

Fall 1

A stellt ein Diätprodukt ein, das über Apotheken, in Drogeriemärkten und durch verschiedene Anbieter im Internet vertrieben wird. Im Januar 2018 versandte A (nur) an Apotheker ein Angebotschreiben, das bei Direktbestellungen einen 30% Rabatt versprach. Voraussetzung dafür war der Bezug von mindestens 12, höchstens jedoch 90 Dosen pro Apotheke zum Einkaufspreis von 11,20 € zzgl. 7% Umsatzsteuer (Lieferkosten fielen nicht an). Unmittelbar über der Unterschriftzeile fand sich in Fettdruck in einem umrandeten Kästchen folgender Text:

„Mit Nutzung dieses Aktionsangebots verpflichte ich mich, A an gut sichtbarer Stelle mit mindestens drei Dosen nebeneinander oder im mitgelieferten Verkaufsdiskontrollsystem in der Apotheke zu präsentieren und einen VK-Preis von 15,95 € nicht zu unterschreiten.“

Der im Sinne von § 4 UKlaG qualifizierte Verbraucherschutzverband B erfährt von dieser Aktion und ist empört.

Kann B gegen A einen Anspruch auf Unterlassung aus § 33 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 lit. a GWB geltend machen?

Fall 2

Die Deutsche Telekom AG hat auf dem Markt für Internetanschlüsse in München einen Marktanteil von 43%, deutschlandweit inzwischen jedoch nur von 26% und europaweit einen Anteil von 6%. Größte Konkurrenten in Deutschland sind Vodafone und Telefonica, die in München Marktanteile von 32% resp. 16% erreichen, deutschlandweit etwa 20% und 4% und europaweit 9% resp. 2%. Neben Internetanschlüssen bietet die deutsche Telekom das Online-Video-Portal „Entertain“. Kunden können hier gegen ein monatliches Entgelt Filme und Fernsehsendungen über ihren Internetanschluss herunterladen und ansehen. Die Telekom beschließt, ihre Marktstellung für Videodownloads auszubauen, indem sie künftig Internetanschlüsse nur noch bei gleichzeitigem Abschluss eines Jahresabonnements für „Entertain“ anbietet. Die ProSiebenSat.1 Media SE betreibt das Videoportal „Maxdome“ und fühlt sich durch diese Aktion der Telekom benachteiligt. Die Telekom nutze ihre Marktmacht missbräuchlich aus, um eine starke Stellung auf dem Markt für Online-Videos zu erlangen.

Kann die ProSiebenSat.1 Media SE erfolgreich Unterlassung von der Deutschen Telekom AG nach § 33 Abs. 1 GWB verlangen?

Fall 3

X möchte einen Handel für Sportartikel in Passau eröffnen und zusätzlich einen Onlineshop betreiben; darüber hinaus will er seine Artikel auf der Plattform „Amazon Marketplace“ vertreiben. Auf dieser präsentiert Amazon Produkte verschiedener Anbieter auf einer einheitlichen Seite. Bestellung und Abwicklung der über die Plattform vermittelten Verträge zwischen Kunden und Lieferanten erfolgen zentral. Als Gegenleistung ist hierfür eine Provision pro verkauftem Produkt zu zahlen.

A stellt als Luxusartikel berühmte Fußballschuhe her. Er hat einen Marktanteil von 20% auf dem deutschen Markt. Seine Hauptkonkurrenten sind B (18%), C (13%) und D (12%). Er verlangt von allen von ihm belieferten Händlern (ebenso wie B, C und D) die Zustimmung zu einer „selektiven Vertriebsvereinbarung“. Diese verbietet explizit „zum Schutz des Markenimages“ jegliche „unmittelbare oder mittelbare geschäftliche Aktivität auf Internet- und Auktionsplattformen Dritter“. Unstreitig vertreibt derzeit kein Unternehmen (inkl. A selbst) die Markenschuhe über Amazon, Ebay oder ähnliche Plattformen; gegen Verstöße geht A rigoros anwaltlich vor. Jeder Schuh hat ein sog. „Digitales Wasserzeichen“, welches eine eindeutige Reproduktion des gesamten Vertriebswegs ermöglicht.

