

Professor Dr. Peter Krebs

4. Übungsklausur im Wettbewerbsrecht – WS 2017/18

Behandelte Gebiete: Kartellverbot, Vertikal-GVO, Missbrauch von Marktmacht nach europäischem und deutschem Recht einschließlich des Missbrauchs relativer Marktmacht

Lösungsvorschlag:

I. Vereinbarkeit mit Art. 102 AEUV

Zu prüfen ist, ob die vorgesehenen Maßnahmen mit Art. 102 AEUV vereinbar sind oder ob darin die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zu sehen ist, die zum Verbot führt.

1. Anwendbarkeit

Art. 102 AEUV ist, obwohl Primärnorm, eine hinreichend bestimmte, unmittelbar anwendbare Norm. Dies wird bestätigt durch Art. 3 Abs. 1 S. 2 VO 1/2003. Art. 102 AEUV hat Anwendungsvorrang vor Art. 101 AEUV und dem nationalen Recht.

2. Marktbeherrschendes Unternehmen

V müsste ein marktbeherrschendes Unternehmen sein.

V ist selbständig wirtschaftlich tätig und handelt weder rein privat noch hoheitlich und ist damit Unternehmen gemäß dem funktionalen Unternehmensbegriff.

Zur Beurteilung der marktbeherrschenden Stellung ist der Markt sachlich, räumlich und zeitlich nach dem Bedarfsmarktkonzept anhand der funktionellen Substituierbarkeit aus Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen.

Der sachlich relevante Markt ist hier der Herstellermarkt für Luxusporzellan. Dieses ist aus Kundensicht weder durch einfaches Porzellan noch durch andere Materialien ohne weiteres substituierbar.

Räumlich kommt sowohl ein deutscher Markt als auch eine Abgrenzung auf den europäischen Markt in Betracht. Für die Bejahung nationaler Sondermärkte lassen sich die unterschiedlichen Marktanteile in den einzelnen Ländern anführen. Diese Marktanteilsunterschiede sind auch nicht rein augenblicklich und zufällig, sondern hängen von Präferenzen hinsichtlich des Designs, von den Einkommensverhältnissen und von der Bevorzugung von Heimatunternehmen ab. Dementsprechend ist die Annahme eines nationalen deutschen Marktes nicht fernliegend. Vorzugswürdig erscheint dennoch die Annahme eines europäischen Marktes. Zunächst bestehen keinerlei Marktzutrittsschranken. Außerdem erscheint es nicht sinnvoll, Ext-

remabweichungen zwischen dem höchsten und dem niedrigsten Marktanteil zu vergleichen, sondern die Unterschiede zwischen Deutschland und Europa. Diese sind verhältnismäßig gering. Trotz des Heimatvorteils ist die Reihenfolge der drei marktstärksten Unternehmen in Deutschland und Europa gleich. Nur die Abstände variieren. Dabei liegt der Anteil in Deutschland nicht mal ein Drittel über dem in Europa. Dies befindet sich alles noch in der normalen Variationsbreite zwischen verschiedenen Gebieten, ändert also im Ergebnis nichts an der Homogenität des europäischen Marktes. Hinzu kommt, dass in Zweifelsfällen aufgrund des Zieles einheitlicher europäischer Märkte ein solcher auch hier näher liegt. Daher ist als räumlich relevanter Markt ein europäischer Markt anzunehmen (a.A. vertretbar).

Hinweis: Wer einen nationalen deutschen Markt annehmen würde, der müsste in der späteren Prüfung die Anwendung der Vertikal-GVO gemäß Art. 3 Abs. 1 GVO wegen des Marktanteils von über 30 % ablehnen.

In der Praxis ist für viele Güter der Markt global abzugrenzen. Die Kommission nimmt einen globalen Markt grundsätzlich bei fehlenden Gegenargumenten an. Hier liegt dies jedoch schon mangels Zahlenangaben fern und ist auch wegen der Geschmacksunterschiede unwahrscheinlich.

Eine zeitliche Abgrenzung kann nicht vorgenommen werden.

