreiterte sich nach und nach die Palette der Leistungen, die die DLG ihren Mitglieder anbot; diese umfassen derzeit außer der Lieferung verschiedener Produktionsmittel (Futtermittel, Getreide, Dünger, Pflanzenschutzmittel, Samen usw.) auch die Erbringung einer großen Anzahl damit zusammenhängender Dienstleistungen: Verarbeitung und Vermarktung bestimmter landwirtschaftlicher Erzeugnisse (Getreide), Dienstleistungen im Finanz- und Versicherungsbereich sowie Forschungstätigkeit im Hinblick auf Futtermittel und auf die Qualität und die Resistenz von Pflanzensorten.

Die DLG besteht derzeit aus vier Gruppen von Mitgliedern:

— die A-Mitglieder: einzelne Landwirte (ungefähr 21 000);

— die B-Mitglieder: örtliche landwirtschaftliche Genossenschaften (bis 1988, d. h. bis zu den streitigen Satzungsänderungen, gehörten der DLG 50 örtliche Genossenschaften an; im Anschluß an die Ereignisse, die Gegenstand des Aus-

* Originalsprache: Italienisch.

gangsverfahrens sind, wurden — wie noch im einzelnen dargelegt wird — 37 dieser Genossenschaften aus der DLG ausgeschlossen);

— die C- und D-Mitglieder: andere landwirtschaftliche Organisationen unterschiedlicher Art und mit unterschiedlichen Zielen (Bezugsgenossenschaften, Kapitalgesellschaften, Einrichtungen und Vereinigungen), die sich von denen, die zu den B-Mitgliedern gehören, unterscheiden.

3. Die Landsforening af Andels Grovvareforeninger (Landesverband der landwirtschaftlichen Waren- und Verwertungsgenossenschaften, die sich seit 1991 Landsforeningen af lokale andel nennt, nachstehend: LAG), die 1975 von einigen B-Mitgliedern der DLG gegründet wurde, ist eine nationale Vereinigung, die aus örtlichen landwirtschaftlichen Genossenschaften besteht, die auf den Vertrieb von Produktionsmitteln für die Landwirtschaft spezialisiert sind.

4. Zum besseren Verständnis der Gründe für die Errichtung der LAG sowie der Ereignisse, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind, ist es zweckmäßig, auf einige Punkte der strukturellen Entwicklung des dänischen landwirtschaftlichen Genossenschaftswesens hinzuweisen. Tatsächlich haben sich in den siebziger Jahren zwei verschiedene Tendenzen gezeigt. Zum einen haben sich einige örtliche Vereinigungen von Landwirten, die bereits als B-Mitglieder zur DLG gehörten, durch ihre Eingliederung in die Genossenschaft zusammengeschlossen. Die Anzahl der örtlichen Vereinigungen ist dadurch allmählich um ungefähr die Hälfte gesunken; außerdem ermöglichte, wie bereits ausgeführt, die Eingliederung eines Teils der örtlichen Vereinigungen in die DLG dieser, unmittelbar im Einzelverkauf von landwirtschaftlichen Produktionsmitteln tätig zu werden.

Zum anderen fand im gleichen Zeitraum auch ein Fusionsprozeß zwischen den örtlichen Vereinigungen untereinander statt, wodurch diese eine solche Größe erreichten, daß sie beim Einkauf von Produktionsmitteln immer weniger auf die Einschaltung der DLG angewiesen waren.

Aufgrund dessen entstand eine Situation grundlegender Interessenunterschiede innerhalb des dänischen landwirtschaftlichen Genossenschaftssektors: Zum einen offenbarte sich der Hang der DLG zu einer vollständigen Integration des Vertriebs durch direkte Eingliederung der örtlichen Vereinigungen, zum anderen zeigte sich die Neigung eines bedeutenden Teils der örtlichen Vereinigungen, die nunmehr groß genug waren, um unabhängig auf den Märkten tätig werden zu können, ihre geschäftliche Selbständigkeit zu bewahren, auch wenn sie an ihrer B-Mitgliedschaft in der DLG festhielten.

Ab 1975 (der Zeit, als die Verpflichtung der B-Mitglieder der DLG, sich ausschließlich

von der DLG beliefern zu lassen, aufgehoben wurde) begannen die örtlichen Vereinigungen, selbständig Produktionsmittel bei anderen Lieferanten als der DLG zu kaufen. Zugleich nahm auch der Einfluß der B-Mitglieder auf die Geschäftsführung der DLG ab, da ihre Stimmenzahl nach der Satzung der DLG (Artikel 16 Absatz 3) vom Wert der mit der Gesellschaft getätigten Geschäfte abhängt.

5. Genau in diesem Zusammenhang wurde im Jahre 1975 die LAG von einigen örtlichen Vereinigungen gegründet, die bereits B-Mitglieder der DLG waren und die vollständige Eingliederung in die DLG abgelehnt hatten. Ursprünglich war die LAG ein Berufsverband, der keine kommerzielle Tätigkeit ausübte.

Gleichwohl begann die LAG Mitte der achtziger Jahre mit dem gemeinsamen Einkauf landwirtschaftlicher Produktionsmittel, insbesondere Dünge- und Pflanzenschutzmittel, für Rechnung ihrer Mitglieder. Die Mitglieder der LAG führten für diese Paralleleinkäufe zwei Gründe an: die hohen Verkaufspreise, die die DLG von den örtlichen Vereinigungen fordere, und die immer schärfere Konkurrenz der DLG im Bereich der Einzelverkäufe (d. h. in dem Bereich, in dem die örtlichen Vereinigungen tätig sind).

6. Die von den B-Mitgliedern der DLG durch Vermittlung der LAG getätigten Einkäufe bewirkten eine finanzielle und kommerzielle Schwächung der DLG. Zum einen hatte die Verringerung des Umfangs und des Wertes der von der DLG mit einem Teil ihrer eigenen Mitglieder getätigten Geschäfte einen nachteiligen Einfluß auf die Vermögensstruktur der Gesellschaft, und zum anderen verschlechterten sie sich, da die Einkaufspreise für Dünge- und Pflanzenschutzmittel je nach der verlangten Menge spürbar variieren, durch die Verringerung des Umfangs der von der DLG getätigten Einkäufe die geschäftlichen Konditionen zum Nachteil der Gesellschaft und der übrigen Mitglieder.

7. Infolgedessen beschloß die DLG im Juni 1988, ihre Satzung zu ändern. Insbesondere wurde folgendes bestimmt:

— Für B- und D-Mitglieder ist die Mitgliedschaft oder eine andere Form der Beteiligung an Vereinigungen, Gesellschaften oder anderen Formen der organisierten Zusammenarbeit, die auf der Großhandelsstufe bei Dünge- und Pflanzenschutzmitteln mit der DLG konkurrieren, mit der Mitgliedschaft unvereinbar;

— die Mitglieder, die sich in einer derartigen Situation der Unvereinbarkeit befinden, müssen bis zum 31. Dezember 1988 ihre Beteiligung an Konkurrenzorganisationen der DLG beenden oder aus der DLG austreten;

— die Mitglieder, die sich nach Inkrafttreten der vorgenannten Bestimmungen (am 1. Januar 1989) in einer Situation der Unvereinbarkeit befinden, können durch Beschluß des Vorstands der Gesellschaft aus der DLG ausgeschlossen werden;

— die B- und C-Mitglieder behalten die Möglichkeit, Dünge- und Pflanzenschutzmittel von anderen Lieferanten als der DLG zu beziehen, solange ein solcher anderweitiger Bezug nicht in Form einer organisierten Mitgliedschaft oder Beteiligung an anderen mit der DLG im Wettbewerb stehenden Vereinigungen erfolgt.

Gleichzeitig wurden auch die Bestimmungen über das Austrittsrecht dahin gehend geändert, daß seine Ausübung nach fünf Jahren und nicht mehr erst nach zehn Jahren möglich war.

8. Die genannten Satzungsänderungen wurden sowohl der Kommission als auch den nationalen Kartellbehörden zur Prüfung übermittelt. Die Kommission erließ, nachdem sie die DLG um einige Erläuterungen zur Tragweite der neuen Satzungsbestimmungen gebeten hatte, keine Entscheidung in der Sache (auf eine Frage des Gerichtshofes hat die Kommission geantwortet, sie erwarte den Abschluß des vorliegenden Verfahrens, um gegebenenfalls eine Entscheidung über ein Negativattest zu erlassen).

Die nationalen Kartellbehörden — die dänische Preisüberwachungsstelle (Monopoltilsynet) und die Preisbehörde (Monopolråd) — stellten fest, daß die in Rede stehenden Satzungsänderungen Konsequenzen für den Wettbewerb zwischen der DLG und anderen unabhängigen Wirtschaftsteilnehmern wie der LAG haben könnten, und behielten sich vor, die Entwicklung der betreffenden Märkte weiter zu beobachten; sie verneinten jedoch das Vorliegen von Verstößen gegen die nationalen Wettbewerbsvorschriften. Außerdem ist darauf hinzuweisen, daß die DLG nach dem 31. Dezember 1989 infolge einer Änderung der nationalen Rechtsvorschriften nicht mehr als Unternehmen mit beherrschender Stellung im Sinne der dänischen Wettbewerbsbestimmungen registriert ist.

9. Im März 1989, kurz nach der Mitteilung der von den nationalen Kartellbehörden erlassenen Entscheidungen an die DLG, wurden 37 örtliche Vereinigungen (von 50), die B-Mitglieder der DLG waren und sich geweigert hatten, den neuen Satzungsbestimmungen nachzukommen, die aber auch nicht das ihnen eingeräumte Austrittsrecht ausgeübt hatten, aus der DLG ausgeschlossen.

Auf Beschluß des Vorstands der DLG wurde die gegen sie verhängte Maßnahme allerdings nicht zu den strengeren Bedingungen (Verlust des Anspruchs auf Rückzahlung der Gesellschaftseinlage) wie beim Ausschluß, sondern zu den Bedingungen durchgeführt, die beim Austritt aus der Gesellschaft gelten.

Die Vorabentscheidungsfragen

10. Die ausgeschlossenen Vereinigungen haben vor Gericht die Rechtmäßigkeit der vorgenannten Satzungsänderungen angezweifelt. Die Klägerinnen haben außerdem beantragt, die DLG zum Ersatz der Schäden zu verurteilen, die sie infolge ihres Ausschlusses aus der Genossenschaft erlitten haben.

Das angerufene Gericht hat deshalb beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof siebzehn Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen. Entsprechend dem Schema des Berichterstatters im Sitzungsbericht können die Fragen in fünf Punkte eingeteilt werden:

1) Ist die in Artikel 2 der Verordnung Nr. 26 [1] vorgesehene Ausnahme von der allgemeinen Regelung des Wettbewerbs auf Pflanzenschutzmittel anwendbar, wenn man berücksichtigt, daß diese unter die Richtlinie 91/414/EWG [2] fallen?