X ist der Ansicht, dass sein Sortiment ohne die Schuhe des A unvollständig wäre. Er sieht jedoch nicht ein, die Vertriebsvereinbarung zu unterzeichnen. Diese ist aus seiner Sicht kartellrechtswidrig. Erfahrungsgemäß würde ein Großteil der Verkäufe über Amazon Marketplace abgewickelt; gerade bei Händlern in kleineren Orten wie Passau sei dies eine essentielle Einnahmequelle. Amazon Marketplace biete heute ein ansprechendes und qualitativ hochwertiges Onlineverkaufsumfeld, das nach aktuellen Kundenumfragen mit Blick auf Produktdarstellung, Bedienbarkeit und Schnelligkeit dem Großteil der händlerbetriebenen Onlineshops überlegen sei.

Hat X gegen A einen Anspruch auf Belieferung ohne Zustimmung zu der selektiven Vertriebsvereinbarung?

Lösungshinweise zu Fall 1¹

Ein Anspruch des B gegen A auf Unterlassung könnte sich aus § 33 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 lit. a GWB ergeben.

- I. Nach § 33 Abs. 4 Nr. 2 lit. a GWB ist B **aktivlegitimiert**, einen Unterlassungsanspruch aus § 33 Abs. 1 GWB geltend zu machen.
- II. A müsste gegen eine **Vorschrift des ersten Teils des GWB** oder gegen die **Art. 101, 102 AEUV** verstoßen haben.
 1. Mangels einer **marktbeherrschenden Stellung** kommen Verstöße gegen Art. 102 AEUV und § 19 GWB nicht in Betracht. Auch relative Marktmacht im Sinne von § 20 GWB ist nicht ersichtlich.
 2. Allerdings kommt ein **Verstoß gegen § 21 Abs. 2 GWB** in Betracht.² Nach § 21 Abs. 2 Nr. 1 GWB dürfen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen anderen Unternehmen keine Nachteile androhen oder zufügen und keine Vorteile versprechen oder gewähren, um sie zu einem Verhalten zu veranlassen, das nach dem GWB nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf.
 - a. Sowohl die Beklagte als auch die angesprochenen Apotheken sind als wirtschaftliche tätige Einheiten **Unternehmen** im Sinne des Kartellrechts.
 - b. In der Rabattgewährung durch die Beklagte könnte ein **Vorteil** im Sinne des § 21 Abs. 2 GWB zu sehen sein. Vorteil im Sinne von § 21 Abs. 2 GWB ist jede Leistung, die über den im Verkehr üblichen Ausgleich hinausgeht. Durch die Gewährung eines 30 %igen Rabatts wird die Gewinnmarge der Apotheker über den Normalerlös erhöht. Somit liegt ein Vorteil für die Apotheker vor.
 - c. Dieser Vorteil wurde durch das Schreiben „**versprochen**“.
 - d. Der versprochene Vorteil müsste an ein **Verhalten** geknüpft sein, das nach dem GWB oder Art. 101, 102 AEUV verboten ist. Hier könnte die Verpflichtung zu einem Mindestpreis von 15,95 € gegen § 1 GWB verstoßen.
 - aa. Die Apotheken und A sind wie geprüft **Unternehmen** im Sinne des GWB.
 - bb. Soweit eine Apotheke das Angebot von A annimmt, läge darin eine **Vereinbarung**.
 - cc. Es müsste eine **Wettbewerbsbeschränkung** vorliegen. Die Preisvorgabe beschränkt die Freiheit der Apotheker, die Verkaufspreise eigenverantwortlich zu bestimmen (sog. Preisbindung der zweiten Hand) und reduziert so auch die Wahlmöglichkeiten der privaten Endverbraucher.
 - dd. Diese Beschränkung müsste auch **bezweckt oder bewirkt** sein. Eine Vereinbarung ist bezweckt, wenn sie objektiv keinem anderen Zweck als der Beschränkung des Wettbewerbs zu dienen geeignet ist, insb. wenn es sich um eine Kernbeschränkung handelt. Hier geht es um eine Vereinbarung bezüglich der Preise, also eines Kernparameters

¹ Nach OLG Celle, Urteil vom 7. April 2016 (13 U 124/15 (Kart))

² § 21 Abs. 2 GWB hat geringere Anforderungen als § 1 GWB – denn es ist keine „Vereinbarung“, sondern nur eine (einseitige) Aufforderung erforderlich (Vorfeldverbot).

