Professor Dr. Peter Krebs

Lösungshinweise für die 2. Klausur im Wettbewerbsrecht – SS 2005

1. Teil: Kartellrechtliche Unzulässigkeit der Vertragsstrafe

Vorbemerkung: Gefragt ist nicht insgesamt nach der Exklusivlieferungsvereinbarung, sondern nur nach der Vertragsstrafe. Die Erörterungen zur Vertragsstrafe führen nur mittelbar auch zu einer Erörterung der Exklusivvereinbarung. Beide bilden auch kartellrechtlich eine Einheit. Eine Erörterung der Restwirksamkeit des Vertrages im Übrigen war nicht gewünscht. Nur zur Information sei darauf hingewiesen, dass man hier abweichend von § 139 BGB eine Wirksamkeit des Vertrages im Übrigen annehmen würde.

A. Verstoß gegen Art. 82 EGV und Unwirksamkeit gemäß § 134 BGB.

Die Vertragsstrafe und das ihr zugrunde liegende Wettbewerbsverbot könnten gegen Art. 82 EGV verstoßen und damit gemäß § 134 BGB (Art. 82 EGV ist Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB) unzulässig sein (Idealkonkurrenz).

I. Anwendbarkeit

Art. 82 EGV ist, obwohl Primärrecht, unmittelbar anwendbar und genießt gemäß Art. 3 Abs. 1 VO 1/2003 Anwendungsvorrang vor nationalem Recht. Art. 82 EGV und Art. 81 EGV sind nebeneinander zu prüfen.

II. Marktbeherrschendes Unternehmen

1. Unternehmen

K handelt weder rein privat, noch rein hoheitlich. Auch im Sinne der Definition des Unternehmens als wirtschaftlich selbständige Einheit ist K Unternehmen.

2. Marktbeherrschung

a) Marktabgrenzung

Abzugrenzen ist nach dem Bedarfsmarktkonzept (funktionellen Marktmachtkonzept) aus Sicht der Gegenseite. Marktgegenseite ist V. Es geht also um den Einkauf (K übt Nachfragemacht aus!) von Messinstrumenten von Herstellern, und zwar in Deutschland.

b) Marktbeherrschung

Der Anteil von K in Deutschland als einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes als Nachfrager beträgt 28 %. Ab etwa 50 % Marktanteil kommt eine Vermutung der Marktbeherrschung im Rahmen des Art. 82 EGV in Betracht. Mit 28 % wird dieser Satz deutlich verfehlt. An weiteren Abwägungsfaktoren sind der Abstand von 11 Prozentpunkten zwischen K und seinem größten Konkurrenten X und die Finanzkraft von X zu berücksichtigen. Nach alle dem kann eine marktbeherrschende Stellung (absolute Marktmacht) (i.S. einer Möglichkeit weitgehend unabhängig von den Konkurrenten agieren zu können) von K alleine nicht bejaht werden.

In Betracht käme allenfalls ein Oligopol von K und X. Auf europäischer Ebene gibt es keine Oligopolvermutung. Das tatsächliche Verhalten von K und X bezüglich der Lieferungen von V spricht gegen eine Wettbewerbsbeschränkung durch ein Oligopol zwischen K und X.

Hinweis: Relative Marktmacht reicht für Art. 82 EGV nie.

III. Zwischenergebnis: Mangels marktbeherrschender Stellung kommt ein Verstoß gegen Art. 82 EGV nicht in Betracht.

B. Verstoß gegen Art. 81 Abs. 1 EGV und Unwirksamkeit der Vereinbarung gemäß Art. 81 Abs. 2 EGV

I. Anwendbarkeit

Art. 81 EGV ist unmittelbar anwendbar und genießt gemäß Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 Anwendungsvorrang vor deutschen Regeln. Art. 81 EGV ist auch neben Art. 82 EGV anwendbar.

II. Art. 81 Abs. 1 EGV Vereinbarung zwischen Unternehmen

V und K sind Unternehmen. Ein Vertrag ist eine Vereinbarung. Das V die entsprechende Klausel nur auf Druck unterschrieben hat, ändert nichts am Vereinbarungscharakter. (Selbst ein durch eine Drohung zustande gekommener Vertrag bleibt ein Vertrag.) Vereinbarungen sind unabhängig davon erfasst, ob es sich um eine vertikale (wie hier) oder horizontale Vereinbarung handelt.

