



Lösungsskizze Fall 1:

Frage 1: Liegt ein Verstoß gegen Kartellrecht vor?

A. Art. 101 AEUV

Die Anwendbarkeit des EU-Kartellrechts erfordert, dass die Verhaltensweise geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen (Art. 101 I AEUV, sog. **Zwischenstaatlichkeitsklausel**). Die Parteien üben jedoch keine grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Tätigkeiten aus, so dass der Anwendungsbereich von Art. 101 AEUV nicht eröffnet ist.

B. § 1 GWB

I. Unternehmensbegriff (Adressatenstellung)

Der Unternehmensbegriff im GWB deckt sich im Wesentlichen mit dem des EU-Kartellrechtes. Hier ist die Entscheidung des EuGH „*Höfner&Elser/Macrotron*“¹ grundlegend:

„Im Rahmen des Wettbewerbsrechts umfasst der Begriff des Unternehmens jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.“ (Funktionaler Unternehmensbegriff)

H und M sind in der Herstellung bzw. im Verkauf von Büromöbeln tätig und somit Unternehmen i.S.v. § 1 GWB.

II. Koordinationssachverhalt

§ 1 GWB erfasst Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen.

In Betracht kommt hier zunächst der Auffangtatbestand der **Verhaltensabstimmung**. Dieser erfasst jede Form der Koordinierung, die eine bewusste praktische Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs treten lässt, die aber noch nicht bis zur Vereinbarung gediehen ist². Entsprechend basiert diese Koordinierung auf der Freiwilligkeit der Beteiligten, es liegt also keine Verbindlichkeit vor. Der Kontakt zwischen den Beteiligten geschieht häufig in der Form des Informationsaustauschs, der die im Wettbewerb bestehende Unsicherheit verringert. Anders als bei der Vereinbarung muss sich in dieser Tatbestandsalternative jedoch ein kausales Marktverhalten des betreffenden Unternehmens zeigen.

¹ EuGH, Slg. 1991, I-1979.

² EuGH, Slg. 1972, 745 – *Farbenfabriken Bayer AG/Kommission*.

In neueren Entscheidungen fasst das BKartA auch solche Sachverhalte unter den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise, bei denen das Herstellerunternehmen dem Weiterverkäufer mit Disziplinierungsmaßnahmen droht und dieses sich dem Druck beugt³. Die Druckausübung selbst ist zwar eine einseitige Maßnahme, zugleich sei sie aber auch deutliches Indiz für das Vorliegen bzw. die Planung eines abgestimmten Verhaltens. Demnach liegt eine abgestimmte Verhaltensweise vor, wenn sich der Lieferant *konkret um die Koordinierung der Preisgestaltung* des Händlers bemüht⁴. Letztlich belege die daraufhin erfolgte Erhöhung der zuvor als zu niedrig identifizierten Preise das Vorliegen einer Koordinierung⁵.

Diese Argumentation lässt sich auf den vorliegenden Fall übertragen. Bei entsprechender Begründung ist auf dieser Grundlage auch die Tatbestandsalternative der Vereinbarung vertretbar (erfordert Willensübereinstimmung).

III. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

Durch die Koordinierung muss eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt werden.

Der **Wettbewerb ist beschränkt**, wenn Wettbewerbsbedingungen entstehen, die im Hinblick auf die Art der Produkte, die Bedeutung und die Zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Bedingungen dieses Marktes entsprechen.⁶

Hier ist Preissetzungsfreiheit des Händlers M betroffen (sogar Einschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit). Die von einer vorgelagerten Marktstufe diktierten Preise widerspiegeln nicht die Preise, die unter normalen Wettbewerbsbedingungen entstehen würden.

Diese Beschränkung muss weiterhin **bezweckt oder bewirkt** sein.

Eine Verhaltenskoordinierung **bezweckt** eine Wettbewerbsbeschränkung, wenn dieses Verhalten ein solches Potential für negative Auswirkungen auf den Wettbewerb hat, dass es als typischerweise nachteilig für den Wettbewerb auf dem relevanten Markt zu bewerten ist und es deshalb nicht notwendig ist, deren tatsächliche Auswirkungen auf den Wettbewerb nachzuweisen. Entscheidend sind Inhalt, die verfolgten Ziele und der rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang der Koordinierung (Absicht der Parteien kann berücksichtigt werden, ist aber nicht ausschlaggebend).⁷

Das Verhalten von H und M entspricht einer vertikalen Preisbindung. Dabei wird der Wettbewerbsparameter „Preis“ auch nach den Vorstellungen von M und H nachteilig beeinträchtigt (Kernbeschränkung!).