2) Stellen die beschriebenen Änderungen der Satzung der DLG eine erhebliche Einschränkung des Wettbewerbs dar, die nach Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages verboten ist, soweit

a) sie bezwecken, das Risiko der Verbreitung von vertraulichen Informationen auszuschalten;

b) sie gegen die Stellungnahme der B-Mitglieder der Genossenschaft beschlossen wurden;

c) die ausgeschlossenen B-Mitglieder mit Genossen gleichgestellt wurden, die ihr Austrittsrecht ausgeübt haben;

d) die ausgeschlossenen B-Mitglieder in der Lage waren, ihre Tätigkeit im Düngemittel- und Pflanzenschutzsektor fortzusetzen, und 1990 insgesamt einen Anteil am dänischen Markt für Produktionsmittel erlangt haben, der dem der DLG entsprach;

e) die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens u. a. geltend gemacht haben, sie hätten einen anteiligen Anspruch auf das unverteilte Vermögen der DLG,

1 — Verordnung (EWG) Nr. 26 des Rates vom 4. April 1962 zur Anwendung bestimmter Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen Erzeugnissen (ABl. 1962, L 30, S. 993).

2 — Richtlinie des Rates vom 15. Juli 1991 über das Inverkehrbringen von Pflanzenschutzmitteln (ABl. 1991, L 230, S. 1).

ohne allerdings ihre Wiederaufnahme in die DLG zu verlangen;

h) die in Rede stehenden Satzungsänderungen den B-Mitgliedern die Befugnis einräumen, Dünge- und Pflanzenschutzmittel sowohl für eigene Rechnung als auch als Einkaufsgemeinschaft zu kaufen, die ad hoc für eine bestimmte Partie Waren gebildet worden ist;

i) die Satzungsänderungen, um die es geht, den B-Mitgliedern die Befugnis einräumten, Dünge- und Pflanzenschutzmittel unter Einschaltung der DLG als Einkaufsbevollmächtigter zu kaufen, ohne daß die DLG dabei Gewinne erzielt;

j) die in Rede stehenden Satzungsänderungen es nicht verbieten, daß örtliche Vereinigungen, die nicht der DLG angehören, bei dieser das gesamte Sortiment der von dieser vertriebenen landwirtschaftlichen Produktionsmittel zu normalen Großhandelsbedingungen kaufen;

k) die in Rede stehenden Satzungsänderungen lediglich Dünge- und Pflanzenschutzmittel betreffen, die ungefähr 15 % des Gesamtumsatzes der DLG ausmachen;

l) die tatsächlichen Angaben, insbesondere zum Vorhandensein und zu den Verkäufen von Ersatzerzeugnissen und zum Umsatz und zu den Marktanteilen der DLG, der LAG und der anderen Konkurrenten dem angerufenen Gericht zur Kenntnis gebracht worden sind oder nicht?

3) Sind die Satzungsänderungen geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 und Artikel 86 zu beeinträchtigen, wenn man berücksichtigt, daß die von der LAG eingekauften Dünge- und Pflanzenschutzmittel teilweise aus Drittländern stammen?

4) Kann das nationale Gericht — ggf. unter welchen Voraussetzungen — Artikel 85 Absatz 3 in einem Fall auslegen und anwenden, in dem die fragliche Vereinbarung der Kommission in der Absicht bekanntgegeben worden ist, ein Negativattest oder eine Freistellung zu erhalten?

5) Kann davon ausgegangen werden, daß die DLG, die 36 % des Marktes für Dünge-

mittel und 32 % des Marktes für Pflanzenschutzmittel innehat, eine beherrschende Stellung auf diesen Märkten einnimmt, und, falls ja, daß sie diese mißbraucht hat, wenn man berücksichtigt, daß sie bis zum Erlaß der Gesetzesänderungen im Januar 1990 gemäß den dänischen Rechtsvorschriften als beherrschendes Unternehmen eingetragen war und daß die dänische Kartellbehörde nach einer Prüfung der Vereinbarkeit der fraglichen Satzungsänderungen mit den nationalen Kartellvorschriften im Jahr 1989 keinen Verstoß gegen diese Vorschriften festgestellt hat?

11. Es ist darauf hinzuweisen, daß weder der Vorlagebeschluß noch die übrigen Verfahrensakten eine genaue und umfassende Beschreibung der Situation auf den fraglichen Märkten enthalten. Zum Zweck der vorliegenden Prüfung — und unbeschadet der späteren Feststellungen, die zu treffen Sache des vorlegenden Gerichts ist — möchte ich mich darauf beschränken, folgende Umstände hervorzuheben.

Der Vertrieb von Dünge- und Pflanzenschutzmitteln macht ungefähr 15 % des Gesamtumsatzes der DLG und der LAG aus.

Zum Zeitpunkt der Satzungsänderungen (1988) hatte die DLG einen Marktanteil am Düngemittelvertrieb von ungefähr 36 %. Die LAG hatte einen Anteil von ungefähr 10 %. Im übrigen war der Markt unter Wirtschaftsteilnehmern aufgeteilt, die keine Genossenschaften waren, und zwar in folgendem Verhältnis: KFK 23 %, Superfos 14 % und andere 17 %. Offensichtlich waren die Anteile am Teilmarkt der Düngemittel NPK (mit hohem Stickstoffgehalt), die den Anforderungen der dänischen Landwirtschaft besonders entsprechen (40 % des Gesamtverbrauchs an Düngemitteln) nicht viel anders verteilt.

Was den Vertrieb von Pflanzenschutzmitteln angeht, ist nur bekannt, daß die DLG 1988 einen Anteil von ungefähr 32 % innehatte.

Schließlich ist daran zu erinnern, daß es der LAG 1990 gelungen war, im Rahmen des Vertriebs von landwirtschaftlichen Produktionsmitteln eine Quote zu erlangen, die der der DLG im wesentlichen entsprach.

1) *Fallen Dünge- und Pflanzenschutzmittel unter die in der Verordnung Nr. 26 vorgesehene Ausnahme?*

12. Nach Artikel 42 des Vertrages findet das Kapitel über die Wettbewerbsregeln auf die

Produktion *landwirtschaftlicher Erzeugnisse* und den Handel mit diesen nur insoweit Anwendung, als der Rat dies bestimmt. Nach Artikel 38 Absatz 1 sind unter landwirtschaftlichen Erzeugnissen die Erzeugnisse des Bodens, der Viehzucht und der Fischerei sowie die mit diesen in unmittelbarem Zusammenhang stehenden Erzeugnisse der ersten Verarbeitungsstufe zu verstehen; Artikel 38 Absatz 3 bestimmt ferner, daß die Erzeugnisse, für die die Artikel 39 bis 46 gelten, in der dem Vertrag als Anhang II beigefügten Liste aufgeführt sind.

Der Rat erließ gemäß Artikel 42 die Verordnung Nr. 26, die unter bestimmten Voraussetzungen die Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 (nicht des Artikels 86) auf Vereinbarungen bezüglich der Produktion der in Anhang II des Vertrages aufgeführten Erzeugnisse und des Handels mit diesen beschränkt.

Zur Tragweite der in der Verordnung Nr. 26 vorgesehenen Ausnahme hat der Gerichtshof festgestellt, daß ein „nicht unter den Anhang II fallende[s] Erzeugnis auch dann nicht unter diese Ausnahme fällt, wenn dieses einen Hilfsstoff für die Herstellung eines anderen Erzeugnisses darstellt, das seinerseits unter diesen Anhang fällt“ [3].

Die Verordnung ist somit stillschweigend *nur* auf die in Anhang II genannten Erzeugnisse anwendbar, zu denen Dünge- und Pflanzenschutzmittel unstreitig *nicht* gehören.

Offensichtlich unerheblich ist auch der — von der DLG erwähnte — Umstand, daß der Rat gemäß Artikel 43 (der Vorschrift, die die Rechtsgrundlage der Handlungen im Bereich der Agrarpolitik bildet) eine Richtlinie über Pflanzenschutzmittel erlassen hat. Denn zum einen kann eine Richtlinie des Rates nicht — und dazu noch stillschweigend — die Tragweite einer Ausnahmeregelung, die eng auszulegen ist und deren Anwendungsgrenzen in Artikel 42 des Vertrages und in den einschlägigen besonderen Bestimmungen der Verordnung Nr. 26 abschließend geregelt sind, ausdehnen. Zum anderen ist nicht ausgeschlossen, daß Artikel 43 inhaltlich eine andere und größere Tragweite eingeräumt werden kann als Artikel 42: Während Artikel 42 eine eng auszulegende Ausnahmebestimmung darstellt, die die Möglichkeit vorsieht, die Erzeugung und den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen von den gemeinsamen Wettbewerbsvorschriften auszunehmen, bildet Artikel 43 die allgemeine Vorschrift, die den Rat ermächtigt, geeignete Handlungen im Bereich der Agrarpolitik zur Erreichung der in Artikel 39 genannten Ziele zu erlassen. Der Rat ist somit durch nichts gehindert, zur Erfüllung der in Artikel 39 aufgeführten Ziele Maßnahmen zu erlassen (wie im übrigen geschehen [4]), die nur Erzeugnisse betreffen, die als Hilfsstoffe oder in anderer Weise der Erzeugung der in Anhang II genannten landwirtschaftlichen Erzeugnisse und dem Handel mit diesen Erzeugnissen dienen.

3 — Urteil vom 25. März 1981 in der Rechtssache 61/80 (Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek, Slg. 1981, 851).

4 — Vgl. Urteil vom 23. Februar 1988 in der Rechtssache 131/86 (Vereinigtes Königreich/Rat, Slg. 1986, 905), in der der Gerichtshof anerkannt hat, daß die Richtlinie 86/113/EWG des Rates, die die Dimension und andere Anforderungen an Käfige für Legehennen (ein Produkt, das eindeutig nicht unter den Anhang II fällt) betraf, in den in Artikel 43 bezeichneten Zuständigkeitsbereich fällt.

2) *Bezwecken oder bewirken die streitigen Satzungsänderungen eine Verfälschung des Wettbewerbs?*

Die vertretenen Thesen und das Schema der nachfolgenden Erörterungen

13. Die Vereinbarkeit der streitigen Bestimmungen mit Artikel 85 Absatz 1 bildet, wie gesagt, die Hauptfrage des vorliegenden Verfahrens. Die dazu vertretenen Thesen lassen sich wie folgt zusammenfassen: Nach Ansicht der DLG ist die „Treue" des Genossen gegenüber der Genossenschaft ein charakteristisches Merkmal dieser gesellschaftlichen Organisationsform und bildet die natürliche Gegenleistung für die Vorteile, die der Genosse aufgrund seiner Mitgliedschaft in einer Gesellschaft mit genossenschaftlicher Zielsetzung hat. Die Aufnahme eines besonderen Ausschlußgrundes für Genossen, die Käufe außerhalb der Genossenschaft tätigten, indem sie sich an Organisationen beteiligten, die mit der Genossenschaft im Wettbewerb stünden, sei somit die folgerichtige Antwort der Gesellschaft auf Handlungen, die ihre finanzielle Solidität und ihre kommerzielle Durchsetzungskraft zu untergraben drohten, und deshalb unter dem Gesichtspunkt des Artikels 85 Absatz 1 völlig unerheblich.