Für die Beurteilung der Marktbeherrschung ist auf die Marktstruktur anhand der Marktanteile, die Differenzen bei den Marktanteilen, die Finanzkraft sowie weitere Kriterien (vgl. die Auflistung in Art. 2 Abs. 1 lit b) FKVO) abzustellen. Im AEUV und im Sekundärrecht gibt es keine gesetzlichen Vermutungsregelungen für Marktbeherrschung. Die Praxis nimmt jedoch ab etwa 50 % Marktanteil häufig eine Marktbeherrschung an. Ab etwa 70-80 % Marktanteil ist sie kaum zu widerlegen, wenn es sich nicht um einen besonders dynamischen Markt handelt. Mit 24 % in Europa ist V weit von diesen 50 % entfernt. Gemäß Erwägungsgrund 32 der FKVO wird bis 25 % regelmäßig keine Marktbeherrschung angenommen. V hat auch nur einen geringen Marktanteilsvorsprung vor seinen Konkurrenten. Insbesondere X dürfte als Teil eines größeren Konzerns nicht nur über erhebliche finanzielle Möglichkeiten, sondern auch über Synergiepotenzial verfügen. V ist daher für sich allein keinesfalls marktbeherrschend.

Im europäischen Recht gibt es auch keine Oligopolvermutung wie im deutschen Recht. Gegen die Existenz eines Oligopols von V mit X oder V mit X und Y spricht der funktionierende Wettbewerb zwischen V und X. Schließlich ist der Wettbewerbsdruck von X so groß, dass V die entsprechenden, hier zu prüfenden Maßnahmen durchführen möchte.

Mangels Marktbeherrschung auf dem Binnenmarkt oder einem wesentlichen Teil davon ist Art. 102 AEUV nicht erfüllt.

II. Art. 101 AEUV

Zu prüfen ist, ob die vorgesehenen Maßnahmen als Vereinbarung oder abgestimmte Verhaltensweisen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten wären.

1. Anwendbarkeit

Art. 101 AEUV ist wie Art. 102 AEUV unmittelbar anwendbares Primärrecht. Gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 ist der gesamte Art. 101 AEUV auch durch die Kartellbehörden der Mitgliedsstaaten anzuwenden. Art. 101 AEUV steht zu Art. 102 AEUV in Idealkonkurrenz, wobei es hierauf wegen der Verneinung der Marktbeherrschung nicht einmal ankommt.

2. Zusammenwirken zwischen Unternehmen

V ist, wie bereits festgestellt, Unternehmen. Die Exklusivhändler mögen zwar wirtschaftlich abhängig sein. Sie sind dennoch wirtschaftlich selbständige Einheiten und daher Unternehmen. Die zu schließenden Franchiseverträge sind Vereinbarungen.

Gegenüber den bisher belieferten Händlern und Kaufhäusern handelt V hingegen rein einseitig, so dass Art. 101 AEUV trotz der vorhandenen Lieferverträge nicht einschlägig ist.

3. Wettbewerbsbeschränkung

Die Regelungen zur Gestaltung und Dekoration, zum Weiterverkaufsverbot, zum Konkurrenzverbot und zur Informationspflicht schränken alle den Gestaltungsspielraum der Exklusivgeschäfte ein. Durch diese standardisierten Bedingungen wird insbesondere der Wettbewerb zwischen ihnen, z. B. um die beste Dekoration, ausgeschlossen. Damit liegt eine Beschränkung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV vor. Das Konkurrenzverbot und das Weiterveräußerungsverbot fallen zusätzlich unter das Regelbeispiel des Art. 101 Abs. 1, 2. HS lit. b) AEUV.

Bei Franchiseverträgen sind die für das Funktionieren des Franchisings notwendigen Einschränkungen nach Auffassung der Kommission schon keine Beschränkungen. Richtigerweise dürfte es sich jedoch um eine ungeschriebene Ausnahme von Art. 101 Abs. 1 AEUV handeln, die daher erst an dieser Stelle behandelt wird (s.u.). Der Verortungsstreit für diese Ausnahme ist nicht ergebnisrelevant. Somit liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor (a.A. gut vertretbar, wenn man auf Basis der Auffassung der Kommission hier prüft).