Im vorliegenden Fall ist die Wettbewerbsbeschränkung deshalb bezweckt.

IV. Spürbarkeit

Das Kriterium der Spürbarkeit ist ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in § 1 GWB und bezieht sich auf die Wettbewerbsbeschränkung. Spürbarkeit ist gegeben, wenn das

³ BKartA, Entscheidung vom 25.9.2009, B 3 - 123/08, Rn. 56.

⁴ BKartA, a.a.O., Rn. 55 ff.

⁵ BKartA, a.a.O., Rn. 62.

⁶ EuGH, 28.5.1998, Rs. 7/95 P, Deere, Slg. 1998, I-3111 Rn. 87.

⁷ EuGH, 14.03.2013 – C-32/11 – Rn 33 ff.

Verhalten geeignet ist, die Verhältnisse auf dem Markt mehr als nur in unbedeutendem Umfang zu beeinflussen⁸.

Die Spürbarkeit ist hier schon deswegen zu bejahen, da es sich um eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung handelt.

V. Freistellung

Eine Freistellung nach § 2 Abs. 2 GWB i.V.m. Art. 2 I, 1 Vertikal GVO kommt nicht in Betracht (Preisabsprache als Kernbeschränkung, Art. 4 lit. a Vertikal GVO).

§ 2 Abs. 1 GWB: bei Kernbeschränkungen unwahrscheinlich, aber grds. möglich⁹; hier: Sicherung des Markenimages? (-) mangels dargelegter überwiegender Effizienzvorteile, i.Ü. wiegt Ausschaltung des Preiswettbewerbs schwerer.

VI. Ergebnis

§ 1 GWB (+)

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

I. Unternehmensbegriff

1. Bzgl. H:

(s.o.) (+)

2. Bzgl. M:

Besonderheit: kleines oder mittleres Unternehmen (+)

II. Relative Marktmacht

Sortimentsbedingte oder unternehmensbedingte Abhängigkeit?

Dazu keine Anhaltspunkte im SV, ebenso wenig zu § 20 Abs. 1 S. 2 GWB

III. Ergebnis

§ 20 Abs. 1 i.V.m. § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB (-)

D. § 21 Abs. 2 Nr. 1 GWB

I. Unternehmensbegriff

(s.o.) (+)

II. Androhung von Nachteilen

(+), Androhung der Kündigung der Lieferbeziehungen

III. Zweck der Drohung

Veranlassung zu einem Verhalten, das nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf¹⁰:

(+) Keine Unterschreitung des empfohlenen Weiterverkaufspreises durch M entspricht einer unzulässigen indirekten vertikalen Preisbindung i.S.v. § 1 GWB (s.o.)

⁸ Vgl. Bekanntmachung Nr. 18/2007 des BKartA „Bagatellbekanntmachung“.

⁹ Vgl. Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. EU 2010 C130/1, Rn. 47.

¹⁰ Zur Problematik des Umgehungszwecks bei verhängten Liefersperren siehe IM-GWB/Markert, § 21 Rn. 70-73.

IV. Konkurrenzen

§ 21 Abs. 2 GWB ist neben § 1 GWB anwendbar¹¹.

V. Ergebnis

§ 21 Abs. 2 Nr. 1 GWB (+)

E. § 21 Abs. 3 Nr. 3 GWB

§ 21 Abs. 3 GWB ist nur auf Druck zu rechtmäßigem Verhalten anwendbar¹². Hier handelt es sich aber um eine nicht zulässige Preisabsprache.

F. § 19 Abs. 1 GWB

(-), da keine Anhaltspunkte für Marktbeherrschung (vgl. § 18 GWB) durch H

Frage 2a) Unterstellt, dass ein Verstoß gegen Kartellrecht vorliegt: Kann M von H Ersatz des aufgrund des vorzeitigen Abbruchs der Rabattaktion entgangenen Gewinns verlangen?

A. § 33 III 1 GWB

I. Verstoß gegen GWB-Vorschrift

(+), § 1 GWB, § 21 Abs. 2 Nr. 1 GWB

II. Aktivlegitimation

Fraglich ist, ob M ein Anspruch zustehen kann, da er selbst an der Koordinierung des Endverkaufspreises beteiligt war. Der Gesetzgeber wollte aber die *Courage*-Rechtsprechung¹³ des EuGH auch im Rahmen des § 33 GWB berücksichtigt wissen¹⁴. Danach kann sich ein Einzelner auch dann auf einen Schadenersatzanspruch berufen, wenn er selbst Partei der unzulässigen Vereinbarung gewesen ist.