Nach der Auffassung der Klägerinnen des Ausgangsverfahrens enthalten die streitigen Bestimmungen dagegen eine massive und willkürliche Beschränkung der geschäftlichen Handlungsfreiheit des Genossen. Diese Beschränkung, die offensichtlich dazu diene, die bereits starke Stellung der DLG auf dem Markt für den Vertrieb der in Rede stehenden Erzeugnisse zu festigen, verringere den Wettbewerb zwischen der DLG und Dritten noch weiter. Außerdem sei die Freiheit der Mitglieder einer gemeinsamen Einkaufsorganisation — mit oder ohne Genossenschaftscharakter —, in Konkurrenz zu der Organisation unabhängig auf dem Markt tätig zu werden, in der Rechtsprechung des Gerichtshofes und der Praxis der Kommission immer anerkannt und geschützt worden. Insbesondere würden die gemeinsamen Einkaufsorganisationen nach der Rechtsprechung und der Praxis in dem Sinne als mit den Wettbewerbsvorschriften vereinbar angesehen, daß sie nur dann nicht unter Artikel 85 Absatz 1 fielen, wenn den Mitgliedern vollständige geschäftliche Handlungsfreiheit eingeräumt werde [5]; eine begrenzte vertragliche Beschränkung dieser Freiheit könne gegebenenfalls in den Genuß einer Freistellung gemäß Artikel 85 Absatz 3 kommen, falle jedoch grundsätzlich unter Artikel 85 Absatz 1 [6]; dagegen seien Klauseln, die wie die hier streitigen „Treue"klauseln die Möglichkeit unabhängiger Einkäufe ausschlössen, ohne weiteres als verboten anzusehen [7].

5 — Siehe z. B. die Entscheidung SOCEMAS vom 17. Juli 1968 (ABl. L 201, S. 4) und die Entscheidung Intergroup vom 14. Juli 1975 (ABl. L 212, S. 23).

6 — Siehe insbesondere die Entscheidung National Sulphuric Acid Association vom 9. Juli 1980 (ABl. L 260, S. 24), durch die die Kommission einem Einkaufskartell für Schwefel, das aus den wichtigsten britischen Schwefelsäureherstellern bestand (ein Kartell ohne Gewinnzweck, dessen Mitglieder jährlich austreten konnten) eine Freistellung gewährte, und zwar nach einer Prüfung der Auswirkung auf die verschiedenen betroffenen Märkte und unter Berücksichtigung des Umstands, daß die Mitglieder des Kartells eine ausschließliche Beschaffungsverpflichtung nur für 25 % ihres Bedarfs eingegangen waren.

7 — Vgl. die Entscheidung Coöperatieve Stremsel- und Kleuselfabrieken vom 5. Dezember 1979 (ABl. L 51, S. 19), die vom Gerichtshof durch das oben zitierte diesbezügliche Urteil bestätigt wurde, und die Entscheidung Hudson's Bay vom 28. Oktober 1988 (ABl. L 316, S. 43), die vom Gericht erster Instanz durch Urteil vom 2. Juli 1992 in der Rechtssache T-61/89 (Dansk Pelsdyravlerforening, Slg. 1992, II-1931) bestätigt wurde. In beiden Fällen ging es um „Treue"klauseln, die von Mitgliedern landwirtschaftlicher Genossenschaften unterschrieben worden waren.

Die Kommission räumt ihrerseits ein, daß die streitigen Bestimmungen bezweckten, die Mitglieder der Genossenschaft von der Beteiligung an Konkurrenzorganisationen abzuhalten, und daß sie deshalb geeignet seien, den Wettbewerb zwischen der DLG und Dritten zu beschränken. Es handele sich jedoch um keine spürbare Beschränkung, so daß sie mit Artikel 85 Absatz 1 nicht unvereinbar seien. Die Kommission gibt in ihren — wirklich sehr knappen — Erklärungen allerdings nicht die Kriterien an, die einen zu diesem Ergebnis führen könnten.

Die Argumentation der Parteien zeigt, daß in der vorliegenden Rechtssache zwei einander widersprechende Interessen sich gegenüberstehen: zum einen das Interesse der Gesellschaft und ihrer „treuen" Mitglieder, sich vor Mitgliedern zu schützen, deren Verhalten objektiv im Widerspruch zu dem Zweck steht, zu dem die Gesellschaft gegründet wurde; zum anderen das Interesse der Mitglieder, soweit wie möglich ihre Autonomie zu bewahren und sich folglich die Möglichkeit vorzubehalten, sich an mit der Genossenschaft konkurrierende Organisationen zu wenden oder sich an ihnen zu beteiligen.

Ich möchte sogleich darauf hinweisen, daß die Verwaltungs- und Rechtsprechungspraxis, die die Klägerinnen genau und erschöpfend zusammengefaßt haben, zumindest auf den ersten Blick dem zweiten Interesse Vorrang vor dem ersten zu gewähren scheint. Bei näherem Hinsehen zeichnet sich jedoch ein anderes Ergebnis ab. Meines Erachtens kann man nämlich die Auffassung vertreten, daß einer Einkaufsgenossenschaft, die als solche den Erfordernissen des Schutzes des Wettbewerbs genügt, auch die Möglichkeit zugestanden werden muß, festzulegen, ob und wie sie sich gegen Verhaltensweisen von Mitgliedern schützen will, die als mit dem gemeinsamen Interesse unvereinbar angesehen werden, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil davon ausgegangen werden kann, daß die Teilnahme eines einzelnen an irgendeiner Form einer organisierten wirtschaftlichen Einheit eine gewisse Beschränkung seiner Autonomie *einschließt*. Der Schutz des gemeinsamen Interesses kann jedoch nicht uneingeschränkt gelten: Bei Vorliegen *bestimmter* rechtlicher oder tatsächlicher *Umstände* kann sich der Schutz der Autonomie des einzelnen als unverzichtbar erweisen, um das Entstehen von Situationen zu vermeiden, die das ordnungsgemäße Funktionieren des Marktes beeinträchtigen.

Unter diesem Blickwinkel werde ich bei meiner Prüfung auf folgende Punkte eingehen:

— die vom Gerichtshof für die Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 aufgestellten Kriterien;

— die Vereinbarkeit einer landwirtschaftlichen Bezugsgenossenschaft wie der DLG mit den Erfordernissen des Schutzes des Wettbewerbs;

— die Gründe, aus denen die streitigen Bestimmungen keinen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 wettbewerbsfeindlichen *Zweck* verfolgen;

— die Umstände, unter denen die streitigen Bestimmungen wettbewerbsfeindliche *Wirkungen* im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 haben könnten.

Die vom Gerichtshof für die Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 aufgestellten Kriterien

14. Artikel 85 Absatz 1 verbietet Vereinbarungen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken.

15. Zu Sinn und Zweck dieser Vorschrift hat der Gerichtshof ausgeführt, daß die Erfordernisse des Schutzes des Wettbewerbs, die diese Vorschrift erfüllen will, nicht abstrakt, sondern im Hinblick auf den konkreten Zusammenhang zu definieren sind, in den sich das Verhalten des Unternehmens einfügt. Der in den Artikeln 3 und 85 des Vertrages geforderte unverfälschte Wettbewerb setzt nämlich das Vorhandensein eines wirksamen Wettbewerbs (*workable competition*) auf dem Markt voraus; es muß also soviel Wettbewerb vorhanden sein, daß die grundlegenden Forderungen des Vertrages erfüllt und seine Ziele, insbesondere die Bildung eines einzigen Marktes mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen, erreicht werden. Dies läßt zu, daß Art und Intensität des Wettbewerbs je nach den in Betracht kommenden Waren oder Dienstleistungen und der wirtschaftlichen Struktur des betroffenen Marktsektors verschieden sein können [8].

16. Im übrigen muß nach ständiger Rechtsprechung bei der Prüfung, ob eine bestimmte Vereinbarung unter das in Artikel 85 Absatz 1 ausgesprochene Verbot fällt, die Untersuchung in zwei Schritten erfolgen [9].

In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob die Vereinbarung nach ihrem *Zweck* eine Beschränkung des Wettbewerbs zum Inhalt hat. Dazu ist es unerläßlich, die mit der Vereinbarung verfolgten Ziele in dem wirtschaftlichen Zusammenhang zu untersuchen, in dem sie angewendet werden sollen [10]. Wenn die Vereinbarung bezweckt, den Wettbewerb im Sinne von Artikel 85 Absatz 1 zu beschränken, ist sie ohne weiteres als verboten anzusehen, ohne daß es notwendig wäre, ihre Wirkungen zu prüfen [11].

8 — Urteil vom 25. Oktober 1977 in der Rechtssache 26/76 (Metro, Slg. 1977, 1875).

9 — Urteil vom 30. Juni 1966 in der Rechtssache 56/65 (Technique Minière, Slg. 1966, 282) und Urteil vom 28. Februar 1991 in der Rechtssache C-234/89 (Delimitis, Slg. 1991, I-935).

10 — Urteil vom 28. März 1984 in den verbundenen Rechtssachen 29/83 und 30/83 (CRAM, Slg. 1984, 1679).

11 — Urteil vom 27. Januar 1987 in der Rechtssache 45/85 (Verband der Sachversicherer, Slg. 1987, 405).

Wenn der Zweck nicht wettbewerbswidrig ist, muß in einem zweiten Schritt geprüft werden, welche *Wirkungen* die Vereinbarung *im konkreten Fall* möglicherweise auf den Wettbewerb hat. In diesem Fall ist die Vereinbarung als verboten anzusehen, wenn sich herausstellt, daß sie geeignet ist, den Wettbewerb *spürbar* zu beeinträchtigen [12]. Außerdem möchte ich daran erinnern, daß das allgemeine Kriterium bei der Prüfung, ob eine Vereinbarung eine Einschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt, darin besteht, zu untersuchen, wie sich der Wettbewerb auf dem fraglichen Markt ohne diese Vereinbarung abgespielt hätte [13].

Nach diesem Prüfungsschema werden als wegen ihres Zwecks verboten die Vereinbarungen angesehen, die objektiv und abstrakt keine andere Funktion haben als die, die Freiheit des Wettbewerbs zwischen den Partnern oder zwischen den Partnern und dritten Konkurrenten auf eine Weise zu beschränken, die als mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar gilt. Zu denken ist z. B. an ein Kartell, das eine Abschottung der Märkte vornimmt, die Produktion kontingentiert oder die Verkaufspreise festlegt, oder an eine Klausel in einem Vertriebsvertrag, die die Einfuhren oder Ausfuhren des Vertragserzeugnisses innerhalb des Gemeinsamen Marktes verbietet oder die Wiederverkaufspreise für das Erzeugnis vorschreibt.