Diese muss bezweckt oder bewirkt sein. Hier ist diese Wettbewerbsbeschränkung durchaus Ziel des Verhaltens, sie wird also bezweckt. Außerdem entspricht es jedenfalls der Wirkung des Verhaltens.

4. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung

Als ungeschriebenes, mit einer teleologischen Reduktion des Art. 101 Abs. 1 AEUV zu rechtfertigendes Merkmal, verlangt die Kommission mit Billigung des EuGH eine Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung. Diese wird gemäß der de minimis Bekanntmachung bei vertikalen Verträgen, wie sie hier vorliegen, bei einem Marktanteil

von mehr als 15 % angenommen. Bei parallelen Verträgen ist das Gesamtbündel zusammenzurechnen. V alleine hat mit 24 % deutlich mehr als die 15 % Marktanteil in der Europäischen Union. Zwar scheint die Beschränkung nur die neuen Exklusivgeschäfte zu betreffen, deren Gesamtumsatz jedenfalls anfänglich kaum 15 % Marktanteil erreichen dürfte. Diese sollen aber den Vertrieb über die großen Kaufhäuser und den Facheinzelhandel ablösen, so dass auf Basis des bisherigen Marktanteils von 24 % zumindest mittelfristig die 15 % in jedem Fall überschritten werden (a.A. vertretbar, wenn man statisch auf den aktuellen Status quo der Exklusivgeschäfte abstellt).

5. Spürbare (potentielle) Zwischenstaatlichkeit

Die Maßnahme muss zumindest geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Außer bei rein nationalen Vorgängen ist dies grundsätzlich anzunehmen. Hier sind V und seine Konkurrenten europäisch tätig, sodass kein rein nationaler Vorgang vorliegt. Die Kommission verlangt jedoch auch eine Spürbarkeit der möglichen zwischenstaatlichen Wirkung. Diese ist dann nicht gegeben, wenn der Umsatz 40 Mio. € und zusätzlich der Marktanteil 5 % nicht überschreitet. V liegt bei Umsatz und Marktanteil über diesen Werten. Somit ist auch die Voraussetzung der Zwischenstaatlichkeit gegeben.

6. Ungeschriebene Einschränkung des Art. 101 Abs. 1 AEUV

Eine ungeschriebene Einschränkung kommt hier aufgrund des Vorliegens eines Franchisings in Betracht. Generell gilt, dass es nicht Aufgabe des Kartellrechts ist, die für den Erfolg eines anerkannten Vertragstyps notwendigen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Das Franchising basiert ökonomisch auf dem einheitlichen Auftreten und ist für diesen Vertragstyp notwendig. Es handelt sich bei der Vereinheitlichung des Auftretens auch nur um einen Randbereich des Wettbewerbs. Damit sind Vorschriften, die die entsprechende einheitliche Präsentation vorschreiben, unbedenklich. Das Verbot des Weiterverkaufs oder das Konkurrenzverbot oder die Informationspflichten sind jedoch für das Franchising nicht unerlässlich. Für diese drei bedarf es daher einer kartellrechtlichen Rechtfertigung.

Exkurs: Noch bisher ungeklärt ist, ob die Privilegierung des Franchisings Teil eines umfassenderen Privilegierungsansatzes ist. Dies wäre der Netzgedanke oder noch allgemeiner das Funktionalitätserfordernis. Kann ein wirtschaftliches Ergebnis nur durch das netzförmige Zusammenwirken mehrerer erreicht werden, erscheint es grundsätzlich legitim dieses Zusammenwirken zu privilegieren. Auswirkungen könnte dieser Gedanke z.B. auf die Zentralvermarktung bei der Bundesliga haben.

7. Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO

Die Vereinbarung könnte gemäß Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO freigestellt sein.

a) Wirkung des Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO (Vereinbarkeit mit Art. 101 Abs. 3 AEUV)

Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO enthält die Fiktion des Vorliegens der Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Die Zulässigkeit von eigenständigen Freistellungen in den GVO ist kompetenziell problematisch, da das Sekundärrecht (VO) nicht das Primärrecht (AEUV) ändern kann. Die GVO-Regeln lassen sich auch nicht alle als

bloße Interpretation des Art. 101 Abs. 3 AEUV erklären. Auch die Möglichkeit durch GVO freigestellte Vereinbarungen im Einzelfall bei atypischen, von der GVO nicht berücksichtigten Wirkungen durch den Art. 101 Abs. 3 AEUV zu messen, beseitigt nicht die Bedenken gegen die GVOs als eigenständige materielle Regelungen, wie sie insbesondere in den dazugehörigen Marktanteilen zum Ausdruck kommen. Der EuGH könnte jedoch wirksam das Primärrecht geändert haben. Eine Rechtsfortbildungskompetenz wird vom EuGH in Anspruch genommen und bejaht. Die Notwendigkeit der Dynamisierung und der Typisierung von Vertragsarten wurde vom Primärgesetzgeber womöglich übersehen. Da der AEUV schon aus formellen Gründen nicht so häufig wie die GVOs geändert werden kann, war es im Interesse aller Beteiligten rechtsfortbildend die Modifizierung des Art. 101 Abs. 3 AEUV durch die GVOs zuzulassen. Somit verstößt die Vertikal-GVO nicht gegen Art. 101 Abs. 3 AEUV und darf zur Grundlage der Prüfung gemacht werden.

Wer die Vertikal-GVO wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 3 AEUV formal für unwirksam hielte, müsste nur die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV prüfen. Eine unmittelbare Rechtfertigung über Art. 101 Abs. 3 AEUV ist für die konkreten Regeln kaum vertretbar. Zwischen V und den Exklusivhändlern liegen jeweils Vertikalvereinbarungen i.S.d. Art. 1 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO vor.

b) Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO

Bei vertikalen Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern gilt die Freistellung gemäß Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO jedoch nur unter zusätzlichen Voraussetzungen. Da V auch eigene Geschäfte hat, steht V im Verhältnis zu den Exklusivgeschäften im unmittelbaren Wettbewerb. Somit sind die Voraussetzungen des Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO zu erfüllen.

Zunächst muss es sich um nicht wechselseitige vertikale Vereinbarungen handeln. Hier liegen weder wechselseitige Lieferungen oder ähnliche vertikale Vereinbarungen noch wechselseitige Wettbeschränkungen vor. Die Lieferung geht vielmehr nur in eine Richtung und auch nur in eine Richtung wird eine Wettbewerbsbeschränkung auferlegt. Unabhängig von der genauen Auslegung des Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO ist die Voraussetzung der nicht wechselseitigen vertikalen Vereinbarung damit erfüllt.

Zusätzlich muss eine weitere Voraussetzung des Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO erfüllt sein. Gemäß lit. a) der Regelung gilt die Freistellung, wenn der Anbieter zugleich Hersteller und Verkäufer von Waren, der Abnehmer dagegen ein Händler ist, der keine mit den Vertragswaren im Wettbewerb stehenden Waren herstellt. Da V herstellt und an Händler unmittelbar veräußert, die Exklusivhändler dagegen nur verkaufen, liegt ein solcher Fall vor. Im Ergebnis scheitert die Freistellung also nicht an Art. 2 Abs. 4 Vertikal-GVO.

c) Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO

Die Freistellung gilt gemäß Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO nur, sofern V als Anbieter und die Exklusivhändler als Abnehmer jeweils einen Marktanteil von 30 % nicht überschreiten. Legt man, wie hier, den europäischen Markt und einen Marktanteil des V von 24 % zugrunde, so scheitert die Freistellung nicht an Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO. Gleiches wird für die Exklusivhändler auf der Abnehmerseite gelten.

d) Art. 4 lit. b) Vertikal-GVO (Weiterveräußerungsverbot)

