

Professor Dr. Peter Krebs

2. Übungsklausur im Wettbewerbsrecht – WS 2018/19

Behandelte Gebiete: Kartellverbot, Freistellung, Vertikal-GVO, Missbrauch absoluter und relativer Marktmacht, Boykottverbot

Lösungsvorschlag:

A. Preissenkung um 10 Cent durch A und B

I. Vereinbarkeit mit Art. 102 AEUV

Zu prüfen ist, ob die Preissenkung um 10 Cent durch A und B mit Art. 102 AEUV vereinbar ist.

1. Anwendbarkeit

Zunächst müsste Art. 102 AEUV anwendbar sein.

Art. 102 AEUV ist, obwohl Primärrecht, unmittelbar anwendbar und zwar auch durch das Bundeskartellamt.

2. Marktbeherrschende Unternehmen

A und B sind selbständig wirtschaftlich tätig und handeln weder rein privat noch rein hoheitlich und sind damit Unternehmen entsprechend 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 der Milchmarkt. Da die Preissenkung negative Effekte nur für die Lieferanten und für die Kleinkonkurrenten hat, sind Einkaufsmarkt und Verkaufsmarkt zugleich betroffen (gewünscht war zumindest eine Konkretisierung des Milchmarktes).

In räumlicher Hinsicht ist der deutsche Markt (Bundeskartellamt, Deutsche Bauern, ausländische Lieferungen gibt es zwar, aber nicht dominierend) als wesentlicher Teil des gemeinsamen europäischen Marktes betroffen.

Im Primär- und 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. A und B haben mit C, D und E zusammen einen Marktanteil von 70 %. Damit ist nicht davon auszugehen, dass A und B für sich allein marktbeherrschend sind. Fraglich

könnte allenfalls sein, ob A und B gemeinsam als Oligopol den Markt beherrschen. Eine europäische Vermutung gibt es nicht.

Hier spricht das tatsächliche Marktgeschehen eindeutig gegen eine gemeinsame Marktbeherrschung ohne effizienten Wettbewerb, sodass eine Marktbeherrschung i.S.v. Art. 102 AEUV nicht vorliegt.

Die Preissenkung um 10 Cent durch A und B verstößt daher nicht gegen Art. 102 AEUV.

Hinweis: Die gesamte Prüfung des Art. 102 AEUV hätte unter Hinweis auf den vorhandenen Wettbewerb drastisch gekürzt werden können.

II. Vereinbarkeit mit Art. 101 AEUV

Zu prüfen ist, ob die Preissenkung um 10 Cent durch A und B mit Art. 101 AEUV vereinbar ist.

1. Anwendbarkeit

Art. 101 AEUV ist hinreichend bestimmt und unmittelbar anwendbar; dies wird auch durch Art. 3 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 bestätigt. Art. 101 AEUV hat Vorrang vor nationalem Kartellrecht und ist neben Art. 102 AEUV anwendbar.

2. Unternehmen

A und B sind wie bereits festgestellt Unternehmen.

3. Zusammenwirken von A und B

Eine Vereinbarung zwischen A und B liegt nicht vor. Fraglich ist, ob eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise vorliegt. Bei reinem Parallelverhalten von Unternehmen kann nicht generell ein aufeinander abgestimmtes Verhalten unterstellt werden (Unschuldsvermutung). Vorliegend ist lediglich ein Parallelverhalten von A und B festzustellen. Anzeichen für eine Abstimmung gibt es nicht. Ein Zusammenwirken von A und B liegt nicht vor. Damit verstößt die Preissenkung um 10 Cent durch A und B nicht gegen Art. 101 AEUV.

III. Vereinbarkeit mit §§ 1 ff. GWB

Die Prüfung zur Vereinbarkeit des Verhaltens mit §§ 1 ff. GWB ist entbehrlich. Wie festgestellt wurde, liegt keine abgestimmte Verhaltensweise vor. Ein anders Ergebnis ist aufgrund von Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 unzulässig.

IV. Missbrauch absoluter Marktmacht gemäß § 18, § 19 Abs. 1, 2, § 20 Abs. 3 GWB (analog)

Zu prüfen ist, ob die Preissenkung um 10 Cent durch A und B mit §§ 18 Abs. 1, § 19 Abs. 1, 2, § 20 Abs. 3 GWB (analog) vereinbar ist.

1. Anwendbarkeit

Nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 sind strengere nationale Regelungen bei einseitigen Verhaltensweisen erlaubt. Hier liegt keine europäische Marktbeherrschung und kein Fall des Art. 101 AEUV vor und daher gibt es kein Konkurrenzproblem. §§ 18 ff. GWB sind daher anwendbar.