des Wettbewerbs (arg. Art. 4 lit. a Vertikal-GVO). Damit liegt eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vor. Insofern kommt es auf die Spürbarkeit nicht an.³

- ee. Die Vereinbarung könnte jedoch nach **§ 2 Abs. 2 GWB iVm Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO** freigestellt sein. Grundsätzlich liegt eine vertikale Beschränkung (Art. 1 Abs. 1 lit. b Vertikal-GVO) im Rahmen einer vertikalen Vereinbarung (Art. 1 Abs. 1 lit. b Vertikal-GVO) vor. Auch die Marktanteilsschwellen (Art. 3 Vertikal-GVO) wurden eingehalten. Allerdings handelt es sich bei der vertikalen Mindestpreisbindung (anders als bei einer Höchstpreisbindung) um eine Kernbeschränkung nach Art. 4 lit. a Vertikal-GVO, die den Vorteil der Gruppenfreistellung insgesamt entfallen lässt. Damit scheidet eine Freistellung nach der Vertikal-GVO aus.
- ff. Allerdings käme eine **Einzelfreistellung** gemäß § 2 Abs. 1 GWB in Betracht. Jedoch ist eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts nicht ersichtlich. Insbesondere ist angesichts der Vielzahl von Vertriebswegen nicht ersichtlich, dass es sich um ein besonders beratungsintensives Produkt handelt oder dass hier ein exklusives Vertriebssystem vorliegt. Jedenfalls ist ein kurzfristiger, mengenmäßig begrenzter Preisnachlass nicht geeignet, eine bessere Beratungssituation zu fördern oder zu gewährleisten.

Damit ist die an die Gewährung des Vorteils geknüpfte Vereinbarung mit § 1 GWB unvereinbar. Ein Verstoß gegen Art. 101 AEUV scheitert an der fehlenden Zwischenstaatlichkeit; eine entsprechende Marktstellung des A ist hier ebensowenig ersichtlich wie eine Ansprache von Apotheken außerhalb Deutschlands.

Insofern wird der Vorteil gerade zur Erreichung einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung angeboten.

Damit verstößt das Angebot des Vorteils für die Annahme dieser Vereinbarung gegen § 21 Abs. 2 Nr. 1 GWB.

- 3. Darüber hinaus könnte A gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV oder § 1 GWB verstoßen haben. Allerdings ist hier soweit ersichtlich noch keine Vereinbarung zwischen A und einer Apotheke geschlossen worden. Das bloße einseitige Angebot einer solchen Vereinbarung genügt hierzu nicht. Eine ebenfalls von Art. 101 Abs. 1 AEUV und § 1 GWB umfasste abgestimmte Verhaltensweise setzt über die Abstimmung hinaus auch eine tatsächliche Umsetzung auf dem Markt voraus. Auch diese ist hier nicht erfolgt.

B hat einen Anspruch gegen A auf Unterlassung der Rabattaktion aus § 33 Abs. 1, Abs. 4 Nr. 2 lit. a GWB.

³ Das OLG Celle, Urteil vom 7. April 2016 (13 U 124/15 (Kart)) stellte hingegen auf den bloß vorübergehenden Zeitraum der Aktion und die begrenzte Menge der rabattierten Gegenstände ab und verneinte die Spürbarkeit.

Lösungshinweise zu Fall 2

Ein Anspruch der ProSiebenSat.1 Media SE auf Unterlassung gegen die Deutschen Telekom AG könnte sich aus § 33 Abs. 1 GWB ergeben.