Gemäß Art. 4 Vertikal-GVO führt eine Verwendung einer dort genannten (schwarzen) Klausel insgesamt zum Verlust der Freistellung der gesamten Vereinbarung und damit zur Anwendbarkeit des Verbotes des Art. 101 AEUV auf die gesamte Vereinbarung. Das Weiterveräußerungsverbot für die Exklusivhändler ist jedoch gemäß Art. 4 lit. b), iii) Vertikal-GVO zulässig.

e) Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO (Informationssystem)

Das Informationssystem könnte gegen Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO verstoßen und damit insgesamt unwirksam sein. Das Informationssystem müsste dafür der Preiskontrolle dienen. Eine solche ist jedoch nach dem Sachverhalt nicht beabsichtigt und mangels Angaben über Preisvorgaben auch nicht möglich. Die Preise sind hier nach dem Sachverhalt nicht gebunden. Das System dient der Absicherung des Konkurrenzverbotes, nämlich des Verbotes zu V als Hersteller und Designer in Konkurrenz zu treten. Dieses Verbot fällt auch unter keine der übrigen schwarzen Klauseln des Art. 4 Vertikal-GVO.

f) Art. 5 Vertikal-GVO (Konkurrenzverbot)

Art. 5 Vertikal-GVO behandelt die grauen (roten) Klauseln, die nur als solche unwirksam sind und keine Auswirkungen auf andere wettbewerbsbeschränkende Regeln geschweige den Vertrag als Ganzes haben. Das (eingeschränkte) Konkurrenzverbot könnte sowohl gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO als auch gegen Art. 5 Abs. 1 lit. b) Vertikal-GVO verstoßen. Zum einen lässt die Klausel nicht klar erkennen, ob sie etwa bei Beendigung der Exklusivvereinbarung auch über das Ende der Exklusivvereinbarung hinaus gelten soll. Wenn dies der Fall sein sollte, wäre sie mit Art. 5 Abs. 1 lit. b) Vertikal-GVO nicht vereinbar. Zum anderen überschreitet die Klausel die Fünfjahresgrenze des Art. 5 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO. Wird der Käufer in Räumlichkeiten des Lieferanten tätig, gilt diese Beschränkung jedoch nicht (Art. 5 Abs. 2 Vertikal-GVO). Diese Ausnahme liegt hier jedoch nicht in allen Fällen vor. Es ist also zu differenzieren. Soweit in Räumlichkeiten von V das Geschäft betrieben wird, liegt kein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO vor. Ansonsten ist Art. 5 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO durch das Konkurrenzverbot verletzt. Das Informationssystem, welches der Durchsetzung dieses Verbotes dient, ist damit zugleich erfasst. Wegen der Erkennbarkeit von Fremdverkäufen dürfte wohl zugleich ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 lit. c) Vertikal-GVO vorliegen (a.A. vertretbar).

g) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist also das Informationssystem und in einigen Fällen auch das Konkurrenzverbot unzulässig.

8. Art. 101 Abs. 3 AEUV

Anders als der Wortlaut des Art. 101 Abs. 3 AEUV vermuten lässt, gilt ausweislich der VO 1/2003 das Prinzip der Legalausnahme (a.A. noch vertretbar, wenn man die VO 1/2003 insoweit wegen Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 3 AEUV als unwirksam ansehen würde). Das Weiterveräußerungsverbot, das Konkurrenzverbot und die In-

formationspflichten dienen nicht den Verbrauchern, sodass eine Privilegierung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV nicht in Betracht kommt.

Hinweis: Nach den Rechtsfolgen war nicht gefragt. Unwirksam gemäß Art. 101 Abs. 2 AEUV sind in Vertikalvereinbarungen zum Schutz der Vertragspartner grundsätzlich nur die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln in ihrer Gesamtheit und bei grauen (roten) Klauseln ist jeweils nur die einzelne kartellrechtswidrige Klausel unwirksam.