(+), M ist somit „sonstiger Marktbeteiligter“ i.S.v. § 33 Abs. 1 S. 3 GWB und anspruchsberechtigt.

III. Verschulden

(+), Vorsatz, jedenfalls Fahrlässigkeit

IV. Schaden

Umfang bestimmt sich nach § 249 ff. BGB. Hier: entgangener Gewinn, konkret umrissen durch die kausal entgangenen Geschäftsabschlüsse

¹¹ FK-KartR/Roth, § 21 GWB Rn. 232.

¹² FK-KartR/Roth, § 21 GWB Rn. 233.

¹³ EuGH, Slg. 2001, I-6297.

¹⁴ MünchKommGWB/Lübbig, § 33 Rn. 69.

V. Mitverschulden

Grundsätzlich gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze im Rahmen des Schadenersatzanspruches¹⁵. Denkbar und zulässig ist daher, den Anspruch des M um seinen etwaigen Mitverschuldensanteil (§ 254 BGB) zu kürzen. Im Ergebnis soll daher der Partei, die eine erhebliche Verantwortung am Kartellverstoß trägt, kein Schadenersatzanspruch zustehen. In einem Vertikalkartell, in dem der Abnehmer jedoch in einer deutlich unterlegenen Verhandlungsposition ist, kann keine völlige Kürzung des Anspruches angenommen werden.

Hier erscheint es vertretbar, den Anspruch des M aufgrund des Kräfteverhältnisses Hersteller/Händler nicht zu kürzen (**a.A. mit entsprechender Begründung vertretbar**).

Von der Schadensminderungspflicht des M könnte aber die Ausschöpfung sämtlicher Rechtsschutzmöglichkeiten erfasst sein. Eine Kürzung solle jedoch in solchen Konstellationen nicht vorgenommen werden, da bei einem Vertikalkartell einstweiliger Rechtsschutz ausscheide, weil die Verweisung auf Schadenersatz zumutbar sei¹⁶.

B. § 823 II i.V.m. § 1 GWB, § 21 II GWB

(+), aber verdrängt durch § 33 GWB, der lex specialis ist

Frage 2b) Unterstellt, dass ein Verstoß gegen Kartellrecht vorliegt: Steht M gegen H ein kartellrechtlicher Anspruch auf Weiterbelieferung zu, wenn H die Lieferung vorübergehend einstellt?

Ein auf § 21 Abs. 2 GWB i.V.m. § 33 GWB gestützter Anspruch auf künftige Belieferung (Kontrahierungszwang) setzt voraus, dass der Lieferant mit seiner Belieferungsverweigerung weiterhin bezweckt, das Preisverhalten des Gesperreten zu beeinflussen, d.h. von seiner bisherigen Willensbeugungssperre nicht auf eine endgültige Vergeltungssperre übergeht¹⁷.

I.Ü. ist die Verankerung des Belieferungsanspruches innerhalb des § 33 GWB umstritten¹⁸:

- **BGH: § 33 III**
Folgt man der Lösung des BGH, der den Belieferungsanspruch als Fall des Schadenersatzes nach § 33 III GWB i.V. m §§ 249 ff. BGB (Naturalrestitution) sieht, kann für die Tatbestandsmerkmale auf Frage 2a) verwiesen werden.
- **H.L.: § 33 I**
Folgt man der überwiegenden Sicht der Literatur, so stellt der Belieferungsanspruch eine Konkretisierung des Beseitigungs- bzw. Unterlassungsanspruches aus § 33 I GWB dar. In diesem Fall kann für den Tatbestand auch auf Frage 2a) verwiesen werden, mit der Einschränkung, dass in diesem Fall Schaden und Verschulden nicht zu prüfen sind.

¹⁵ MünchKommGWB/Lübbig, § 33 Rn. 76.

¹⁶ Vgl. Köhler, BB 2002, 584, 586.

¹⁷ IM-GWB/Markert, § 21 Rn. 79.

¹⁸ Vgl. IM-GWB/Emmerich, § 33 Rn. 45.

[Prozessualer Hinweis:

Eine Leistungsklage ist deshalb schwierig, weil ein hinsichtlich zeitlichem und gegenständlichem Umfang hinreichend bestimmbarer Klageantrag (§ 253 II 2 Nr. 2 ZPO) Probleme bereitet. Daher soll trotz grds. Subsidiarität ein Feststellungsantrag zulässig sein (Inhalt: Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zu üblichen oder vergleichbaren Bedingungen zu beliefern)¹⁹.]

¹⁹ Vgl. *Kling/Thomas*, Kartellrecht, § 18 Rn. 168.