2. Marktbeherrschendes Unternehmen

Alle Formen des Missbrauches absoluter Marktmacht setzen voraus, dass eine absolute Marktmacht im Sinne einer Marktbeherrschung gemäß § 18 GWB besteht. Die Vermutung der marktbeherrschenden Stellung und eine Oligopolbildung mehrerer Unternehmen gemäß § 18 Abs. 6 Nr. 1, 2 GWB greift bei 2 oder 3 Unternehmen ab einem gemeinsamen Marktanteil von 50 %, bei 4 oder 5 Unternehmen ab einem Marktanteil von zusammen zwei Dritteln. Die Vermutung kann jedoch im Einzelfall widerlegt werden (§ 18 Abs. 7 Nr. 1, 2 GWB). Der starke Preiswettbewerb spricht gegen die Annahme eines Oligopols. Eine Marktbeherrschung von A und B liegt also nicht vor. Mangels marktbeherrschender Stellung von A und B sind die Preissenkungen nicht gem. §§ 18 ff. GWB (Missbrauch absoluter Marktmacht) unzulässig.

V. Missbrauch relativer Marktmacht §§ 20 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GWB i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB

Zu prüfen ist, ob die Preissenkung um 10 Cent durch A und B mit §§ 20 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GWB i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB vereinbar ist.

1. Anwendbarkeit

Nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 sind strengere nationale Regelungen bei rein einseitigen Verhaltensweisen erlaubt. § 20 GWB ist daher anwendbar.

2. Relative Marktmacht

Relativ marktmächtig sind Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, von denen kleine oder mittlere Unternehmen (KMU) als Anbieter oder Nachfrager in einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistung in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen, § 20 Abs. 1 S. 1 GWB. Geschützt sind sowohl unmittelbare Anbieter, i.E. Molkereien, als auch mittelbare, wenn sie ebenfalls KMU sind. Bei den Molkereien handelt es sich laut Sachverhalt um KMU, auch die Milchbauern erfüllen diese Voraussetzung. Nach § 20 Abs. 1 S. 2 GWB besteht eine Vermutung der relativen Marktmacht des Nachfragers bei unüblichen Vergünstigungen der (KMU) Anbieter gegenüber dem Nachfrager. Hier besteht ein hoher Preisdruck der Einzelhandelsge-

schäfte auf die zuliefernden, meist mittelständischen Molkereien. Sie werden hierdurch zu unüblichen Vergünstigungen gegenüber den Nachfragern gedrängt. Die Voraussetzungen der Vermutung des § 20 Abs. 1 S. 2 GWB liegen damit vor.

Hinweis: In Betracht kommt auch eine unternehmens- oder nachfragebedingte Abhängigkeit.

Es besteht eine Abhängigkeit i.S.d. § 20 Abs. 1 S. 1 GWB (a.A. schwer vertretbar).

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

A und B dürfen ihre überlegene Marktposition nicht dazu ausnutzen, die kleinen und mittelständischen Molkereien und Milchbauern unbillig zu behindern. Die Molkereien und Milchbauern üben dieselbe Grundfunktion wie A und B aus. Sie bieten jeweils Milch zum Verkauf an. Fraglich ist, ob eine Behinderung vorliegt. Für die Behinderung reicht es nicht aus, dass die Maßnahme irgendwie nachteilig ist. Es muss sich um eine Verschlechterung der Wettbewerbschancen handeln. Die Wettbewerbschancen insbesondere der Milchbauern verschlechtern sich durch die Preissenkung erheblich. Die Behinderung ist auch unbillig (a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar). Ein Verstoß gegen §§ 20 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB liegt vor.

4. Passive Diskriminierung § 20 Abs. 2 i.V.m. § 20 Abs. 1 S. 1, § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB

Weiterhin könnten die Voraussetzungen einer passiven Diskriminierung geben sein. Dieser Missbrauch der Nachfragemacht setzt Vorzugsbedingungen ohne sachlich gerechtfertigten Grund voraus. Es besteht kein generelles Verbot von Preisnachlässen, sondern es ist nur ein Schutz der Konkurrenten vor Benachteiligung durch marktmächtige Unternehmen bezweckt. Die Preissenkungen stellen eine nicht leistungsgerechte Vergünstigung dar. Die Veranlassung erfolgte unter Ausnutzung der Marktstellung. Es besteht eine Kausalität zwischen Marktstellung und Vorteilsgewährung. Die Voraussetzungen der passiven Diskriminierung sind damit erfüllt.