Dagegen ist davon auszugehen, daß Vereinbarungen, die geeignet sind, eine umfassendere Funktion zu erfüllen, keinen wettbewerbswidrigen Zweck haben. Dies gilt für Bestimmungen, die wesentlicher Bestandteil eines bestimmten Vertrages sind und auf diese Weise dazu beitragen, die Grundlage und das Gleichgewicht der rechtlichen Beziehungen zwischen den Parteien festzulegen. In der Tat muß nach der ziemlich klaren Ausrichtung der Rechtsprechung für die Feststellung, ob eine bestimmte Klausel einen wettbewerbswidrigen Zweck im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 hat, deren Funktion im Rahmen der vertraglichen Beziehungen, in die sie sich einfügt, berücksichtigt werden. Unter diesem Blickwinkel verneint der Gerichtshof normalerweise einen wettbewerbswidrigen Zweck bei Bestimmungen, die grundsätzlich *notwendig* sind, damit ein Vertrag, der als solcher den Wettbewerb nicht beeinträchtigt, die ihn kennzeichnende rechtliche und wirtschaftliche Funktion vollständig erfüllen kann. Der Gerichtshof hat z. B. angenommen, daß folgende Bestimmungen nicht aufgrund ihres Zwecks gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßen (natürlich unter dem Vorbehalt, daß sie nicht aufgrund besonderer Umstände wettbewerbswidrige Wirkungen haben):

— die Vereinbarung eines Wettbewerbsverbots in einem Kaufvertrag über ein Unternehmen (ein Vertrag, der nach Auffassung des Gerichtshofes als solcher das Funktionieren des Marktes dynamisiert), da dieses Verbot, sofern seine Geltungsdauer nicht unverhältnismäßig ist, als für die Gewähr einer effektiven Unternehmensübertragung notwendig angesehen werden kann [14];

12 — Urteil Technique Minière, a. a. O.
13 — Urteil Technique Minière, a. a. O.
14 — Urteil vom 11. Juni 1985 in der Rechtssache 42/84 (Remia/Kommission, Slg. 1985, 2545).

— die Alleinbezugsklausel und die Bestimmung über den Wettbewerbsverzicht in einem Franchisevertrag, soweit sie notwendig sind, damit der Vertrag seine typische Funktion vollständig erfüllen kann [15];

— die Nichtangriffsabrede in einem Vertrag über eine (kostenlose) Patentlizenz, wenn sie — wie sich aus den Schlußanträgen des Generalanwalts ergibt — „für die Ausgewogenheit eines Lizenzvertrags von ausschlaggebender Bedeutung ist, dessen Zweck oder dessen Wirkungen sich im konkreten Fall nicht als wettbewerbsbeschränkend erweisen" [16];

— die Alleinbezugsbindung in einem Bierlieferungsvertrag, sofern sie dieser Form der Zusammenarbeit zwischen dem Wiederverkäufer und dem Lieferanten eigen ist, die auf dem gemeinsamen Interesse an der Förderung des Absatzes des Erzeugnisses beruht, die diese besondere Vertragsart kennzeichnet [17].

Andererseits bedeutet, wie bereits ausgeführt, der Umstand, daß eine Vereinbarung keinen wettbewerbswidrigen Zweck hat, nicht, daß sie angesichts des besonderen wirtschaftlichen Zusammenhangs, in dem sie gelten soll, nicht geeignet wäre, *Wirkungen* hervorzurufen, die mit dem ordnungsgemäßen Funktionieren des Wettbewerbs im Gemeinsamen Markt unvereinbar sind. Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, daß eine Vereinbarung, die keinen wettbewerbswidrigen Zweck hat, in einer bestimmten Marktsituation als mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar angesehen werden kann, während dieselbe Vereinbarung in einer anderen Marktsituation als den Erfordernissen des Schutzes des Wettbewerbs genügend anzusehen ist. Im Rahmen dieser Prüfung werden insbesondere der (aktuelle und potentielle) Umfang des Wettbewerbs, der unabhängig von der in Rede stehenden Vereinbarung auf dem fraglichen Markt oder den fraglichen Märkten herrscht, sowie der Umstand zu berücksichtigen sein, ob diese Vereinbarung spürbar zu einer weiteren Einschränkung des Wettbewerbs auf diesem Markt oder diesen Märkten beiträgt [18].

Alles in allem unterscheiden sich also die Prüfung des Zwecks und die Prüfung der Wirkung deutlich voneinander [19]. Im Rahmen der ersteren wird abstrakt die objektive Funktion einer gegebenen Bestimmung in dem vertraglichen Zusammenhang, in den sie sich einfügt, geprüft. Mit der zweiten Prüfung soll dagegen festgestellt werden, ob eine Vereinbarung, die keinen wettbewerbswidrigen Zweck hat, gleichwohl im konkreten Fall geeignet ist, aufgrund der besonderen Situation des Marktes, in der sie angewandt wird,

15 — Urteil vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 161/84 (Pronuptia, Slg. 1986, 353).

16 — Urteil vom 27. September 1988 in der Rechtssache 65/86 (Bayer, Slg. 1988, 5249).

17 — Urteil Delimitis (a. a. O.).

18 — Siehe insbesondere Urteil Delimitis (a. a. O.).

19 — Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß diese Unterscheidung normalerweise nicht von der Kommission getroffen wird, die in ihren Entscheidungen gewöhnlich eine umfassende Würdigung vornimmt, nach deren Abschluß sie lediglich feststellt, daß eine bestimmte Vereinbarung Artikel 85 Absatz 1 verletzt oder nicht verletzt. In der Rechtsprechung wird diese Unterscheidung jedoch deutlich bestätigt, zumindest im Prinzip. Weniger deutlich erscheint jedoch die Anwendung des Prinzips. Ein deutliches Beispiel — vielleicht das deutlichste — für die Anwendung des auf der Unterscheidung zwischen Zweck und Wirkung beruhenden Prüfungsschemas bildet das mehrfach zitierte Urteil Delimitis.

den Wettbewerb im Gemeinsamen Markt spürbar zu beeinträchtigen.

Ich möchte schließlich daran erinnern, daß die Einschränkungen des Wettbewerbs, die sich möglicherweise aus den Bestimmungen ergeben, die die Beziehungen zwischen einer Genossenschaft und ihren Mitgliedern regeln, unter die Artikel 85 ff. fallen [20].

Die Vereinbarkeit einer landwirtschaftlichen Bezugsgenossenschaft wie der DLG mit den Erfordernissen des Schutzes des Wettbewerbs

17. Wenden wir nun das soeben dargestellte Prüfungsmodell auf den vorliegenden Fall an. Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß die streitigen Satzungsbestimmungen Teil der Satzung einer landwirtschaftlichen Genossenschaft sind, die u. a. die Aufgabe hat, landwirtschaftliche Produktionsmittel (darunter namentlich Dünge- und Pflanzenschutzmittel) zu kaufen und an ihre Mitglieder zu verteilen.

In diesem Zusammenhang sehen die streitigen Bestimmungen einen besonderen Ausschlußgrund für bestimmte Kategorien von Mitgliedern vor, die beschließen, sich zu organisieren und bei fremden Organisationen einzukaufen, die mit der Genossenschaft im Wettbewerb stehen [21].

18. Dem ist hinzuzufügen, daß die Gründung einer Bezugsgenossenschaft wie der DLG eine Form der Zusammenarbeit zwischen Unternehmen (oder Unternehmensvereinigungen) verwirklicht, die den typischen Anforderungen des Landwirtschaftssektors entspricht und aus diesem Grunde sowohl vom nationalen Gesetzgeber als auch von den Gemeinschaftsbehörden mit Wohlwollen gesehen wird. Diese Art der Zusammenarbeit bei den Einkäufen fördert die Durchsetzungskraft der Unternehmen und damit die *workable*

20 — Siehe die Urteile Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek (a. a. O.) und Dansk Pelsdyravlerforening (a. a. O.).

21 — Es ist darauf hinzuweisen, daß die streitigen Klauseln, die einen besonderen Ausschlußgrund für Mitglieder vorsehen, die Waren (Dünge- und Pflanzenschutzmittel) über ihre Beteiligung an Vereinigungen beziehen, die mit der Genossenschaft konkurrieren, sich von Klauseln wie dem Wettbewerbsverzicht oder der Alleinbezugsverpflichtung (eine Alleinbezugsverpflichtung war, wie gesagt, in der Satzung der DLG seit 1975 vorgesehen) insoweit unterscheiden, als sie, anders als die letztgenannten, nicht eine besondere *Verpflichtung*, etwas zu tun oder nicht zu tun, zum Inhalt haben (eine Verpflichtung, die im Fall der Zuwiderhandlung nicht nur im Wege der Unterlassungsklage, sondern auch durch eine Klage aus vertraglicher Haftung gegen das zuwiderhandelnde Mitglied durchgesetzt werden könnte). Dieser Unterschied ist jedoch von geringer Bedeutung für die Praxis. In den Genossenschaften wird die Verletzung der Verpflichtungen des Genossen, insbesondere derjenigen, die allgemein als „Treue"pflichten des Genossen gegenüber der Genossenschaft definiert werden können (Wettbewerbsverzicht, Alleinbezug, Alleinvertrieb) normalerweise (über andere Maßnahmen hinaus) durch den Ausschluß des betreffenden Genossen sanktioniert, der in aller Regel nachteilige finanzielle Folgen für diesen hat. So läuft es praktisch auf dasselbe hinaus, ob die Gesellschaft nun eine besondere „Treue"pflicht des Genossen vorsieht, deren Verletzung zum Ausschluß führt, oder ob sie keine solche Verpflichtung vorsieht, sich jedoch die Möglichkeit vorbehält, die „untreuen" Genossen auszuschließen: In beiden Fällen stellt sich der Ausschluß als Sanktion von Verhaltensweisen dar, die durch die Satzung als mit den Interessen der Gesellschaft und der Genossen insgesamt unvereinbar qualifiziert werden.
Im übrigen hat die DLG in Beantwortung einer Frage der Kommission ausdrücklich bestätigt, daß der Zweck der streitigen Klausel genau darin bestand, die Genossen (die B-Mitglieder) davon abzuhalten, sich an Organisationen zu beteiligen, die mit der Genossenschaft konkurrieren. Funktional gesehen ist somit unstreitig, daß die in Rede stehenden Klauseln dazu bestimmt waren, das Ziel der „Treue" zu verfolgen, das auch die Klauseln kennzeichnet, die ein Wettbewerbsverbot oder einen Alleinbezug vorschreiben.

competition zwischen diesen im Sinne des zitierten Metro-Urteils.

Die Genossenschaft kann nämlich durch gemeinsame Einkäufe von landwirtschaftlichen Produktionsmitteln gegenüber der Vertragsgestaltungsmacht der Hersteller/Lieferanten insbesondere in bestimmten Bereichen ein Gegengewicht bilden. Dies gilt namentlich in Bereichen wie dem der Dünge- und Pflanzenschutzmittel, bei denen sich die Produktion weltweit in der Hand einer relativ begrenzten Anzahl von Unternehmen konzentriert und feststeht, daß die Verkaufspreise je nach der Höhe der Nachfrage erheblich variieren können. Unter diesen Umständen stellt die Gründung einer Bezugsgenossenschaft die natürliche Antwort auf die Vertragsgestaltungsmacht der Anbieterseite dar, da sie die geschäftlichen Konditionen zugunsten der Nachfrageseite verbessert.

Auch ist aufgrund des Genossenschaftscharakters davon auszugehen, daß die von der Genossenschaft beim Einkauf der Produktionsmittel erzielten Zugeständnisse normalerweise vollständig an die einzelnen Genossen weitergegeben werden, sei es in Form von Herabsetzungen der Verkaufspreise, sei es in Form der Verteilung der Gewinne oder der aus einem anderen Grund zum Abschluß des Geschäftsjahres verteilten Beträge.