III. Verhinderung, Einschränkung, Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt

Hier kommt eine Einschränkung des Wettbewerbs gemäß Art. 81 Abs. 1 lit. b) EGV in Betracht. In dem V nur noch an K das spezielle Messinstrument liefern kann, wird der Absatz eingeschränkt. Somit ist Art. 81 Abs. 1 lit. b) EGV erfüllt. Art. 81 Abs. 1 lit. a) EGV bzw. lit. c) EGV liegen dagegen erkennbar nicht vor. Für lit. d) EGV käme es darauf an, ob K unterschiedliche Bedingungen verwendet. Das K bei anderen Lieferanten nicht auf der Exklusivvereinbarung besteht, ist nicht erkennbar. Auch Art. 81 Abs. 1 lit. e)

EGV liegt nicht vor. Die Einschränkung gemäß Art. 81 Abs. 1 lit. b) EGV wird sowohl bezweckt als auch bewirkt (Wirkungsprinzip), wobei beides für sich ausgereicht hätte.

IV. Spürbarkeit

Allgemeine anerkannt ist die ungeschriebene Voraussetzung der Spürbarkeit, die auf einer teleologischen Reduktion beruht und dafür sorgt, dass nur Verhaltensweisen erfasst werden, die abstrakt generell geeignet sind, den Wettbewerb tatsächlich zu stören. Bei vertikalen Verträgen wie hier, muss der insgesamt betroffene Marktanteil nach der de minimis-Bekanntmachung der Kommission 15 % betragen, soweit nicht besonders schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkungen vereinbart sind. Allein K hat bereits einen deutlich größeren Marktanteil. Somit ist diese Spürbarkeit gegeben.

V. Geeignet den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen.

Der hier betroffene Markt ist kein von vornherein rein nationaler Markt. Also müsste grundsätzlich die Eignung zu zwischenstaatlichen Auswirkungen bestehen. Die Kommission geht jedoch davon aus, dass wenn der Umsatz der Betroffenen unter 40 Millionen € liegt und zusätzlich der Marktanteil unter 5 % ist, keine hinreichende Eignung besteht, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Spürbarkeit der Zwischenstaatlichkeit). Hier liegt allein der Umsatz des K schon über 40 Millionen €. Auch der Marktanteil beträgt über 5 %. Aus beiden Gründen ist daher der Vertrag geeignet, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

VI. Privilegierung gemäß dem Wortlaut von Art. 81 Abs. 3 EGV

Voraussetzung für Art. 81 Abs. 3 EGV ist eine irgendwie geartete Verbesserung, ein Fortschritt für die Marktgegenseite. Die entsprechende Exklusivitätsklausel enthält keinen solchen Fortschritt.

VII. Vertikal-GVO

Die Vereinbarung könnte jedoch gemäß der Vertikal-GVO freigestellt sein, was gemäß der GVO als Fall des Art. 81 Abs. 3 EGV zu verstehen sein soll (Fiktion eines Falls von Art. 81 Abs. 3 EGV). Die Vereinbarung könnte also gemäß Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO freigestellt sein.

1. Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO

Die Vertikal-GVO setzt eine Vereinbarung zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Produktions- oder Handelsstufen voraus. V ist Hersteller, K ist, jedenfalls soweit er von V erwirbt, Händler. Sie werden somit auf unterschiedlichen Stufen tätig.

2. Kein Ausschluss der Befreiung gemäß Art. 2 Abs. 4 der GVO

Aus Art. 2 Abs. 4 lit. a) GVO folgt, dass bei einem Umsatz unter 100 Millionen € und nicht wechselseitigen Beschränkungen die GVO auch bei Wettbewerbern gilt. Dadurch dass K nicht nur handelt, sondern auch selbst herstellt, ist K Wettbewerber von V. K er-

zielt jedoch keinen Umsatz von 100 Millionen €. Die Beschränkung wird einseitig dem V auferlegt. Damit seht das Wettbewerbsverhältnis zwischen V und K der Anwendbarkeit der Vertikal-GVO nicht entgegen.

3. Kein Ausschluss gemäß Art. 3 Abs. 2 Vertikal-GVO

Bei Alleinbelieferungsverpflichtungen gilt die Freistellung nur, wenn der Anteil des Käufers an dem relevanten Markt, auf dem er die Vertragswaren oder Dienstleistungen einkauft, 30 % nicht überschreitet. K hat einen Marktanteil von 28 % und damit unter 30 %.