5. Verbotene Verhaltensweisen gem. § 20 Abs. 3 GWB

Zu prüfen ist schließlich, ob es sich bei der Preissenkung auch um eine verbotene Verhaltensweise gemäß § 20 Abs. 3 GWB handelt. Die Molkereien und Bauern sind jedoch keine Wettbewerber der Einzelhandelsketten (a.A. nur sehr schwer vertretbar, da es ungeachtet derselben Grundfunktion des Milchverkaufs unterschiedliche Abnehmer gibt; nicht umsonst besteht ein Vertikalverhältnis Bauern – Molkereien – Einzelhandel/Großabnehmer – Endverbraucher, womit eine unbillige Behinderung im Rahmen von § 20 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB zu prüfen ist, s.o.). Eine horizontale unbillige Behinderung liegt nicht vor.

Die Preissenkung verstößt damit gegen §§ 20 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GWB i.V.m. §§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB (Missbrauch relativer Marktmacht).

B. Milchboykott durch den Bauernverband

I. Vereinbarkeit mit Art. 102 AEUV

Der Verband stellt kein Unternehmen dar. Die Bauern sind auch kein Oligopol. Damit verstößt der Milchboykott durch den Verband nicht gegen Art. 102 AEUV.

II. Vereinbarkeit mit Art. 101 AEUV

1. Anwendbarkeit

Art. 101 AEUV ist hinreichend bestimmt und unmittelbar anwendbar; dies wird auch durch Art. 3 Abs. 1 S. 1 VO 1/2003 bestätigt.

2. Unternehmensvereinigung

Normadressaten des Art. 101 AEUV sind Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen. Der Bauernverband ist Unternehmensvereinigung (Milchbauern als Unternehmen).

3. Zusammenwirken

Weiterhin müsste ein Beschluss der Unternehmensvereinigung vorliegen. Erfasst sind alle Beschlüsse unabhängig von ihrer Form und Wirksamkeit und zwar grundsätzlich auch durch ein unzuständiges Gremium. Auch Empfehlungen einer Unternehmensvereinigung sind dann als Beschlüsse anzusehen, wenn sie verbindlich sind oder zumindest geeignet sind, die Empfänger zur Einhaltung zu veranlassen, weil ansonsten Nachteile drohen. Werden Empfehlungen nur rein tatsächlich befolgt, liegt zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise vor. Bei der Entscheidung für den Boykott handelt es sich zumindest um eine Empfehlung, die tatsächlich befolgt wird.

Hinweis: Bei Ablehnung der Voraussetzungen für einen Beschluss liegt in jedem Fall eine abgestimmte Verhaltensweise der Bauern als Unternehmer vor.

4. Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung

Der Boykott muss den Wettbewerbs verhindern, einschränken oder verfälschen. Der Boykott führt zu einer Einschränkung des Absatzes iSd Art. 101 Abs. 1, 2. HS lit. b) AEUV. Diese Wettbewerbsbeschränkung muss mit dem Beschluss bezweckt oder bewirkt werden. Die Absatzbehinderung ist Zweck des Boykotts, jedenfalls aber hierdurch bewirkt.

5. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung (de minimis Grenze)

Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal folgt aus einer teleologischen Reduktion, dass die Wettbewerbsbeschränkung zu einer spürbaren Marktbeeinträchtigung führen muss. Nach der Bagatellbekanntmachung der Kommission ist das bei konkurrierenden Unternehmen bei Marktanteilen von mehr als 10 %, bei nicht konkurrierenden Unternehmen bei Marktanteilen von mehr als 15 % der Fall. 70 % der deutschen Bauern folgen dem Boykottaufruf. Es ist daher davon auszugehen, dass die de minimis Gren-

ze auch unter Berücksichtigung ausländischer Lieferungen überschritten wird. (Beweckte Beschränkungen gelten ihrer Natur nach sogar von vornherein als spürbare Beeinträchtigung des Wettbewerbs, Kommission, De-minimis-Bekanntmachung, I. 2., II. 13.). Damit ist eine Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung in jedem Fall gegeben.

6. Eignung den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen

Rein innerstaatliche Sachverhalte fallen nicht unter Art. 101 AEUV, sondern sind nach nationalem Kartellrecht zu beurteilen. Für die Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV reicht eine abstrakte Einigung zur Beeinträchtigung, auch wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar nur in einem Mitgliedsstaat auswirkt (z.B. reicht die Möglichkeit der Marktabschottung gegenüber ausländischen Unternehmen). Auch für die Zwischenstaatlichkeit wird (wiederum aus einer teleologischen Reduktion) eine Spürbarkeit verlangt. Diese wird verneint, wenn der Umsatz der Beteiligten 40 Mio. € und der Marktanteil 5 % nicht überschreitet. Der Boykott ist geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Zudem ist davon auszugehen, dass der Bauernverband die Umsatz- und Marktanteilsschwellen überschreitet (a.A. mangels Angaben im Sachverhalt vertretbar).