- I. Die ProSiebenSat.1 Media SE ist **aktivlegitimiert**, soweit sie „Betroffener“ im Sinne von § 33 Abs. 1, Abs. 3 GWB ist. Die ProSiebenSat.1 Media SE ist Mitbewerber der Deutschen Telekom AG auf dem Markt für das Streaming von Filmen und Serien. Damit erleidet sie unweigerlich Einnahmeverluste, soweit die Deutsche Telekom AG ihre Marktposition stärkt. Sie ist daher nach § 33 Abs. 3 GWB Betroffener und damit nach § 33 Abs. 1 GWB aktivlegitimiert.
- II. Die Deutsche Telekom AG müsste gegen **eine Vorschrift des 1. Teils des GWB** oder gegen die **Art. 101, 102 AEUV** verstoßen haben. Eine Vereinbarung ist hier nicht ersichtlich. Allerdings kommt der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB bzw. nach Art. 102 AEUV in Betracht.
 1. In Betracht kommt zunächst ein **Verstoß gegen Art. 102 AEUV**. Dies setzt zwischenstaatliche Bedeutung des Missbrauchs voraus. Allerdings ist schon der Markt für Streamingdienste wegen der erforderlichen Lizenzen nicht grenzüberschreitend, sondern jeweils auf das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates beschränkt. Zudem hat die Deutsche Telekom weder in der Europäischen Union insgesamt noch in einem wesentlichen Teil und noch nicht einmal flächendeckend in Deutschland selbst eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Internetzugänge. Insoweit hat ihre Tätigkeit keine grenzüberschreitende Bedeutung. Ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV scheidet also aus.
 2. Allerdings könnte das Verhalten der Deutschen Telekom AG **gegen § 19 Abs. 1 iVm Abs. 2 Nr. 1 GWB verstoßen**. Der bei dieser Prüfung des nationalen Rechts anzulegende Maßstab ist nach Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003 und § 22 Abs. 2 GWB unabhängig von den europarechtlichen Anforderungen.
 - a. Die Deutsche Telekom AG ist eine wirtschaftliche Einheit, mithin ein **Unternehmen** im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB.
 - b. Die Deutsche Telekom AG müsste auch **marktbeherrschend** sein. Hierzu ist in einem ersten Schritt der betroffene Markt abzugrenzen.
 - aa. **Sachlich** ist die Telekom zwar auf dem Markt für das Streaming von Filmen und Fernsehsendungen deutschlandweit tätig. Auf diesem Markt hat sie jedoch keine marktbeherrschende Stellung welche sie ausnutzen kann. Es geht vielmehr um den Markt für Internetanschlüsse. Dieser ist von anderen Märkten abzugrenzen.
 - (1) **Qualitativ** ist auf das Bedarfsmarktkonzept abzustellen, also die Eigenschaften, welche den Markt aus Sicht der Gegenseite (hier: der Kunden) von anderen Märkten abgrenzt. Die Telekom bietet Internetzugang per Telefonfestnetz an. Alternative Zugangswege sind dabei u.a. Internetzugang per Fernsehkabel, Internetzugang per Mobilfunk (LTE, UMTS) sowie Internetzugang per eigener Glasfaseranbindung; denkbar wären etwa auch Zugang per Satellit und Zugang per Stromnetz. In der Praxis hat sich jedoch das Festnetz durch erheblich höhere Geschwindigkeiten (konstant 16 Mbit/s und mehr) und Kosten (Flatrate statt volumenabhängiger Abrechnung) von Mobilfunk und Satellitenanbindung abgesetzt. Bei Internet per Stromleitung gibt es bis heute Schwierigkeiten bei Zuverlässigkeit und Geschwindigkeit;

Internet per Kabelfernsehen ist nicht überall verfügbar. Insoweit ist der Markt für Internet per Telefonfestnetz ein eigener Markt, der sich von anderen Märkten für Internetzugang sachlich unterscheidet.⁴

(2) **Quantitativ** ist nach dem SSNIP-Test zu fragen, ob die Verbraucher auf andere Produkte zurückgreifen würden, wenn die Telekom ihre Preise geringfügig, aber nicht unerheblich auf Dauer erhöhen würde („SSNIP“=Small but significant increase in price). In diesem Fall würden insbesondere private Abnehmer ebenfalls nicht auf volumenbegrenzte Verträge (per Mobilfunk) oder Satellit zurückgreifen. Nur diejenigen, welche ohnehin eine Anbindung an ein Kabelfernsehnetz haben, werden dieses als Alternative in Betracht ziehen. Insoweit ist auch hier der Markt auf Festnetzzugang begrenzt.

bb. **Örtlich** ist der Markt für Festnetzzugänge auf den jeweils konkreten Anschluss begrenzt. Denn jedes Gebäude ist maximal mit zwei Kabeln an öffentliche Netze (Kabelfernsehen und Festnetztelefon) angebunden. Anbieter, deren Leitungen nicht vor Ort liegen, haben hingegen keinen Zugang (insoweit ist die Lage anders als bei Mobilfunk, wo der Markt deutschlandweit, aber wegen der „Fair Use“-Begrenzung nicht gemeinschaftsweit ist).