4. Kein Verstoß gegen Art. 4 Vertikal-GVO

Von den einzelnen Fällen des Art. 4 Gruppenfreistellungsverordnung könnten allenfalls lit. c) und lit. e) näher angesprochen werden. Lit. c) betrifft nur Beschränkungen des Käufers beim Weiterverkauf, währen hier der Verkäufer beschränkt wird. Lit. e) betrifft Lieferbeschränkungen bei Ersatzteilen oder Reparaturteilen. Die hier zu beurteilende Vereinbarung betrifft Messgeräte, also nicht Ersatzteile. Somit ergeben sich aus Art. 4 der Gruppenfreistellungsverordnung keine Bedenken.

5. Kein Verstoß gegen Art. 5 Vertikal-GVO

Von den hier genannten Vereinbarungen kommt nur Art. 5 lit. a) Vertikal-GVO in Betracht. Die dort genannte Grenze eines Wettbewerbsverbotes von nicht mehr als fünf Jahren wird eingehalten.

VIII. Zwischenergebnis

Aufgrund der Erfüllung der Privilegierungsvoraussetzungen der Vertikal-GVO liegt kein Verstoß gegen Art. 81 EGV vor.

C. Missbrauch absoluter Marktmacht nach deutschem Recht gemäß §§ 19 Abs. 1; Abs. 4; 20 Abs. 1; Abs. 3 GWB

I. Anwendbarkeit

Gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 sind strengere materielle Regeln bei einseitigem Machtmissbrauch zulässig, so dass die genannten Paragraphen anwendbar sind.

II. Marktbeherrschung

1. Marktabgrenzung

Die Marktabgrenzung ist wie in Europa vorzunehmen.

2. Marktbeherrschung

Die Vermutung des § 19 Abs. 3 S. 1 GWB mindestens (ein Drittel) ist nicht erfüllt. Die danach einzeln vorzunehmende Prüfung gemäß § 19 Abs. 2 GWB insbesondere S. 1 Nr. 2 ist weitgehend parallel zu Art. 82 EGV vorzunehmen. Wiederum hat K keine absolut überragende Marktstellung.

III. Zwischenergebnis

Mangels absoluter Marktmacht i.S.d. § 19 GWB kann diese auch nicht gemäß §§ 19 f. GWB missbraucht werden.

D. Missbrauch relativer Marktmacht gemäß § 20 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1; § 20 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 3 S. 1; § 20 Abs. 4 GWB

I. Anwendbarkeit

Gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 sind strengere Regeln bei einseitigem Machtmissbrauch anwendbar. Um solche handelt es sich hier.

II. Relative Marktmacht gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 20 Abs. 2 S. 2. GWB

V ist schon aufgrund seines Umsatzes ein KMV-Unternehmen. Erreicht ein Einkäufer eine besondere Begünstigung, so wird grundsätzlich eine relative Marktmacht vermutet (§ 20 Abs. 2 S. 2 GWB). Eine solche Vergünstigung, die V sonst nicht gewähren würde, könnte die Exklusivvereinbarung sein, die K gegen den Willen des V durchgedrückt hat. Die h.M. verlangt jedoch geldwerte Vergünstigungen (a.A. vertretbar). Legt man die h.M. zugrunde, liegt hier kein Fall des § 20 Abs. 2 S. 2 GWB vor. Bei einem hohen Anteil an der Nachfrage wird jedoch ebenfalls eine Abhängigkeit und zwar im Rahmen von § 20 Abs. 2 S. 1 GWB vermutet. Einen ersten Anhaltspunkt bietet ein Nachfrageanteil von 10 % (str.). Hier hat K einen Nachfrageanteil von 28 % am Markt. Somit ist eine Nachfrageabhängigkeit zu vermuten. Die Vermutung für die relative Marktmacht wird nicht widerlegt. Auch nach der Situation der konkreten Unternehmen (75 % des Umsatzes erzielt V mit K) liegt (zusätzlich) eine unternehmensbedingte Abhängigkeit vor.

III. Missbrauch gemäß § 20 Abs. 4 S. 1 GWB

§ 20 Abs. 4 S. 1 GWB betrifft speziell die Behinderung außenstehender Konkurrenten in horizontalen Verhältnissen. Ein solcher Fall läge dann vor, wenn eine spezielle Behinderung eines schwächeren Verkaufskonkurrenten beabsichtigt wäre. X ist zwar Verkaufskonkurrent, aber im Verhältnis zu K nicht marktschwach. Über andere schwächere Konkurrenten sagt der Sachverhalt nichts. Somit kommt § 20 Abs. 4 S. 1 GWB nicht in Betracht (a.A. unter Hinweis auf notwendig vorhandene anderen Konkurrenten vertretbar).