7. Ungeschriebene Einschränkungen

Vorliegend ist kein Fall irgendwelcher Einschränkungen vom Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV (z.B. „rule of reason“, Immanenztheorie) gegeben.

8. Legalausnahmen vom Kartellverbot und Freistellung

a) Freistellung durch GVOen

Eine Ausnahme durch Gruppenfreistellungsverordnungen ist nicht ersichtlich.

b) Freistellung durch Art. 101 Abs. 3 AEUV

Die Vereinbarung kann auch durch die Ausnahmen in Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sein. Die dort aufgeführten Voraussetzungen müssten kumulativ erfüllt sein. Hier fehlt es zumindest an einem wirtschaftlichen oder technischen Fortschritt. Bei dem Boykottaufruf handelt es sich damit um ein Zusammenwirken, das eine Wettbewerbsbeschränkung mit sich bringt; der Aufruf ist daher gem. Art. 101 Abs. 1 AEUV verboten und damit unzulässig.

III. Vereinbarkeit mit §§ 1 ff. GWB

Die Prüfung zur Vereinbarkeit des Verhaltens mit §§ 1 ff. GWB ist entbehrlich. Es wurde festgestellt, dass ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV vorliegt. Ein anders Ergebnis ist aufgrund von Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 unzulässig.

Hinweise Bei Ablehnung des Art. 101 Abs. 1 AEUV mangels Zwischenstaatlichkeit ist eine Überprüfung der §§ 1 ff. GWB notwendig.

IV. Absolute Marktmacht, §§ 19 Abs. 1, Abs. 2, §§ 20 Abs. 3 GWB (analog)

1. Anwendbarkeit

Nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 sind strengere nationale Regelungen bei einseitigen Verhaltensweisen erlaubt. Wie festgestellt, liegt hier jedoch ein Zusammenwirken im Sinne des Art. 101 AEUV und daher kein einseitiges Verhalten vor. Es besteht daher eine Sperrwirkung durch Art. 101 AEUV aufgrund von Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003.

Hinweis: Bei Ablehnung des Art. 101 AEUV scheidet der Anspruch an der fehlenden Marktbeherrschung.

V. Relative Marktmacht, §§ 20 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GWB i.V.m. §§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB

Zu prüfen ist, ob der Boykottaufruf des Bauernverbandes mit §§ 20 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 i.V.m. §§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB vereinbar ist. Nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 sind strengere nationale Regelungen bei einseitigen Verhaltensweisen erlaubt. Wie festgestellt, liegt hier jedoch ein Zusammenwirken im Sinne des Art. 101 AEUV und daher kein einseitiges Verhalten vor. Es besteht daher eine Sperrwirkung durch Art. 101 AEUV aufgrund von Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003.

Hinweis: Bei Ablehnung des Art. 101 AEUV scheidet der Anspruch an der fehlenden Marktbeherrschung.

VI. Boykottverbot, § 21 Abs. 1 GWB

Zu prüfen ist, ob der Boykottaufruf des Bauernverbandes mit § 21 Abs. 1 GWB vereinbar ist. Fraglich ist, ob diese Regelung vorliegend überhaupt anwendbar ist. Nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 sind strengere nationale Regelungen bei einseitigen Verhaltensweisen erlaubt. Die Ausnahme des Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 gilt dabei nicht nur für Fälle absoluter und relativer Marktmacht gemäß den §§ 19, 20 GWB, sondern erfasst auch sonstiges wettbewerbsbeschränkendes Verhalten, darunter auch den Boykott nach § 21 GWB (siehe nur *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003, Art. 3 Rn. 32 mit weiteren Nachweisen). Die Geltung von Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 für den Bereich des Boykotts bedeutet auch, dass dann, wenn Beteiligte zusammenwirken, eine Sperrwirkung durch Art. 101 AEUV aufgrund von Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 besteht. Es muss daher bei der Anwendung von § 21 GWB im Einzelfall geklärt werden, ob das Verhalten eine einseitige Handlung darstellt oder ob es als mehrseitiges Verhalten zu qualifizieren ist (siehe *Rehbinder*, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, VO 1/2003, Art. 3 Rn. 34). Im Falle eines Boykottaufrufs kommt es etwa darauf an, ob ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung zum Boykott bzw. eine abgestimmte Verhaltensweise bei Befolgung des Boykottaufrufs vorliegt (Zusammenwirken im Sinne von Art. 101 AEUV) oder aber einseitiges Verhalten von Unternehmen (ein einseitiger Boykottaufruf) gegeben ist. Nur im letzteren Falle ist eine Anwendung von § 21 Abs. 1 GWB wegen Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 zulässig. Wie festgestellt, liegt hier jedoch ein Zusammenwirken im Sinne des