cc. Schließlich müsste die Deutsche Telekom AG auf diesem Markt eine **beherrschende Stellung** einnehmen. Wichtigster Anknüpfungspunkt ist dabei nach § 18 Abs. 3 Nr. 1 GWB der Marktanteil. Auf dem konkreten Markt für Internetzugang per Telefonfestnetz in München hat die Deutsche Telekom einen Marktanteil von 43%. Damit wird nach § 18 Abs. 4 GWB vermutet, dass sie marktbeherrschend i.S.d. § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GWB ist. Im konkreten Fall kann diese Vermutung nicht durch besondere Umstände im Sinne von § 18 Abs. 3 GWB widerlegt werden. Die Telekom hat nicht nur große Finanzkraft, sondern ist auch international und branchenübergreifend aktiv (§ 18 Abs. 3 Nr. 2-Nr. 4). Der Markteintritt weiterer Unternehmen ist (abgesehen von bloßen „Resellern“, welche die Telekom-Leistungen weiterveräußern) weitgehend ausgeschlossen (§ 18 Abs. 3 Nr. 6), insb. werden Mobilfunkangebote nicht als Substitut wahrgenommen bzw. akzeptiert. Außerdem ist der Abstand zur Konkurrenz (hier: Vodafone mit 32%) signifikant. Schließlich zeigen sich die Telekomkunden durch die automatische Vertragsverlängerung als wenig wechselbereit (§ 18 Abs. 3 Nr. 8 GWB) und werden tendenziell bei ihrem Vertrag bleiben und keine Kündigung erklären. Insgesamt ist daher zumindest von einer überragenden Marktstellung im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB auszugehen.

(Für andere Märkte, insb. in anderen Städten, enthält der Sachverhalt keine hinreichenden Angaben)

c. Die Deutsche Telekom AG müsste ihre marktbeherrschende Stellung **missbraucht** haben. Gem. der den Missbrauchs begriff des § 19 Abs. 1 GWB konkretisierenden Norm des § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist es einem marktbeherrschenden Unternehmen untersagt, andere Unternehmen, insb. also Wettbewerber, unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern.

⁴ Dies kann man natürlich auch anders beurteilen.

aa. Zunächst müsste eine **Behinderung** vorliegen. Dies ist der Fall, wenn einem Mitbewerber die Teilnahme am Wettbewerb faktisch erschwert wird. Betroffen ist hier nicht der Primärmarkt für Internetzugang, sondern vielmehr der Markt für Streamingdienste. Die Erfahrung zeigt, dass Nutzer, die einen Dienst bereits als Teil eines gebuchten Pakets erhalten, vergleichbare Dienste nicht parallel gegen Entgelt abonnieren. Insoweit führt die Koppelung des Streamingangebots an den Internetzugang dazu, dass zahlreiche Kunden nicht mehr auf potentielle Alternativangebote der Konkurrenz zugreifen wollen. Gleichzeitig kann die Telekom ihren Streamingdienst durch die Einnahmen von Kunden, welche dieses Angebot gar nicht haben wollten, aber als Teil des Internetzugangs erhalten haben, subventionieren. Die Konkurrenz hat mangels Marktmacht auf dem Internetzugangsmarkt keine vergleichbaren Handlungsoptionen und wird insoweit behindert.⁵

bb. Diese Behinderung müsste **unbillig** sein. Hierzu sind die Interessen der Beteiligten im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB abzuwägen. Hier kann das Verhalten der Deutschen Telekom AG faktisch dazu führen, dass der Marktzugang für Neuankömmlinge endgültig und dauerhaft verschlossen wird. Insoweit will die Telekom ihre starke Marktstellung auf dem Zugangsmarkt nutzen, um ihre Marktposition auf einem davon sachlich und inhaltlich separaten Drittmarkt für Online-Video-Angebote zu verbessern (Hebelwirkung, Leverage-Effekt). Zwar mag die Verknüpfung eines schnellen Internetzugangs mit entsprechenden Inhaltsdiensten die Attraktivität für einzelne Kunden verbessern, da diese so ihren Zugang von Anfang an sinnvoll nutzen können. Allerdings können die Kunden diese Leistungen ebensogut von einem Drittanbieter einkaufen. Ein etwaiger Werbeeffekt für die Telekom ist nicht so hoch, dass dieser die Einschränkung rechtfertigen könnte. Die Bündelung dient weder dazu, bestehende konzentrierte Marktstrukturen auf dem Drittmarkt aufzubrechen noch führt es dazu, das neuere, bessere oder günstigere Produkte auf dem Markt erscheinen. Auch andere Vorteile für die Verbraucher sind nicht ersichtlich. Damit ist die Behinderung auch unbillig.