Zum anderen ist keinesfalls zu befürchten, daß die Zusammenarbeit beim Einkauf von Produktionsmitteln in diesem Bereich zu einer tatsächlichen Einschränkung des Wettbewerbs in den Beziehungen zwischen den Genossen und der Genossenschaft führen kann. Tatsächlich wird der Markt für Dünge- und Pflanzenschutzmittel, wie bereits ausgeführt, weltweit von einem kleinen Kreis von Produzenten beherrscht, denen gegenüber sich die einzelnen Landwirte oder auch die örtlichen landwirtschaftlichen Vereinigungen in einer Situation der *„angeborenen vertraglichen Schwäche"* befinden. Wenn es keine Bezugsgenossenschaften von beachtlicher Größe wie die DLG gäbe, müßten die Landwirte oder die örtlichen Vereinigungen nämlich die Entscheidungen der Produzenten oder der unabhängigen Händler *hinnehmen*; ohne die Vermittlung der Genossenschaft müßten sie im Durchschnitt höhere Einkaufspreise tragen, ohne andererseits eine tatsächliche Möglichkeit zu haben, beim Bezug der in Rede stehenden Erzeugnisse stärker miteinander zu konkurrieren.

Ich komme somit in diesem Punkt zu dem Ergebnis, daß die Gründung einer Bezugsgenossenschaft den spezifischen Erfordernissen des Landwirtschaftssektors entspricht und in diesem Sektor dazu beiträgt, sowohl den Vertrieb der Produktionsmittel als auch die landwirtschaftliche Produktionstätigkeit selbst wirksamer zu gestalten, ohne andererseits die Gefahr einer tatsächlichen Verringerung des Wettbewerbs (im Sinne des Metro-Urteils als „workable competition" verstanden) zwischen den Unternehmen (oder Unternehmensvereinigungen), die an den gemeinsamen Einkäufen teilnehmen, heraufzubeschwören.

Zum Zweck der streitigen Klauseln im Verhältnis zu Artikel 85 Absatz 1

19. Sodann ist darauf hinzuweisen, daß die Aufnahme von Bestimmungen in die Satzung einer landwirtschaftlichen Bezugsgenossenschaft, wonach diejenigen Mitglieder ausgeschlossen werden, die außerhalb der Genossenschaft und in Konkurrenz zu dieser einkaufen, grundsätzlich *mit dem Erfordernis, die ordnungsgemäße Arbeit der Gesellschaft sicherzustellen, vereinbar ist.*

Es besteht nämlich die Gefahr, daß der Zweck der Zusammenarbeit bei den Einkäufen, d. h. die den Genossen garantierte Gelegenheit, unabhängig von ihrer Kapitaleinlage in den Genuß niedrigerer Einkaufspreise zu kommen, dadurch beeinträchtigt wird, daß einzelne Genossen außerhalb der Gemeinschaft und in Konkurrenz zu ihr auf eigene Rechnung tätig werden. Ein derartiges Verhalten schwächt zunächst die finanzielle Struktur der Gesellschaft, da die Genossenschaft Geschäfte ausschließlich oder hauptsächlich mit den Genossen und nicht mit Dritten tätigt, was dazu führt, daß ihr Umsatz vom Volumen der zwischen den Genossen und der Gesellschaft getätigten Geschäfte und damit von der mehr oder minder ausgeprägten „Treue" der Genossen gegenüber der Gesellschaft abhängt. Außerdem verschlechtert ein solches Verhalten, das die geschäftliche Grundlage der Gesellschaft zerstört, die Bezugsbedingungen, von denen diese auf den Märkten profitieren kann, was besonders bei Erzeugnissen, deren Preis je nach dem Umfang der Bestellungen erheblich variiert, zu einer Erhöhung der Kosten für die Genossenschaft und mittelbar für die Genossen führt, die weiterhin Waren von der Genossenschaft beziehen. Hier besteht ein offener Widerspruch zwischen der Mitgliedschaft in einer Bezugsgenossenschaft und der zeitweiligen Teilnahme an konkurrierenden Einkaufsorganisationen.

So gesehen bezwecken die streitigen Bestimmungen ausschließlich, daß die Gesellschaft sich auf eine möglichst breite kommerzielle Grundlage stützen und auf diese Weise die genossenschaftliche Funktion, zu deren Erfüllung sie gegründet wurde, möglichst wirksam wahrnehmen kann. Sie sollen somit ganz einfach verhindern, daß ein Genosse einerseits Mitglied der Genossenschaft sein und in den Genuß der Leistungen kommen kann, die er am nützlichsten findet, und andererseits Verhaltensweisen an den Tag legen (unabhängige Einkäufe tätigen) kann, die eindeutig im Widerspruch zu den Zielen (Vornahme gemeinsamer Einkäufe) stehen, zu deren Erfüllung die Gesellschaft gegründet wurde.

Es ist also festzuhalten, daß die streitigen Bestimmungen, die den Ausschluß des Genossen vorsehen, der sich an mit der Genossenschaft im Wettbewerb stehenden Organisationen beteiligt, auch wenn sie eindeutig eine Einschränkung der Handlungsfreiheit des Genossen enthalten, eine *normale Form des satzungsmäßigen Schutzes in Fällen von Interessenkonflikten* bilden und deshalb keinen wettbewerbswidrigen Zweck im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 verfolgen. Dies ist übrigens der Grund, aus dem derartige Ausschlußklauseln oder andere Bestimmungen (Wettbewerbsverbote oder ausschließliche Bezugsverpflichtungen), die die „Treue" der Genossen gewährleisten sollen, normalerweise in den Satzungen von Gesell-

schaften enthalten (oder in manchen Fällen sogar gesetzlich vorgeschrieben) sind [22].

20. Eine andere Lösung würde im übrigen zu eindeutig absurden Ergebnissen führen. Würden die streitigen Bestimmungen nämlich einen wettbewerbswidrigen *Zweck* verfolgen, so müßte daraus zwangsläufig geschlossen werden, daß jeder Genosse nach Artikel 85 Absatz 1 einen *Anspruch* darauf hätte, nicht aus einer Bezugsgenossenschaft ausgeschlossen zu werden, auch wenn er sich gleichzeitig an konkurrierenden Einkaufsorganisationen beteiligt, d. h., daß der Genosse einen wirklichen eigenen Anspruch darauf hätte, Mitglied zu bleiben, obwohl er ein für die Interessen der Gesellschaft selbst und der übrigen Genossen schädliches Verhalten an den Tag legt. Mit anderen Worten würde Artikel 85 Absatz 1 einen fast absoluten Schutz (außer wenn die Voraussetzungen für eine Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 erfüllt sind) der geschäftlichen Handlungsfreiheit des Genossen zum Schaden des ordnungsgemäßen Funktionierens der Gesellschaft garantieren. Diese Auslegung gibt eindeutig dem Einzelinteresse des Genossen Vorrang vor dem Interesse der Gesellschaft und läßt diese im Hinblick auf Verhaltensweisen des Genossen, die das Gleichgewicht zwischen den beiden zerstören, schutzlos: Es handelt sich somit um eine Auslegung, die zu dem *Wohlwollen*, das die Rechtsordnung dem Genossenschaftswesen (insbesondere im Agrarsektor) stets entgegengebracht hat, in offenem Widerspruch steht.

Die rechtlichen und tatsächlichen Umstände, unter denen die umstrittenen Bestimmungen wettbewerbswidrige Wirkungen haben könnten

21. Im Anschluß daran ist zu prüfen, ob die streitigen Bestimmungen nicht wegen besonderer rechtlicher oder tatsächlicher Umstände wettbewerbswidrige *Wirkungen* haben, die mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind.

22. Dazu ist erstens zu untersuchen, ob die Mitglieder der Genossenschaft die Möglichkeit haben, in vernünftigen Zeitabständen aus der Genossenschaft *auszutreten*. Andernfalls wären die Genossen zum einen gezwungen, sehr lange Zeiträume in der Genossenschaft zu bleiben, und zum anderen wäre ihnen während der gesamten Dauer des Gesellschaftsverhältnisses die Möglichkeit genommen, sich an konkurrierende Wirtschaftsteilnehmer zu wenden oder konkurrierende Organisationen zu gründen. Diese doppelte Bindung (die unverhältnismäßig lange Dauer des Gesellschaftsverhältnisses und die Verpflichtung zu genossenschaftlicher „Treue" während der gesamten Dauer des Verhältnisses) würde dem Genossen jede wirkliche Handlungsfreiheit nehmen, da sie mittelbar einen wirksamen Wettbewerb Drit-

22 — Diese Lösung scheint mir im übrigen im Einklang mit den Anweisungen zu stehen, die die Kommission in ihrer kürzlich erlassenen *Bekanntmachung über die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 85 des EWG-Vertrags* (ABl. 1993, C 43, S. 2) erteilt hat. Da ein Gemeinschaftsunternehmen (*joint venture*) meines Erachtens auch die Form einer Genossenschaft annehmen kann, deren Mitglieder Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen sind (mit den Worten der Kommission: „die Beurteilung kooperativer Gemeinschaftsunternehmen nach Artikel 85 Absätze 1 und 3 hängt nicht von der Rechtsform ab, welche die Gründer für ihre Zusammenarbeit gewählt haben"), ist darauf hinzuweisen, daß es nach der Kommission nicht ausgeschlossen ist, daß zumindest bei Vorliegen bestimmter Umstände (die die in Nr. 17 der vorliegenden Schlußanträge beschriebenen sein könnten), ein Einkaufs-Joint Venture konkurrierender Unternehmen dem Anwendungsbereich des Artikels 85 Absatz 1 entzogen sein könnte (siehe insbesondere Nr. 39 der *Bekanntmachung*). In diesem Fall müßte eine Klausel von der hier streitigen Art als bloße „akzessorische Beschränkung" (*ancillary restraint*) anzusehen sein, d. h. als eine Beschränkung, die „mit der ... Tätigkeit des gemeinsamen Unternehmens unmittelbar verbunden und für diese notwendig" ist (vgl. Punkte 65 ff. der *Bekanntmachung*) und als solche nicht unter Artikel 85 Absatz 1 fällt.

ter mit der Genossenschaft verhindert. Deshalb erscheint es mir zur Vermeidung einer übermäßigen *Starrheit* des Marktes und in Übereinstimmung mit einigen in der Praxis der Kommission [23] und des Gerichtshofes [24] herangezogenen Kriterien absolut unerläßlich, daß den Genossen zumindest in den Fällen von „Treue"klauseln der hier streitigen Art gleichzeitig die Möglichkeit eingeräumt wird, in angemessenen Zeitabständen aus der Gesellschaft auszutreten; die Zeitabstände müßten um so kürzer sein, je geringer die Intensität des Wettbewerbs zwischen der betreffenden Gesellschaft und Dritten ist.

Aus ähnlichen Gründen ist auch eine Satzungsbestimmung, die eindeutig völlig unverhältnismäßige Sanktionen im Falle eines Ausschlusses eines Genossen wegen Verletzung seiner Treuepflicht vorsieht, als mit Artikel 85 Absatz 1 unvereinbar anzusehen. Im vorliegenden Fall ist übrigens der Ausschluß aus der DLG entsprechend den allgemeinen Rechtsvorschriften sanktioniert worden; darüber hinaus hat die DLG, wie bereits ausgeführt, darauf verzichtet, diese Sanktionen auf die ausgeschlossenen B-Mitglieder anzuwenden, da sie diese den Mitgliedern gleichgestellt hat, die ihr Austrittsrecht ausgeübt haben.