Art. 101 AEUV und daher kein einseitiges Verhalten vor. Dies kommt darin zum Ausdruck, dass es sich bei der Entscheidung für den Boykott zumindest um eine Empfehlung des Bauernverbands handelt, der von den Milchbauern überwiegend (70 %) befolgt wird. Gemäß den vorherigen Feststellungen stellt dies eine abgestimmte Verhaltensweise im Rahmen von Art. 101 AEUV dar. Darüber hinausgehende einseitige Elemente des Boykotts sind nicht ersichtlich. Da der Boykott als nicht einseitiges Verhalten zu qualifizieren ist, scheidet eine Anwendung von § 21 Abs. 1 GWB aufgrund von Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 jedenfalls insofern aus, als keine abweichenden Ergebnisse gegenüber der Prüfung von Art. 101 AEUV vorliegen dürfen (a.A. vertretbar).

Hinweis: Bei Ablehnung des Art. 101 AEUV sind die Voraussetzungen des § 21 GWB zu prüfen: Aufruf zur Liefersperre, gegenüber anderen Unternehmen, damit unbillige Behinderung, keine Rechtfertigung.

C. Preiserhöhung um 10 Cent für Milch und 20 Cent für Butter

Die Preiserhöhung um 10 Cent für Milch und 20 Cent für Butter ist kartellrechtlich unbedenklich, die Preiserhöhung ist gewünscht. Am ehesten wäre noch eine Prüfung des Art. 101 AEUV sinnvoll gewesen. Es handelt sich jedoch um ein reines Parallelverhalten zwischen A und B, die der politischen Grundstimmung genügen wollen.

D. Einwirken auf Molkereien

Die bloße Ansage „die Molkereien bitten“ zu wollen, ist kartellrechtlich unbedenklich.

E. Verpflichtung der Lieferanten zur Preiserhöhung durch A

I. Vereinbarkeit mit Art. 102 AEUV

A ist auch gegenüber den Lieferanten nicht absolut marktbeherrschend und verstößt daher nicht gegen Art. 102 AEUV.

II. Vereinbarkeit mit Art. 101 AEUV

1. Anwendbarkeit

Art. 101 AEUV ist hinreichend bestimmt und unmittelbar anwendbar.

2. Unternehmen

A ist ein Unternehmen. Auch die Lieferanten erfüllen die Unternehmenseigenschaften.

3. Zusammenwirken

Weiterhin müssen die Unternehmen in irgendeiner Weise zusammenwirken, sei es durch Vereinbarungen oder durch sonst abgestimmte Verhaltensweisen. Eine Vereinbarung liegt dann vor, wenn die beteiligten Unternehmen in irgendeiner Weise ihren gemeinsamen Willen zum Ausdruck gebracht haben, sich auf dem Markt in einer bestimmten Weise zu verhalten. Auf die rechtliche Verbindlichkeit der Absprache kommt es nicht an. Auch eine allgemeine Zwang- oder Drucksituation ist nicht entscheidend. Die Verpflichtung der Lieferanten zur Preiserhöhung stellt daher eine Vereinbarung dar.

4. Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung

Die Verpflichtung der Lieferanten zur Preiserhöhung muss den Wettbewerbs verhindern, einschränken oder verfälschen. Die Verpflichtung der Lieferanten zur Preiserhöhung stellt eine unmittelbare Festsetzung der Verkaufspreise i.S.d. Art. 101 Abs. 1, 2. HS lit. a) AEUV dar. Diese Wettbewerbsbeschränkung muss mit der Vereinbarung bezweckt oder bewirkt werden. Die Verpflichtung der Lieferanten zur Preiserhöhung bezweckt diese Beschränkung und wirkt sich auch dementsprechend aus.

5. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung (de minimis Grenze)

Wie oben ist davon auszugehen, dass von A die Marktanteilsschwelle von 15 % überschritten wird (a.A. mangels Angaben im Sachverhalt vertretbar).