III. §§ 1 ff. GWB

Die §§ 1 ff. GWB sind zwar selbst im Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV (bei spürbarer Zwischenstaatlichkeit) anwendbar. Sie dürfen jedoch nach Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 weder einen nach Art. 101 AEUV verbotenen Tatbestand freistellen noch einen nach Art. 101 AEUV erlaubten Tatbestand verbieten. Sie dürfen mit anderen Worten nicht zu einem abweichenden Ergebnis kommen. Daher ist ihre Anwendung ohne Auswirkung auf das Ergebnis und kann somit unterbleiben.

IV. Missbrauch einer absolut marktbeherrschenden Stellung gemäß §§ 18 ff. GWB

1. Anwendbarkeit

Gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 sind bei einseitigen Verhaltensweisen auch bei grenzüberschreitenden Vorgängen strengere nationale Regeln erlaubt.

2. Marktbeherrschendes Unternehmen

Aufgrund der gleichen Begriffskonkretisierung ist V auch im deutschen Recht Unternehmen. Für die Marktabgrenzung gelten grundsätzlich die gleichen Kriterien wie im europäischen Recht. Somit ist sachlich der Angebotsmarkt für Luxusporzellan betroffen. Eine zeitliche Eingrenzung gibt es nicht. Räumlich müsste konsequenter Weise der europäische Markt maßgeblich sein. Allerdings hatte der BGH früher in der Backofen-Entscheidung für die §§ 18 ff. GWB aufgrund der nur nationalen Kompetenzen des deutschen Gesetzgebers als maximales Marktgebiet das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland angesehen. Mit der Filtertüten-Melitta-Entscheidung hat der BGH diese Einschränkung wieder aufgegeben. Dies ist jetzt ausdrücklich in § 18 Abs. 2 GWB kodifiziert. Somit ist maßgebliches Gebiet die Europäische Union (Hinweis: In der Klausur würde der knappe Hinweis auf § 18 Abs. 2 GWB genügen).

Gemäß § 18 Abs. 4 GWB wird die Marktbeherrschung ab einem Marktanteil von 40 Prozent vermutet. V überschreitet diese Marktanteilsschwelle nicht. Aufgrund der starken Konkurrenz, insbesondere durch X, kommt auch keine Marktbeherrschung gemäß § 18 Abs. 3 GWB in Betracht. V ist daher auch nach deutschem Recht nicht absolut marktbeherrschend.

Die Oligopolvermutung des § 18 Abs. 6 Nr. 1 GWB ist erfüllt. Aufgrund des vorhandenen Wettbewerbs zwischen V, X und Y wird diese Vermutung jedoch gemäß § 18 Abs. 7 Nr. 1 GWB widerlegt.

V. Missbrauch relativer Marktmacht gemäß § 20 Abs. 1 GWB i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 1 bzw. § 20 Abs. 2 GWB i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 5 bzw. § 20 Abs. 3 GWB

1. Relative Marktmacht

Erforderlich ist jeweils relative Marktmacht gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen. Die Exklusivhändler sind, jedenfalls wenn sie nur einen Exklusivladen betreiben, ohne weiteres kleine Unternehmen. Bei den bisherigen Abnehmern von V, den Facheinzelhändlern und „großen Kaufhäusern“ ist zu differenzieren. „Große Kaufhäuser“ sind weder kleine noch mittlere Unternehmen (selbst wer dies anders sehen würde, müsste akzeptieren, dass sich nach dem ausdrücklichen Sachverhalt die sortimentsbedingte Abhängigkeit nur auf die Facheinzelhändler bezieht). Die Facheinzelhändler werden jedoch in aller Regel kleine oder mittlere Unternehmen sein. Im Rahmen des § 20 Abs. 3 GWB, der die kleinen und mittleren Konkurrenten schützt, wäre nicht auf die Exklusivgeschäfte bzw. die bisherigen Abnehmer abzustellen, sondern auf Konkurrenten von V in der Herstellung von Luxusporzellan. Während X und Y erkennbar keine kleinen oder mittleren Unternehmen sind, dürfte es angesichts der fehlenden Prozente bis 100 % Marktanteil solche kleinen oder zumindest mittleren Unternehmen geben. Dafür spricht insbesondere auch, dass selbst V als europäischer Marktführer nur einen weltweiten Umsatz von 200 Mio. € hat. Eine relative Marktmacht kommt somit gegenüber den Exklusivhändlern, den Fachhändlern als bisherigen Abnehmern und im Rahmen des § 20 Abs. 3 GWB gegenüber kleineren Herstellerkonkurrenten in Betracht.