Im vorliegenden Fall erscheint mir bedeutsam, daß die DLG gleichzeitig mit der Entscheidung über die Einführung der streitigen Satzungsbestimmungen beschlossen hat, die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses von zehn Jahren auf fünf Jahre zu verkürzen. Die Fünfjahresfrist, die mit der Höchstfrist zusammenfällt, die in der Verordnung Nr. 1984/83 der Kommission für die Alleinbezugsvereinbarungen vorgesehen ist, dürfte unter normalen Marktbedingungen als geeignet anzusehen sein, um die Erfordernisse des Schutzes des Wettbewerbs und das Bedürfnis der Gesellschaft nach Gewährleistung einer ausreichenden Stabilität und Kontinuität der Beziehungen zu ihren Mitgliedern miteinander in Einklang zu bringen.

23. Zweitens ist ebenfalls zu prüfen, ob der (tatsächliche oder potentielle) Wettbewerb zwischen der Genossenschaft und Dritten nicht auf andere Weise übermäßig eingeschränkt wird. Die fraglichen Bestimmungen beschränken, wie wir gesehen haben, die Handlungsfreiheit der Genossen dadurch, daß sie sie davon abhalten, sich an konkurrierende Organisationen zu wenden oder sich an solchen zu beteiligen. In einer Lage, in der der Wettbewerb jedoch aus anderen Gründen bereits sehr eingeschränkt ist, könnten diese Bestimmungen, die die „Treue" des Genossen gegenüber der Genossenschaft sicherstellen sollen, die Nebenwirkung haben, Dritte daran zu hindern, auf dem Markt tätig zu werden oder jedenfalls dort einen wirksamen Wettbewerb auszuüben.

24. Dies könnte eintreten, wenn die Genossenschaft einen Marktanteil innehat, der sehr hoch ist und deutlich über dem der anderen Konkurrenten liegt, und wenn der Zugang neuer Wirtschaftsteilnehmer zu dem betreffenden Markt wegen spürbarer Schranken (insbesondere wegen der Notwendigkeit, über sehr bedeutende finanzielle, technologische und betriebliche Mittel zu verfügen

23 — Siehe Artikel 3 Buchstabe d der Verordnung (EWG) Nr. 1984/83 vom 22. Juni 1983 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinbezugsvereinbarungen (ABl. L 173, S. 5).

24 — Siehe insbesondere Randnr. 26 des mehrfach zitierten Urteils Delimitis, wo der Gerichtshof im Rahmen der Prüfung der *Wirkungen* eines Bierlieferungsvertrags ausführt: „Der Beitrag der einzelnen Verträge einer Brauerei zur Abschottung dieses Marktes hängt außerdem von der Vertragsdauer ab. Ist diese Dauer, gemessen an der durchschnittlichen Dauer der auf dem relevanten Markt allgemein geschlossenen Bierlieferungsverträge, offensichtlich unverhältnismäßig lang, so fällt der einzelne Vertrag unter das Verbot des Artikels 85 Absatz 1. Eine Brauerei mit verhältnismäßig geringem Marktanteil, die ihre Verkaufsstellen für viele Jahre an sich bindet, kann nämlich zu einer ebenso erheblichen Marktabschließung beitragen wie eine Brauerei mit verhältnismäßig starker Marktstellung, die ihre Verkaufsstellen normalerweise in kürzeren Zeitabständen aus der Bindung entläßt."

oder wegen der sehr großen Treue der Kundschaft zu den bereits etablierten Wirtschaftsteilnehmern) schwierig wäre. Wenn in einer derartigen Lage die bereits vorhandenen Bindungen zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern (die auch ihre Handelspartner sind) weiter verstärkt werden, besteht die Gefahr, daß den (tatsächlichen und potentiellen) Konkurrenten die Möglichkeit genommen wird, ausreichende Absatzmärkte zu finden. Falls deswegen der (wirkliche oder potentielle) Wettbewerb zwischen der Genossenschaft und den Dritten zu stark verringert würde, könnte es sich als unerläßlich erweisen, den Mitgliedern der Genossenschaft die Möglichkeit einzuräumen, bei dritten Konkurrenten einzukaufen oder konkurrierende Bezugsorganisationen zu gründen, ohne deshalb ihren Ausschluß aus der Gesellschaft zu riskieren. Andererseits braucht die Gesellschaft, wenn sie eine starke Wettbewerbsstellung hat, auch weniger Schutz vor unabhängigen Einkäufen der Genossen; vielmehr belebt die Möglichkeit, daß die Genossen im Wettbewerb zu der Gesellschaft tätig werden, den Markt und verhindert das Aufkommen von Unwirksamkeit oder zu hohen Gewinnen.

Dies scheint mir übrigens genau die *ratio decidendi* der Urteile zu sein, in denen der Gerichtshof und das Gericht Bestimmungen in Satzungen von landwirtschaftlichen Genossenschaften als mit Artikel 85 Absatz 1 unvereinbar angesehen haben, die, wenn auch in verschiedenen Formen, gleichermaßen bezweckten, die vollständige „Treue" der Genossen gegenüber der Genossenschaft sicherzustellen [25]. In beiden Urteilen ist dem Umstand entscheidende Bedeutung beigemessen worden, daß die fragliche Genossenschaft eine sehr bedeutende Stellung auf dem Markt einnahm und daß folglich in diesem Zusammenhang die streitigen Bestimmungen dazu beitrugen, diese Machtposition aufrechtzuerhalten, indem sie den Zugang dritter Konkurrenten verhinderten [26].

25 — Es handelt sich um das vorgenannte Urteil Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek und das bereits zitierte Urteil des Gerichts in der Rechtssache Dansk Pelsdyravlerforening.

26 — So führt der Gerichtshof im Urteil Coöperatieve Stremselen Kleurselfabriek aus:
„Die Bestimmungen in der Satzung der Coöperatieve, nach denen deren Mitglieder ihren gesamten Bedarf an Lab und Käsefarbstoffen bei der Coöperatieve zu decken haben und die diese Verpflichtung dadurch verstärken, daß sie für den Fall des Austritts oder des Ausschlusses die Zahlung eines nicht geringen Betrags vorschreiben, haben eindeutig den Zweck zu verhindern, daß die Genossen ihren Bedarf bei anderen Lieferanten von Lab oder Farbstoffen decken oder diese Erzeugnisse selbst herstellen, wenn dies Qualitäts- oder Preisvorteile versprechen sollte. *Da auf die Mitglieder der Coöperatieve derzeit unstreitig mehr als 90 % der niederländischen Käseherstellung entfallen, dienen die genannten Vorschriften überdies der Aufrechterhaltung des derzeitigen Zustands, der darin besteht, daß die Coöperatieve praktisch der einzige Lieferanten von Lab auf dem niederländischen Markt ist*" (Hervorhebung von mir).
Zum Urteil in der Rechtssache Dansk Pelsdyravlerforening ist zu bemerken, daß das Gericht u. a. hervorhebt, daß die streitige Bestimmung Wettbewerbern der Klägerin „bei Berücksichtigung der überaus starken Marktstellung der Klägern" den Zugang zum Markt sehr erschwert (Randnr. 78). Gewiß enthält des Urteil auch grundsätzlichere Ausführungen, aus denen sich ergibt, daß die „Treue"klauseln als solche schon aufgrund ihres Gegenstands mit Artikel 85 Absatz 1 unvereinbar sind (siehe insbesondere die Randnrn. 98 bis 110, in denen das Gericht ausführt, daß eine ausschließliche Lieferpflicht zugunsten einer Genossenschaft einen wettbewerbswidrigen Zweck und wettbewerbswidrige Wirkungen hat). Ich meine jedoch, daß die Ausführungen des Gerichts notwendigerweise relativiert, d. h. im wesentlichen im Hinblick auf die besondere Marktsituation, die jenen Rechtsstreit kennzeichnete, verstanden werden müssen. Eine andere Lösung würde nämlich übertriebene und schwer zu rechtfertigende Folgen haben. Geht man von dem Gedanken aus, daß Ausschließlichkeits- oder andere „Treue"klauseln in der Satzung einer landwirtschaftlichen Genossenschaft grundsätzlich schon aufgrund ihres Gegenstands mit Artikel 85 Absatz 1 unvereinbar sind, so folgt daraus, ebenfalls grundsätzlich, daß eine landwirtschaftliche Genossenschaft keine Möglichkeit hat, sich vor Situationen zu schützen, in denen die Genossen in eindeutigem Konflikt mit den Interessen der Gesellschaft und der anderen Mitglieder auf den Märkten tätig werden. Meines Erachtens führt jedoch die richtige Auslegung zum gegenteiligen Ergebnis: Wenn die Gründung der Genossenschaft mit den anderen von der Rechtsordnung anerkannten Werten vereinbar ist, so muß es ihr auch freigestellt werden, die Maßnahmen zu ergreifen, die sie zum Schutz ihrer wesentlichen Interessen für erforderlich hält; Artikel 85 Absatz 1 kann somit nicht dahin ausgelegt werden, daß er einen absoluten Schutz der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit des Genossen zum Nachteil der Interessen der Genossenschaft und der anderen Genossen enthält. Eine andere Auslegung würde darauf hinauslaufen, das Gleichgewicht der Genossenschaft selbst in Frage zu stellen und stünde deshalb im Widerspruch zu dem günstigen Urteil, das die Rechtsordnung auch unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des Wettbewerbs insbesondere im Agrarsektor gegenüber bestimmten Formen der Zusammenarbeit von Unternehmen zum Ausdruck gebracht hat. Deshalb können die besonderen *Wirkungen* der „Treue"klauseln nur in den Fällen anhand des Artikels 85 Absatz 1 geprüft werden, in denen sich die Genossenschaft in Marktsituationen befindet, die eine spürbare Gefahr der Verschlechterung des Wettbewerbs aufweisen oder in denen die Freiheit des Genossen durch andere Regelungen (zu lange Dauer des Gesellschaftsverhältnisses, unverhältnismäßige Sanktionen im Fall des Ausschlusses) übertrieben beschränkt wird.

Zu einem entsprechenden Ergebnis müßte man natürlich kommen, wenn die Genossenschaft auf dem Markt eine *beherrschende Stellung* im Sinne des Artikels 86 einnähme; in diesem Fall wäre nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ohne weiteres davon auszugehen, daß die „Treue"klausel grundsätzlich zu den Bestimmungen dieses Artikels in Widerspruch steht [27].

25. Im vorliegenden Fall läßt sich im übrigen vorbehaltlich der Feststellungen, die das nationale Gericht zu treffen hat, die Gefahr einer zu großen Schwächung des Wettbewerbs ohne weiteres ausschließen, denn

— im Zeitpunkt der streitigen Satzungsänderungen waren die Marktanteile der einzelnen Konkurrenten im wesentlichen offensichtlich ausgeglichen;

— dem Auftreten neuer Wirtschaftsteilnehmer auf dem betreffenden Markt standen keine unüberwindlichen Hindernisse entgegen, da die finanziellen, technologischen und betrieblichen Mittel, die erforderlich sind, um auf einem nationalen Großhandelsmarkt tätig zu werden, nicht zu bedeutend erscheinen und da im vorliegenden Fall der neue Wirtschaftsteilnehmer (die LAG) lediglich eine neue Form einer landesweiten genossenschaftlichen Organisation darstellte und von örtlichen Vereinigungen gegründet worden war, die bereits auf dem Markt tätig waren, schon eine Zwischenhändlertätigkeit für die fraglichen Erzeugnisse ausgeübt hatten und deshalb bereits über einen Großteil der Infrastrukturen und der notwendigen Mittel verfügten, die zur Entfaltung einer Wettbewerbstätigkeit erforderlich sind.