6. Eignung den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen

Für die Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV reicht eine abstrakte Einigung zur Beeinträchtigung, auch wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar nur in einem Mitgliedsstaat auswirkt (z.B. reicht die Möglichkeit der Marktabschottung gegenüber ausländischen Unternehmen). Auch für die Zwischenstaatlichkeit wird (wiederum aus einer teleologischen Reduktion) eine Spürbarkeit verlangt. Diese wird verneint, wenn der Umsatz der Beteiligten 40 Mio. € und der Marktanteil 5 % nicht überschreitet. Die Verpflichtung der Lieferanten zur Preiserhöhung ist geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Zudem ist davon auszugehen, dass A die Umsatz- und Marktanteilsschwellen überschreitet (a.A. mangels Angaben im Sachverhalt vertretbar).

7. Ungeschriebene Einschränkungen

Vorliegend ist kein Fall irgendwelcher Einschränkungen vom Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV (z.B. „rule of reason“, Immanenztheorie) gegeben.

8. Freistellung durch GVO

Die Vereinbarung kann durch die Ausnahmen in Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt sein. Die dort aufgeführten Voraussetzungen müssten kumulativ erfüllt sein. Hier ergibt sich zumindest keine angemessene Beteiligung der Verbraucher an einem entstehenden Gewinn. Die Vereinbarung kann daher nicht nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden. Möglich ist aber eine Ausnahme durch Gruppenfreistellungsverordnungen.

Die Vereinbarung könnte gemäß Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO freigestellt sein. Die Vertikal-GVO setzt eine Vereinbarung zwischen Unternehmen auf unterschiedlichen Produktions- oder Handelsstufen voraus. Die Vereinbarung zwischen A und seinen Lieferanten erfolgt im Rahmen eines Kaufvertrages mit einer Lieferung von einer in die nächste Absatzstufe (Vertikalverhältnis). A und seine Lieferanten werden somit auf unterschiedlichen Stufen tätig. Zwischen A und den Lieferanten liegen jeweils Vertikalvereinbarungen i.S.d. Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO vor.

aa) Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO

Die Freistellung gilt gem. Art. 3 Abs. 1 Vertikal-GVO nur, sofern die Lieferanten einen Marktanteil von 30 % nicht überschreiten. Davon ist auszugehen.

bb) Art. 4 Vertikal-GVO

Gemäß Art. 4 Vertikal-GVO führt eine Verwendung einer dort genannten (schwarzen) Klausel des Art. 4 Vertikal-GVO insgesamt zum Verlust der Freistellung der gesamten Vereinbarung und damit zur Anwendbarkeit des Verbotes des Art. 101 AEUV auf die gesamte Vereinbarung. Die Verpflichtung der Lieferanten des A zur Erhöhung ihrer Einkaufspreise wird nicht von Art. 4 Vertikal-GVO erfasst (insbesondere wird hier nicht die Möglichkeit der Abnehmer zur eigenständigen Festsetzung der Verkaufspreise gem. Art. 4 lit. a) Vertikal-GVO beschränkt, da A Abnehmer ist und es um den Einkaufspreis der Lieferanten geht; a.A. selbst dann kaum vertretbar, wenn man darauf abstellt, dass die Lieferanten die Preiserhöhung an A faktisch „weitergeben“, was von diesem auch beabsichtigt ist).

cc) Art. 5 Vertikal-GVO

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. Die Verpflichtung zur Preiserhöhung fällt nicht unter Art. 5 Vertikal-GVO. Aufgrund der Erfüllung der Privilegierungsvoraussetzungen der Vertikal-GVO liegt kein Verstoß gegen Art. 101 AEUV vor.

III. Vereinbarkeit mit §§ 1 ff. GWB

Die §§ 1 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, sind sie nicht zu prüfen.

Hinweis: Bei Ablehnung des Art. 101 AEUV wäre § 1 GWB heranzuziehen, dessen Voraussetzungen vorliegen. Auch hier ergibt sich jedoch eine Freistellung gem. § 2 Abs. 2 GWB i.V.m. der Vertikal GVO.

IV. Absolute Marktmacht, §§ 19 Abs. 1, Abs. 2, § 20 Abs. 3 GWB (analog)

Wie bereits festgestellt, ist A nicht absolut marktmächtig. Eine Marktbeherrschung von A liegt nicht vor. Mangels marktbeherrschender Stellung von A ist die Verpflichtung der Lieferanten zur Preiserhöhung nicht gem. §§ 19 f. GWB unzulässig.

V. Relative Marktmacht, §§ 20 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GWB i.V.m. §§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB

Zu prüfen ist, ob die Verpflichtung der Lieferanten zur Preiserhöhung durch A mit §§ 20 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GWB i.V.m. §§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 5 GWB vereinbar ist.

1. Anwendbarkeit

Hier liegt keine europäische Marktbeherrschung und kein Fall des Art. 101 AEUV vor und daher gibt es kein Konkurrenzproblem. § 20 GWB ist daher anwendbar.