§ 20 Abs. 1 S. 2 GWB enthält eine Vermutung für eine Abhängigkeit von einem Nachfrager. Da V hier Anbieter und nicht Nachfrager ist, ist diese Vermutung nicht einschlägig. Es könnte hier jedoch eine Abhängigkeit im Sinne des § 20 Abs. 1 S. 1 GWB vorliegen. Für die Exklusivhändler kommt eine unternehmensbedingte Abhängigkeit in Betracht. Zwar sind sie vor Abschluss des Exklusivvertrages frei und insofern nicht abhängig. Nach dem Abschluss des Franchising-Vertrages sind sie jedoch fest an V gebunden und von V abhängig. Daher liegt ab diesem Zeitpunkt eine unternehmensbedingte Abhängigkeit vor. Da die Durchsetzung der Vertragsbedingungen nach diesem Zeitpunkt liegt, ist § 20 Abs. 1 GWB für die Exklusivverträge heranzuziehen. Allerdings ist zu beachten, dass die Exklusivverträge nicht rein einseitig sind. Da Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 aber nur in diesen Fällen eine Anwendung strengerer nationalen Rechts mit abweichenden Ergebnissen erlaubt, ist daher für diese Exklusivverträge selbst ein Rückgriff auf das deutsche Recht i.S. einer Abweichung von Art. 101 AEUV nicht erlaubt, womit die Prüfung entbehrlich ist (a.A. bei anderem Verständnis von Einseitigkeit vertretbar). Da der Verkehr bei den Fachgeschäften erwartet, alle drei Spitzenfirmen zu finden, liegt für die Fachhändler eine Spitzengruppenabhängigkeit vor. Für kleine außenstehende Konkurrenten würde sich eine Abhängigkeit gemäß § 20 Abs. 1 GWB nur dann bejahen lassen, wenn sie auf die Absatzkanäle von V angewiesen wären. Sie vertreiben jedoch bisher nicht über die Exklusivhändler von V und sind daher auch für die Zukunft nicht darauf angewiesen. § 20 Abs. 1 GWB ist daher auf kleine Konkurrenten nicht anwendbar.

2. § 20 Abs. 3 GWB, § 20 Abs. 2 GWB i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB

§ 20 Abs. 3 GWB schützt nur Konkurrenten. Da die aber nicht auf die Absatzkanäle des V angewiesen sind, ist § 20 Abs. 3 S. 1 GWB für diese nicht erfüllt. § 20 Abs. 3 S. 1 GWB könnte jedoch für die Fachhändler als Konkurrenten zu V, der ja eigene Geschäfte hat, erfüllt sein. Die Belieferung der Fachhändler betrifft jedoch nicht die horizontale Konkurrenzebene, sondern die vertikale Absatzlinie. Daher ist § 20 Abs. 3 S. 1 GWB hier nicht einschlägig (a.A. vertretbar). § 20 Abs. 2 GWB i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB ist mangels Vorzugsbedingungen weder in Bezug auf die Exklusivverträge noch auf das Verhältnis zwischen V und den Facheinzelhändlern als bisherigen Abnehmern erfüllt.