26. Drittens ist ein weiterer Einwand der Klägerinnen des Ausgangsverfahrens zu prüfen. Nach deren Auffassung kommt das Ausscheiden aus der Genossenschaft durch Austritt oder Ausschluß praktisch dem Verlust einer diversifizierten und günstigen Versorgungsquelle gleich, da die DLG ein Konglomerat in dem Sinne sei, daß sie ihren Angehörigen ein breites Sortiment von Gütern und Dienstleistungen anbiete. Unter diesen Umständen sei es deshalb besonders schwierig (wenn nicht unmöglich), außerhalb der Genossenschaft tätig zu werden: Dies allein schon halte die Genossen davon ab, aus der Genossenschaft auszutreten oder sich in eine Situation zu begeben, die zu ihrem Ausschluß führe. Deshalb müsse den Genossen in diesen Fällen, um eine zu große Starrheit des Marktes zu vermeiden, die Möglichkeit eingeräumt werden, bestimmte Erzeugnisse außerhalb der Genossenschaft einzukaufen, ohne deshalb Gefahr zu laufen, aus dieser ausgeschlossen zu werden.

Dieser Einwand greift meines Erachtens nicht durch. Zunächst einmal ist es normal, daß der Austritt aus einer Genossenschaft

27 — Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76, Hoffmann-La Roche (Slg. 1979, 461) und Urteil vom 3. Juli 1991 in der Rechtssache C-62/86 (AKZO, Slg. 1991, I-3359) sowie Urteil vom 1. April 1993 in der Rechtssache T-65/89 (BPB, Slg. 1993, II-389).

aus welchem Grund auch immer zum Verlust der (mehr oder minder bedeutenden) Vergünstigungen führt, die mit der Mitgliedschaft verbunden sind. Eine solche Situation, die völlig normal ist, verstößt unter keinem Gesichtspunkt gegen Artikel 85 Absatz 1. Wie gesagt, kann diese Vorschrift nicht dahin ausgelegt werden, daß sie dem Mitglied einer Genossenschaft das Recht verleiht, Mitglied zu bleiben und in den Genuß der damit zusammenhängenden Vergünstigungen zu kommen und zugleich den Interessen der Gesellschaft und der anderen Genossen zuwiderzuhandeln. Der Genosse muß somit auf der Grundlage einer freien Abwägung seiner Interessen entscheiden, ob er aus der Gesellschaft austreten will (oder so handeln will, daß er aus ihr ausgeschlossen wird) oder ob er bleiben und sich an ihre Satzung halten will: Sobald er diese freie Entscheidung gefällt hat, kann er sich nicht über die eventuellen Nachteile beklagen, die damit verbunden sind.

27. Etwas anderes würde gelten, wenn die Genossenschaft gegenüber ihren Mitgliedern eine beherrschende Stellung im Sinne des Artikels 86 des Vertrages einnehmen würde; dies könnte dann der Fall sein, wenn sie eine beherrschende Stellung auf einem oder mehreren Märkten für Güter oder Dienstleistungen hätte, oder wenn es für die Mitglieder besonders kostspielig würde, einzeln bei anderen Konkurrenten *die Gesamtheit* der Güter und Dienstleistungen zu beziehen, die die Genossenschaft zusammen anbieten kann (in diesem Fall ergäbe sich die beherrschende Stellung aus dem Umstand, daß das Unternehmen in der Lage ist, ein vollständiges Sortiment von einander ergänzenden Gütern/Dienstleistungen zu Gesamtbedingungen anzubieten, denen die Konkurrenten nichts entgegenzusetzen hätten). Für den Fall, daß die Genossenschaft eine solche beherrschende Stellung einnähme, würde Artikel 86 einen zweifachen Schutz gewähren: i) die Ausschlußklausel (oder eine andere Form von „Treue"klausel) wäre aus den in Nummer 24 der vorliegenden Schlußanträge genannten Gründen als verboten und nichtig anzusehen; ii) eventuelle Boykott- oder Diskriminierungsakte der Genossenschaft gegen ihre Mitglieder (Weigerung, den ausgeschlossenen Genossen Waren zu liefern oder Dienstleistungen zu erbringen oder Anwendung von Preisen, die im Verhältnis zum Wert der gelieferten Waren oder Dienstleistungen zu hoch sind) könnten unterschiedliche und eigenständige Fälle eines Mißbrauchs im Sinne des Artikels 86 darstellen.

Allerdings ist zu bemerken, daß in unserem Fall die Voraussetzung dieser Erwägungen, d. h. eine beherrschende Stellung der DLG, nicht vorliegt. Die DLG nimmt nämlich nach allem weder eine beherrschende Stellung auf einem oder mehreren der einzelnen Waren- oder Dienstleistungsmärkte, auf denen sie tätig ist, ein, noch besitzt sie eine solche Stellung aufgrund ihres vielfältigen Angebots auf der Gesamtheit der betreffenden Märkte. Außerdem muß man auch berücksichtigen, daß die DLG als Zwischenhändler für die Lieferung von Waren und Dienstleistungen tätig ist und daß es für Wirtschaftsteilnehmer wie die örtlichen Vereinigungen (die ebenfalls, wenn auch auf niedrigerer Stufe, Zwischenhändler sind) nicht schwierig sein dürfte, für die Versorgung mit den in Rede stehenden Gütern und Dienstleistungen auf dem Markt andere Zwischenhändler als die DLG zu finden oder gegebenenfalls zu gründen.

Schließlich ist, immer noch unter diesem Gesichtspunkt, auch darauf hinzuweisen,

daß die DLG sich förmlich verpflichtet hat, auch Nichtmitgliedern die von ihr angebotenen Waren zu liefern und Dienstleistungen zu erbringen, auch wenn dies zu Recht zu den normalen Marktbedingungen und nicht zu den — eindeutig günstigeren — Bedingungen erfolgt, die den Genossen vorbehalten sind.

28. Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß nach den Akten — vorbehaltlich der Feststellungen, die das nationale Gericht zu treffen hat — die Mitglieder der DLG die Möglichkeit haben, in angemessenen Zeitabständen aus der Gesellschaft auszutreten, die Struktur und die Merkmale des Marktes nicht so beschaffen sind, daß die Einführung der streitigen Bestimmungen als wirkliche Gefahr einer Beschränkung des tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbs zwischen der DLG und Dritten angesehen werden kann und die Klauseln daher als solche keine wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 haben.

Dieses Ergebnis wird bestätigt durch die Entwicklung des Marktes nach dem Ausschluß der B-Mitglieder, den die Genossenschaft aufgrund der streitigen Bestimmungen vorgenommen hat. Trotz des Ausschlusses hat die LAG nämlich nicht nur ihre Tätigkeit fortgesetzt, sondern sogar ihren Marktanteil schnell vergrößert, bis sie 1990 eine vergleichbare Stellung wie die DLG erreicht hatte. Dies zeigt, daß die ausgeschlossenen Mitglieder tatsächlich die Möglichkeit hatten, außerhalb der DLG tätig zu werden, indem sie eine Organisation gründeten, die eine vergleichbare Zwischenhändlertätigkeit entfaltete und vollauf in der Lage war, der DLG Konkurrenz zu machen [28].

29. Vollständigkeitshalber ist noch darauf hinzuweisen, daß einige der vom vorlegenden Gericht in den Vorabentscheidungsfragen bezeichneten Umstände auch dafür sprechen, daß die DLG die Tragweite der streitigen Bestimmungen — und folglich die Tragweite der entsprechenden „Treue"pflicht — auf das beschränkt hat, was *unbedingt erforderlich* ist, um den Schutz der Genossenschaft in Fällen wirklicher Interessenkonflikte zu gewährleisten. Dazu lassen sich zusammenfassend folgende Umstände nennen:

— Die streitigen Bestimmungen betreffen ausschließlich Dünge- und Pflanzenschutzmittel (und nicht die anderen Güter und Dienstleistungen, die von der DLG angeboten werden), d. h. die einzigen Erzeugnisse, bei denen wegen der Preiselastizität die Verringerung der

28 — Methodisch gesehen halte ich es für völlig richtig, bei der Beurteilung der Auswirkungen bestimmter Klauseln auf den Wettbewerb auch die Entwicklung zu berücksichtigen, die in dem Zeitraum nach Inkrafttreten der Bestimmungen auf dem betroffenen Markt eingetreten ist. Natürlich kann die Marktentwicklung nicht das *einzige* Beurteilungskriterium sein: Es ist sogar klar, daß man sich bei der Prüfung der Kompatibilität einer Vereinbarung nicht ausschließlich auf die Folgen stützen kann, die die Vereinbarung gehabt hat; andernfalls käme man zu dem absurden Ergebnis, daß man, um feststellen zu können, ob eine Vereinbarung gegen Artikel 85 verstößt, einige Jahre warten müßte, um zu prüfen, welche Ergebnisse (und Schäden!) sie verursacht hat, und um dementsprechend zu entscheiden, ob und wie einzugreifen ist. Wenn jedoch die nachträgliche Prüfung keinesfalls die vorherige Prüfung ersetzen kann (die auf der Untersuchung des Zwecks und der vorhersehbaren Folgen der Vereinbarung beruht), bedeutet dies nicht, daß die tatsächlich von der Vereinbarung bewirkten Ergebnisse, wenn sie verfügbar sind, als völlig bedeutungslos anzusehen sind. Sie sind als ein zu berücksichtigendes Indiz zu werten, soweit sie es ermöglichen, die Schlußfolgerungen zu bestätigen oder zu widerlegen, die aus der rechtlichen und wirtschaftlichen Prüfung des Zwecks und der vorhersehbaren Wirkungen der Vereinbarung gezogen worden sind. In diesem Sinne vgl. z. B. die Entscheidung SOCEMAS (Punkt II, sechste Begründungserwägung) und die Entscheidung Intergroup (Punkt 6) (a. a. O., Fußnote 3).