2. Relative Marktmacht

Relativ marktmächtig sind Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, von denen kleine oder mittlere Unternehmen (KMU) als Anbieter oder Nachfrager in einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistung in der Weise abhängig sind, dass ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Bei den Molkereien handelt es sich laut Sachverhalt um KMU, auch die Milchbauern erfüllen diese Voraussetzung. Nach § 20 Abs. 1 S. 2 GWB besteht eine Vermutung der relativen Marktmacht des Nachfragers bei unüblichen Vergünstigungen der (KMU) Anbieter gegenüber dem Nachfrager. Hier besteht ein hoher Preisdruck der Einzelhandelsgeschäfte auf die zuliefernden, meist mittelständischen Molkereien. Sie werden hierdurch zu unüblichen Vergünstigungen gegenüber den Nachfragern gedrängt. Die Voraussetzungen der Vermutung des § 20 Abs. 1 S. 2 GWB liegen vor.

Hinweis: In Betracht kommt auch eine unternehmens- oder nachfragebedingte Abhängigkeit.

Es besteht eine Abhängigkeit i.S.d. § 20 Abs. 1 S. 1 GWB (a.A. schwer vertretbar).

3. Unbillige Behinderung, § 20 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 20 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB

A dürfe die überlegene Marktposition nicht dazu ausnutzen, die kleinen und mittelständischen Molkereien unbillig zu behindern. § 20 Abs. 1 GWB schützt andere Unternehmen gegen unbillige Behinderung im Wettbewerb. Für die Behinderung muss es sich um eine Verschlechterung der Wettbewerbschancen handeln. Die Wettbewerbschancen der Lieferanten verschlechtern sich durch die Verpflichtung zur Zahlung höherer Preise. Für die Unbilligkeit ist eine Interessensabwägung erforderlich. Die Verpflichtung erfolgt primär zur Imagepflege von A. Die Behinderung ist daher auch unbillig. Ein Verstoß gegen § 20 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 20 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB liegt vor (a.A. vertretbar).

4. Verbotene Verhaltensweisen gem. § 20 Abs. 3 GWB

Die Lieferanten sind keine Wettbewerber. Eine horizontale unbillige Behinderung liegt nicht vor. Die Maßnahme verstößt damit gegen § 20 Abs. 2 S. 1 GWB i.V.m. § 20 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB (Missbrauch relativer Marktmacht).

F. Ankündigung des C,D und E zum marktkonformen Verhalten

I. Vereinbarkeit mit Art. 102 AEUV

1. Anwendbarkeit

Art. 102 AEUV ist anwendbar.

2. Marktbeherrschende Unternehmen

C, D und E müssten marktbeherrschende Unternehmen sein. C, D und E haben erst mit A und B zusammen einen Marktanteil von 70 %. Damit ist nicht davon auszugehen, dass C, D und E für sich allein marktbeherrschend sind. Im europäischen Recht gibt es zwar keine Oligopolvermutung wie im deutschen Recht, aber es werden mehrere Unternehmen im Wortlaut mit umfasst. Aufgrund des fehlenden Innenwettbewerbs zwischen A, B, C, D und E gegenüber den Lieferanten kann hier eine gemeinsame marktbeherrschende Stellung bejaht werden (a.A. gut vertretbar).

3. Missbräuchliches Ausnutzen der marktbeherrschenden Stellung

a) Verstoß gegen eines der Regelbeispiele des Art. 102 AEUV

In Betracht kommt ein Preismissbrauch gem. Art. 102 S. 2 lit. a) AEUV. Eine Erzwingung von Ankaufs- und Verkaufspreisen liegt vor. Fraglich ist, ob die Preise unangemessen sind. Preise sind unangemessen, wenn sie in einem Missverhältnis zum wirtschaftlichen Wert der Ware oder Dienstleistung stehen. Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt (a.A. vertretbar). Ein Preismissbrauch liegt demnach nicht vor. Auch eine unsachliche Kopplung gem. Art. 102 S. 2 lit. d) AEUV oder eine Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher gem. Art. 102 S. 2 lit. b) AEUV liegt fern. Gleiches gilt für Art. 102 S.2 lit. c) AEUV. Zwischenergebnis ist, dass kein Verstoß gegen die Beispielfälle des Art. 102 S. 2 AEUV vorliegt.

b) Verstoß gegen die Generalklausel des Art. 102 S. 1 AEUV

Ein Verstoß gegen die Generalklausel kommt ebenfalls nicht in Betracht. Die Ankündigung des C, D und E zum marktkonformen Verhalten verstößt daher nicht gegen Art. 102 AEUV.