IV. Missbrauch relativer Marktmacht gemäß § 20 Abs. 3 S. 2 GWB i.V.m. § 20 Abs. 3 S. 1 GWB

Ein Missbrauch liegt insbesondere bei Erzwingung von Vorzugsbedingungen ohne sachlichen Grund vor. Vorzugsbedingung könnte hier die sonst nicht jedem gewährte Exklusivvereinbarung sein. Anders als bei § 20 Abs. 2 S. 2 GWB wird man unter Vorzugsbedingungen auch Exklusivvereinbarungen verstehen dürfen (a.A. vertretbar). Exklusivvereinbarungen können allerdings sachlich gerechtfertigt sein, insbesondere dann, wenn K hochgradig spezialisiert wäre und deshalb berechtigter Weise als Exklusivanbieter auftreten wollte. Hierzu liefert der Sachverhalt jedoch keine Informationen. Damit ist eine sachliche Rechtfertigung abzulehnen.

V. Missbrauch gemäß § 20 Abs. 2 GWB i.V.m. § 20 Abs. 1 GWB

Für eine Diskriminierung wäre Voraussetzung, dass K andere Lieferanten anders behandeln würde. Hierzu sagt der Sachverhalt nichts. Daher liegt keine Diskriminierung vor.

Es könnte jedoch eine Behinderung vorliegen. Für die Behinderung reicht es nicht aus, dass die Maßnahme irgendwie nachteilig ist. Es muss sich um eine Verschlechterung der Wettbewerbschancen handeln. Die Wettbewerbschancen von V verschlechtern sich durch die Exklusivvereinbarung. Für die Unbilligkeit ist eine Interessensabwägung erforderlich. K will exklusiv auftreten können. Die Behinderung von V (und nur dieser ist von ihm abhängig) ist nicht gegen V gerichtet. Primär geht es K darum, seine eigene Position zu verbessern und gegebenenfalls noch X zu behindern. Letzterer ist aber nicht durch § 20 Abs. 2 geschützt. Daher ist die Unbilligkeit der Behinderung abzulehnen (a.A. für die Unbilligkeit der Behinderung vertretbar).

VI. Zwischenergebnis

Die Vereinbarung verstößt gegen § 20 Abs. 3 S. 2 GWB i.V.m. § 20 Abs. 3 S. 1 GWB und ist daher gemäß § 134 BGB insoweit nichtig.

E. §§ 1 ff. GWB

Die §§ 1 ff. GWB einschließlich §§ 16 ff. GWB werden durch Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 insofern gesperrt, als weder strengere deutsche Regelungen angewendet werden dürfen, noch ein Verbot nach europäischem Recht durch nationale Regeln aufgehoben werden kann. Da die deutschen Regeln also zum gleichen Ergebnis kommen müssen oder nicht anwendbar sind, sind sie nicht zu prüfen.

2. Teil: Anspruch auf Lieferung Zubehörteilen

A. Art. 82 EGV (i.V.m. § 1004 BGB (analog))

Ob hier ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, hängt davon ab, ob eine marktbeherrschende Stellung bejaht werden kann. Würde man nur auf das eine

Zusatzteil abstellen, käme eine marktbeherrschende Stellung unschwer in Betracht. Der Sachverhalt ging jedoch grundsätzlich von einem größeren Markt, dem Verkaufsmarkt für Messinstrumente aus. Da eine Umstellung bei den Zubehörteilen, jedenfalls mit einem gewissen Aufwand, von einem auf einen anderen Hersteller möglich ist, ist diese Marktabgrenzung vorzuziehen (a.A. vertretbar). Geht man von dieser Marktabgrenzung aus, so überschreitet K mit 38 % nicht die 50 %-Vermutungsgrenze. Bei einem Abstand von nur 2 % gegenüber X und aufgrund der Finanzkraft des X bestehen auch sonst keine Indizien für eine marktbeherrschende Stellung von K. Eine Oligopolvermutung gibt es bei Art. 82 EGV nicht. Anhaltspunkte für fehlenden Wettbewerb zwischen K und X gibt es nicht. Somit liegt auch kein Fall gemeinsamer Marktbeherrschung vor. Mangels Marktbeherrschung kommt ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 82 EGV nicht in Betracht.

B. Lieferungsanspruch wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gemäß §§ 19 Abs. 1, Abs. 4, 20 Abs. 1, Abs. 3, Abs. 4 GWB (i.V.m. § 1004 BGB analog)

I. Marktbeherrschende Stellung

1. Marktabgrenzung

Die Marktabgrenzung muss wie bei Art. 82 erfolgen.