Bestellungen seitens der Genossenschaft infolge der unabhängigen Einkäufe der LAG geeignet war, die geschäftlichen Konditionen spürbar zu verschlechtern;

— die streitigen Klauseln betreffen ausschließlich Käufe der B- und D-Mitglieder (und nicht der anderen Genossen), d. h. der einzigen Genossen, die aufgrund ihrer kommerziellen Bedeutung in der Lage sind, den Interessen der Genossenschaft zu schaden, wenn sie zu dieser in Wettbewerb treten;

— die streitigen Klauseln betreffen ausschließlich die Käufe, die von B- und D-Mitgliedern in organisierter Form, d. h. durch dauerhafte Beteiligung an konkurrierenden Vereinigungen oder anderen Organisationen getätigt werden, und nicht die Käufe, die außerhalb der Genossenschaft entweder von einzelnen B- oder D-Mitgliedern oder von Zusammenschlüssen von B- und D-Mitgliedern getätigt werden, die ad hoc zur Durchführung eines einzigen Geschäfts gegründet werden; auch insoweit ist klar, daß die Genossenschaft sich nur vor Situationen schützen wollte, durch die ihr ein besonderer Schaden entstehen kann;

— die streitigen Klauseln gestatten den Genossen, die die von der DLG verlangten Verkaufspreise für zu hoch halten, ausdrücklich, sich der DLG als eines bloßen Einkaufsagenten für bestimmte Partien von Waren zu bedienen; in diesen Fällen verzichtet die DLG auf eine Vergütung für ihre Vermittlertätigkeit, und die Genossen, die sie in Anspruch genommen haben, verlieren für die so gekauften Waren den Anspruch auf die Zahlung von Ausgleichssummen am Ende des Geschäftsjahres.

Dagegen halte ich die anderen vom vorlegenden Gerichts dargelegten Umstände für unerheblich, und zwar:

— den Umstand, daß die streitigen Bestimmungen auch eingeführt worden seien, um zu verhindern, daß an konkurrierenden Organisationen beteiligte B- und D-Mitglieder in den leitenden Organen der DLG vertreten seien, da der Schutz der Geschäftsgeheimnisse der DLG jedenfalls durch die Festlegung hätte erreicht werden können, indem bestimmte Unvereinbarkeitsgründe festgelegt worden wären, um eine Beteiligung eines in einem Interessenkonflikt zu der Gesellschaft stehenden Mitglieds an den Gesellschaftsorganen zu verhindern;

— den Umstand, daß die streitigen Bestimmungen nicht einstimmig, sondern gegen die Stimmen der (oder wenigstens gewisser) B-Mitglieder eingeführt worden seien, da es jedenfalls für die Anwendung des Artikels 85 Absatz 1 auf eine bestimmte Klausel in der Satzung einer Gesellschaft unerheblich ist, ob diese nach dem internen Gesellschaftsrecht gültig erlassen worden ist; solange die Bestimmung nicht von den Beteiligten oder durch eine behördliche Maßnahme

förmlich aufgehoben worden ist, fällt sie weiter unter Artikel 85 Absatz 1, sofern die Voraussetzungen für seine Anwendung erfüllt sind;

— den Umstand, daß die ausgeschlossenen Mitglieder den Genossen gleichgestellt worden seien, die ihr Austrittsrecht ausgeübt hätten, da die Gesellschaft, wenn die Ausschlußklausel nachweislich nicht gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoße, nicht gehindert ist, nicht die für den Fall des Austritts vorgesehenen günstigeren Bestimmungen, sondern die normalerweise für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters vorgesehenen Bestimmungen anzuwenden, und zwar einschließlich eventueller Sanktionen, mit der einzigen Einschränkung (wie in Randnr. 21 ausgeführt), daß sie keine offensichtlich zu schweren und unverhältnismäßigen Sanktionen anwenden darf;

— den Umstand, daß die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens insbesondere geltend gemacht hätten, sie hätten Anspruch auf einen Teil des ungeteilten Vermögens der DLG, ohne jedoch ihre Wiederaufnahme in die DLG zu beantragen, da sie unabhängig von der Formulierung ihres Antrags beim vorlegenden Gericht jedenfalls die Vereinbarkeit der streitigen Satzungsbestimmungen mit Artikel 85 Absatz 1 bestritten haben; zudem wäre es, wenn der Gerichtshof diese Unvereinbarkeit bejahen würde, Sache des nationalen Gerichts, die Nichtigkeit dieser Klauseln gemäß Artikel 85 Absatz 1 festzustellen und gemäß den internen Rechtsvorschriften die sich aus dieser Nichtigkeit ergebenden Rechtswirkungen zu bezeichnen.

3) *Sind die streitigen Satzungsbestimmungen geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen?*

30. Aufgrund der vorhergehenden Erwägungen erscheint es überflüssig, zu prüfen, ob die streitigen Bestimmungen geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Vollständigkeitshalber möchte ich im übrigen bemerken, daß im vorliegenden Fall davon auszugehen ist, daß die Waren, um die es geht, Gegenstand des innergemeinschaftlichen Handels sind und daß sowohl die DLG als auch die LAG an diesem Handel teilgenommen haben und teilnehmen. Somit ist nicht zweifelhaft, daß im vorliegenden Fall die Voraussetzung einer Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels als erfüllt anzusehen ist.

4) *Ist das nationale Gericht für die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages zuständig, wenn die Vereinbarung bei der Kommission für die Erteilung eines Negativattests oder für eine Freistellung angemeldet worden ist?*

31. Dazu ist daran zu erinnern, daß nach Artikel 9 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962, Erste

Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages [29], die Kommission ausschließlich dafür zuständig ist, Entscheidungen über Einzelfreistellungen im Sinne des Artikels 85 Absatz 3 zu erlassen [30]. Hinsichtlich der Anwendung des Artikels 85 Absätze 1 und 2 und des Artikels 86 verfügt die Kommission dagegen über eine konkurrierende Zuständigkeit im Verhältnis zu den nationalen Gerichten. Im vorliegenden Fall sind die streitigen Bestimmungen, wie sich aus den bisherigen Ausführungen ergibt, nicht mit Artikel 85 Absatz 1 unvereinbar; deshalb stellt sich das Problem einer eventuellen Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 nicht. Es wird somit Aufgabe des nationalen Gerichts sein, zu erklären, daß die streitigen Klauseln nicht gegen Artikel 85 Absatz 1 verstoßen.

5) *Stellen die streitigen Bestimmungen einen Mißbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag dar?*

32. Nach ständiger Rechtsprechung [31] ist mit der beherrschenden Stellung im Sinne des Artikels 86 EWG-Vertrag die wirtschaftliche Machtstellung eines Unternehmens gemeint, die dieses in die Lage versetzt, die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt zu verhindern, indem sie ihm die Möglichkeit verschafft, sich seinen Wettbewerbern, seinen Abnehmern und den Verbrauchern gegenüber in einem nennenswerten Umfang unabhängig zu verhalten. Das Vorliegen einer solchen Stellung ergibt sich im allgemeinen aus dem Zusammentreffen mehrerer Faktoren, die jeweils für sich genommen nicht ausschlaggebend sein müssen. Unter diesen Faktoren ist das Vorliegen erheblicher Marktanteile (etwa von Marktanteilen über 50 %) in hohem Maße kennzeichnend; dagegen ermöglicht es ein Marktanteil, der um 40 % liegt oder wesentlich weniger beträgt, nicht als solcher, das Vorliegen einer Kontrolle des Marktes anzunehmen [32]. Außerdem sind auch solche Faktoren zu berücksichtigen wie das Verhältnis zwischen dem Marktanteil des betreffenden Unternehmens und dem Marktanteil der anderen Konkurrenten, die eventuellen Vorteile, die das Unternehmen hinsichtlich seiner Finanz- und Betriebsstruktur, der kaufmännischen Organisation und der technologischen Kenntnisse im Verhältnis zu seinen Konkurrenten hat, sowie das Vorliegen eines mehr oder minder intensiven potentiellen Wettbewerbs [33]. Schließlich ist die Stabilität der Marktanteile oder ihre Änderung in der Zeit ein zusätzliches Indiz, das für das Vorliegen einer beherrschenden Stellung zu berücksichtigen ist [34].

Es ist Sache des nationalen Gerichts, diese Kriterien auf die von ihm zu prüfende Rechtssache anzuwenden. Hervorzuheben ist jedoch, daß im vorliegenden Fall die sich aus den Akten ergebenden Umstände, insbesondere

— der begrenzte Marktanteil der DLG zur Zeit der streitigen Ereignisse,

29 — ABl. 1962, 13, S. 204.

30 — Siehe ebenfalls das Urteil Delimitis (a. a. O.), Randnrn. 43 ff.

31 — Siehe kürzlich Urteil vom 12. Dezember 1991 in der Rechtssache T-30/89 (Hilti, Slg. 1991, II-1439).

32 — Siehe Urteil vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76 (United Brands, Slg. 1978, 207).

33 — Urteil vom 13. Februar 1979 in der Rechtssache 85/76 (Hoffmann-La Roche, Slg. 1979, 461) und Urteil United Brands (a. a. O.).

34 — Urteil Hoffmann-La Roche (a. a. O.).

— das weitgehende Gleichgewicht zwischen dem Marktanteil der DLG und den Marktanteilen ihrer Konkurrenten,

— die bemerkenswerte Wettbewerbsfähigkeit, die die LAG bewiesen hat, zusammen mit dem Vorliegen eines spürbaren potentiellen Wettbewerbs aufgrund des Fehlens erheblicher Zugangsschranken,

— sowie die dargelegte Entwicklung der jeweiligen Marktanteile der DLG und der LAG,

darauf hinweisen, daß die DLG keine beherrschende Stellung im Sinne des Artikels 86 einnahm. Einen weiteren, wenn auch nicht entscheidenden Hinweis in diesem Sinne bildet der Umstand, daß die DLG seit 1990 aus dem im dänischen Recht vorgesehenen Register der beherrschenden Unternehmen gestrichen worden ist.

Ergebnis

33. Aufgrund dieser Erwägungen bin ich der Auffassung, daß dem nationalen Gericht wie folgt zu antworten ist:

1) Die in der Verordnung Nr. 26/62 vorgesehene Ausnahmeregelung ist nicht auf Erzeugnisse — wie Dünge- und Pflanzenschutzmittel — anwendbar, die nicht im Anhang II des Vertrages aufgeführt sind.

2) Vorbehaltlich der Feststellungen, die das nationale Gericht gemäß den in den vorliegenden Schlußanträgen aufgeführten Kriterien zu treffen hat, bezweckt oder bewirkt eine Bestimmung, die in der Satzung einer landwirtschaftlichen Genossenschaft, die gemeinsame Einkäufe von landwirtschaftlichen Produktionsmitteln tätigt, enthalten ist und vorsieht, daß Genossen ausgeschlossen werden können, wenn sie für den Bezug der fraglichen Erzeugnisse an einer mit der Genossenschaft konkurrierenden Organisation dauerhaft beteiligt sind, keine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs im Sinne des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages.

3) Die Voraussetzung einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten nach Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages ist in einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens erfüllt, in dem feststeht, daß die fraglichen Erzeugnisse Gegenstand des innergemeinschaftlichen Handels sind, und in dem ebenfalls feststeht, daß die fraglichen Unternehmen an diesem Handel teilnehmen können und teilnehmen.

4) Die Kommission ist für die Erteilung von Freistellungen gemäß Artikel 85 Absatz 3 ausschließlich zuständig. Das nationale Gericht ist dagegen für die Anwendung des Artikels 85 Absätze 1 und 2 und des Artikels 86 des Vertrages zuständig.

5) Vorbehaltlich der Feststellungen, die das nationale Gericht gemäß den in den vorliegenden Schlußanträgen aufgeführten Kriterien zu treffen hat, enthalten die Akten nichts, was auf eine beherrschende Stellung der Genossenschaft DLG im Sinne des Artikels 86 des Vertrages schließen läßt.