3. 20 Abs. 1 GWB i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB

a) Nichtbelieferung mit neuester Serie

Die geplante Nichtbelieferung der Facheinzelhändler mit der neuesten exklusiven Serie könnte eine Diskriminierung der Fachhändler gegenüber den Exklusivhändlern und eine unbillige Behinderung sein. Eine Ungleichbehandlung liegt vor. Angesichts der bisherigen Erwartung der Käufer liegt auch eine Behinderung der Facheinzelhändler als Abnehmer vor. Es kommt somit auf die Unbilligkeit der Behinderung bzw. den fehlenden sachlichen Grund bei der unterschiedlichen Behandlung an. Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, dass die Händler mit den restlichen Waren zunächst noch beliefert werden, also der Eingriff relativ gering ist. Außerdem handelt es sich bei der neuen Linie um eine Exklusivlinie. Das heißt, der Standard ist hier besonders hoch. Die Erwartungshaltung der Kunden ist hier nicht so stark betroffen, da diese Ware auch bisher nicht bei den Fachhändlern zu beziehen war. Schließlich bieten die Fachhändler nicht die Exklusivität, die die Exklusivgeschäfte bieten. Der Differenzierung liegt daher ein sachlicher Grund zugrunde. Zwar mag es geboten sein, den Fachgeschäften die Möglichkeit einzuräumen, den gleichen exklusiven Standard zu erreichen, um dann auch mit der neuesten Serie beliefert zu werden. Zumindest solange dies nicht der Fall ist, dürfte die Nichtbelieferung nicht kartellrechtswidrig sein (a.A. vertretbar).

b) Vollständiger Abbruch der Lieferbeziehung

Der vollständige Abbruch der Lieferbeziehung ist eine Ungleichbehandlung und Behinderung der Fachgeschäfte gegenüber den Exklusivgeschäften. Fraglich ist also wieder, ob die Behinderung unbillig ist bzw. ob die Ungleichbehandlung unsachlich ist. Die Fachgeschäfte erfüllen jetzt schon hohe Qualitätsstandards. Bei Luxusporzellan ist es jedoch nicht unsachlich, den Qualitätsstandard besonders hoch anzusetzen, wie dies bei der einheitlichen Ausgestaltung durch die Exklusivgeschäfte vorgesehen ist. Legt man dies zugrunde, so müsste man allerdings den Fachgeschäften wohl zumindest die Möglichkeit geben, die gewünschte Exklusivität neuer Form zu erreichen. Dann wäre der Abbruch der Beziehung ohne eine Chance zur Erfüllung der Voraussetzungen unbillig. Andererseits lässt sich auch vertreten, dass es eine zulässige und legitime Vertriebsform ist, dass ausschließlich über Eigengeschäfte und Exklusivhändler, die nichts anderes führen, vertrieben wird. Die Verträge mit den Exklusivhändlern enthalten jedoch ein solches Verbot, fremde Ware zu verkaufen, derzeit nicht. Dementsprechend ist der Abbruch der Geschäftsbeziehung, ohne den Fachhändlern eine Anpassungschance einzuräumen, kartellrechtswidrig.

4. Zwischenergebnis

Der vollständige Abbruch der Geschäftsbeziehung zu den Fachhändlern ohne Anpassungsmöglichkeit verstößt gegen § 20 Abs. 1 GWB i.V.m. § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.

VI. Bonusaufgabe

Dem Unternehmen ist zu empfehlen, alle Räumlichkeiten für die Exklusivhändler selbst anzumieten oder zu kaufen und dann an die Exklusivhändler weiterzuvermieten, um eine Unwirksamkeit nach Art. 5 Abs. 1 lit. a) Vertikal-GVO zu vermeiden. Es sollte klargestellt werden, dass das Konkurrenzverbot nur für die Mietlaufzeit gilt. Auf das Informationssystem sollte verzichtet werden. Den Fachhändlern sollte eine Möglichkeit zur Umstellung auf die erhöhten Anforderungen bei Exklusivgeschäften gegeben werden. Setzt man die notwendigen Flächen, Exklusivgestaltungen, Fensterflächen etc. hinreichend hoch an, wird praktisch kaum jemand die Voraussetzungen erfüllen (Vorbild Automobilindustrie). Allerdings ist zu beachten, dass dies auch für die eigenen Exklusivgeschäfte gelten muss und daher auch unökonomisch sein könnte und dann praktisch nicht umsetzbar wäre.