2. Alleinige Marktmacht von K

Die Vermutung des § 19 Abs. 3 S. 1 GWB ist bei einem Markanteil von 38 %, der über einem Drittel liegt, erfüllt. Diese Vermutung kann jedoch gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GWB widerlegt sein. Angesichts der starken Stellung von X mit nur 2 % Abstand und der Finanzkraft von X ist die Vermutung als widerlegt anzusehen.

3. Oligopol von K und X

a) Vermutung gemäß § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB

Mit 74 % überschreiten K und X die Vermutungsschwelle des § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB.

b) Widerlegung gemäß § 19 Abs. 3 S. 2 2. HS GWB

Diese Vermutung könnte jedoch gemäß § 19 Abs. 3 S. 2 2. HS GWB widerlegt sein. Es bestehen keine Anhaltspunkte für die Marktstärke weiterer Konkurrenten. Wie der Kampf um V als Lieferanten jedoch zeigt, besteht erheblicher Wettbewerb zwischen X und K. Damit ist die Vermutung des § 19 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GWB widerlegt.

II. Zwischenergebnis

Es liegt kein Missbrauch einer absolut marktbeherrschenden Stellung gemäß §§ 19, 20 GWB vor.

C. Belieferungsanspruch wegen Missbrauch relativer Marktmacht gemäß § 20 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1; 20 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Abs. 3 S. 1; 20 Abs. 4 GWB i.V.m. § 1004 BGB analog)

I. Relative Marktmacht

Weil K in diesem Fall Lieferant und nicht Nachfrager ist, ergibt sich die relative Marktmacht von K keinesfalls aus § 20 Abs. 2 S. 2 GWB. Es könnte jedoch eine unternehmensbezogene Abhängigkeit gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 GWB vorliegen. Bezüglich des Zubehörteils liegt zumindest für den Augenblick eine solche Abhängigkeit vor. Damit ist relative Marktmacht gegeben.

II. Missbrauch gemäß § 20 Abs. 4 GWB

§ 20 Abs. 4 GWB betrifft die Behinderung kleiner oder mittlerer Wettbewerber. Das K und V bezüglich dieses mit dem Zusatzteil hergestellten Produktes im Wettbewerb stehen, sagt der Sachverhalt nicht. Damit kommt § 20 Abs. 4 GWB nicht in Betracht (a.A. vertretbar).

III. Missbrauch gemäß § 20 Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 3 S. 1 GWB

§ 20 Abs. 3 S. 1 GWB verlangt eine Vorzugsbedingung. Eine solche steht zwischen V und K in diesem Falle nicht in Rede. Somit liegt kein Missbrauch gemäß § 20 Abs. 3 S. 1 GWB vor.

IV. Missbrauch gemäß § 20 Abs. 2 i.V.m. Abs.1 GWB

1. Behinderung

Eine Behinderung käme für den Fall in Betracht, dass man annähme, K würde die Belieferung nur als Reaktion auf die Belieferung des X durch V einstellen. Einen sachlichen Grund hierfür gäbe es nicht. Das Ganze würde auch in einem Bereich stattfinden, der gleichartigen Unternehmen üblicher Weise zugänglich ist. Dies folgt hier daraus, dass keine eingeschränkte Lieferpolitik seitens K bekannt ist. Ansonsten ist die bloße Nichtverlängerung eines ausgelaufenen Vertrages grundsätzlich keine unbillige Behinderung (a.A. noch vertretbar).

2. Unterschiedliche Behandlungen

K verkauft bisher ohne erkennbare Einschränkungen seine Zubehörteile. (Das nur ein anderer Abnehmer existiert ist kein Zeichen von Exklusivität.) Damit handelt es sich um einen, gleichartigen Unternehmen üblicher Weise zugänglichen, Markt. Eine Einstellung der Belieferung an V wäre gegenüber dem anderen Abnehmer eine ungleiche Behandlung. Fraglich ist, ob eine sachliche Rechtfertigung vorliegen würde. Der Bruch der Ex-

klusivitätsvereinbarung wäre nur dann möglicherweise sachlich gerechtfertigt, wenn die Exklusivitätsvereinbarung ihrerseits rechtmäßig wäre. Dies ist jedoch nach dem oben gesagten (Verstoß gegen § 20 Abs. 3 S. 2 i.V.m. S. 1 GWB) nicht der Fall. Somit fehlt es an der sachlichen Rechtfertigung.

V. Zwischenergebnis

Bei einer Liefersperre hätte V einen Lieferanspruch aus § 20 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 GWB i.V.m. § 1004 BGB analog.

D. Art. 81 EGV und §§ 1 ff. GWB

Da hier ein rein einseitiges Verhalten von K in Rede steht, sind diese Normen nicht zu prüfen.