II. Vereinbarkeit mit Art. 101 AEUV

Zu prüfen ist, ob die Ankündigung des C, D und E zum marktkonformen Verhalten mit Art. 101 AEUV vereinbar ist.

1. Anwendbarkeit

Art. 101 AEUV ist unmittelbar anwendbar.

2. Unternehmen

Unternehmen ist jede wirtschaftlich selbständige Einheit, nicht darunter fallen lediglich private oder rein hoheitliche Tätigkeiten. C, D und E sind Unternehmen.

3. Zusammenwirken von C, D und E

Weiterhin müssen die Unternehmen durch Vereinbarungen oder durch sonst abgestimmte Verhaltensweisen zusammengewirkt haben. In dem Übereinkommen zum konformen Verhalten liegt eine Vereinbarung zwischen C, D und E vor. Zumindest handelt es sich hierbei um eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen.

4. Vorliegen einer Wettbewerbsbeschränkung

Die Ankündigung des C, D und E zum marktkonformen Verhalten muss den Wettbewerb verhindern, einschränken oder verfälschen. Zur Konkretisierung dieser Merkmale enthält Art. 101 Abs. 1, 2. HS lit. a)-e) AEUV eine beispielhafte Aufzählung. Hier kommt Art. 101 Abs. 1, 2. HS lit. a) AEUV in Betracht. C, D und E haben ihre An- und Verkaufspreise unmittelbar festgesetzt. Diese Wettbewerbsbeschränkung ist zumindest bewirkt.

5. Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung (de minimis Grenze)

Konkrete Angaben zu den Marktanteilen gibt es im Sachverhalt nicht.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass die de minimis Grenze überschritten wird (a.A. vertretbar). Damit ist eine Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung gegeben.

6. Eignung den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen

Für die Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV reicht eine abstrakte Einigung zur Beeinträchtigung, auch wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung unmittelbar nur in einem Mitgliedsstaat auswirkt (z.B. reicht die Möglichkeit der Marktabschottung gegenüber ausländischen Unternehmen). Auch für die Zwischenstaatlichkeit wird (wiederum aus einer teleologischen Reduktion) eine Spürbarkeit verlangt. Diese wird nur verneint, wenn der Umsatz der Beteiligten 40 Mio. € und der Marktanteil 5 % nicht überschreitet. Die Ankündigung zum marktkonformen Verhalten ist geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Zudem ist davon auszugehen, dass C, D und E die Umsatz- und Marktanteilsschwellen überschreiten (a.A. mangels Angaben im Sachverhalt vertretbar).

7. Ungeschriebene Einschränkungen

Vorliegend ist kein Fall irgendwelcher Einschränkungen vom Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV (z.B. „rule of reason“, Immanenztheorie) gegeben.

8. Legalausnahmen vom Kartellverbot und Freistellung

Eine Ausnahme durch Gruppenfreistellungsverordnungen ist nicht ersichtlich. C, D und E stehen in einem Horizontalverhältnis zueinander. Daher kommt die Vertikal-GVO von vornherein nicht in Betracht. Auch die Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV

sind nicht erfüllt. Damit verstößt die Ankündigung zum marktkonformen Verhalten durch C, D und E gegen Art. 101 AEUV.

III. Vereinbarkeit mit §§ 1 ff. GWB

Die Prüfung zur Vereinbarkeit des Verhaltens mit §§ 1 ff. GWB ist entbehrlich. Es wurde festgestellt, dass ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV vorliegt. Ein anders Ergebnis ist aufgrund von Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003 unzulässig.

Hinweis: Bei Ablehnung des Art. 101 AEUV mangels Zwischenstaatlichkeit ist eine Überprüfung der §§ 1 ff. GWB notwendig.

IV. Absolute Marktmacht, § 19 Abs. 1, Abs. 2, § 20 Abs. 3 GWB (analog)

Nach Art. 3 Abs. 2 S. 2 VO 1/2003 sind strengere nationale Regelungen bei einseitigen Verhaltensweisen erlaubt. Wie festgestellt liegt hier jedoch ein Zusammenwirken im Sinne des Art. 101 AEUV und daher kein einseitiges Verhalten vor. Es besteht daher eine Sperrwirkung durch Art. 101 AEUV aufgrund von Art. 3 Abs. 2 S. 1 VO 1/2003.

Hinweis: Bei Ablehnung des Art. 101 AEUV wäre eine Marktbeherrschung aufgrund der Oligopolvermutung zu bejahen. Als Missbrauch käme hier insbesondere eine unbillige Behinderung in Betracht.