Damit verstößt das Verhalten der Deutschen Telekom AG gegen § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, also eine Vorschrift des 1. Teils des GWB.

III. Die nach § 33 Abs. 1 GWB erforderliche **Wiederholungsgefahr** wird durch den bereits erfolgten Verstoß indiziert; dies konnte im konkreten Fall nicht widerlegt werden.

Damit hat die ProSiebenSat.1 Media SE einen Anspruch auf Unterlassung gegen die Deutschen Telekom AG aus § 33 Abs. 1 GWB.

⁵ Man kann dies auch anders sehen, denn auch Konkurrenten können mögliche Bündelungen durchführen – etwa „Amazon Prime“, wo der Streamingzugang mit Versandkostenvorteilen und anderen Zusatzleistungen verknüpft wird.

Lösungshinweise zu Fall 3

Ein Anspruch des X gegen A auf Belieferung ohne Zustimmung zu der selektiven Vertriebsvereinbarung könnte sich aus § 33 Abs. 1 GWB ergeben.⁶

- I. X ist **aktivlegitimiert**, soweit er „Betroffener“ im Sinne von § 33 Abs. 1, Abs. 3 GWB ist. X stellt keine Sportschuhe her und ist daher nicht „Mitbewerber“ von A, jedoch ist er sonstiger Marktteilnehmer. Laut Sachverhalt wird ein Großteil der Verkäufe über Amazon Marketplace abgewickelt; gerade bei Händlern in kleineren Orten wie Passau sei dies eine essentielle Einnahmequelle. Dieser Vertriebsweg soll X durch die Vereinbarung versagt werden, so dass ihm Einnahmeausfälle durch das Verhalten von A drohen. Er ist also „Betroffener“ im Sinne von § 33 Abs. 3 GWB und deshalb nach § 33 Abs. 1 GWB aktivlegitimiert.
- II. A müsste gegen **eine Vorschrift des 1. Teils des GWB** oder gegen die **Art. 101, 102 AEUV** verstoßen haben.
 1. Ein Verstoß gegen das Kartellverbot des **§ 1 GWB** bzw. des **Art. 101 AEUV scheidet aus, dass zwischen X und A noch keine Vereinbarung geschlossen wurde**. Vielmehr will X den A zwingen, eine Vereinbarung mit einem bestimmten Inhalt zu schließen. Dies gibt das Kartellverbot jedoch nicht her.
 2. Die Vereinbarung könnte jedoch gegen **§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB** verstoßen. Das Missbrauchsverbot findet neben dem Kartellverbot Anwendung. Wie bereits im Rahmen von § 1 GWB erörtert ist hier Zwischenstaatlichkeit nicht ersichtlich, so dass sich die Beurteilung allein am deutschen Recht orientiert, welches gegenüber dem europäischen Missbrauchsverbot unabhängig ist (§ 22 Abs. 2 GWB, Art. 3 Abs. 2 VO 1/2003).
 - a. Wie bereits dargelegt ist A eine selbstständige wirtschaftliche Einheit, mithin ein **Unternehmen** im Sinne des Kartellrechts.
 - b. A müsste auf einem Markt marktbeherrschend sein. In Betracht kommt hier nur eine gegenüber der Konkurrenz **überragende Marktstellung** im Sinne von § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB. Gegen eine solche Stellung spricht zunächst der recht niedrige Marktanteil von 20% (§ 18 Abs. 3 Nr. 1 GWB), der weit von der Vermutungsregel des § 18 Abs. 4 GWB entfernt ist. Zudem haben auch die Konkurrenten signifikante Marktanteile (18%, 13%, 12%), so dass insoweit erheblicher Konkurrenzdruck zu erwarten ist. Auch die anderen Aspekte des § 18 Abs. 3 GWB sind soweit ersichtlich nicht in Bezug auf A erfüllt. Ebensovienig kommt eine Gesamtmarktbeherrschung nach § 18 Abs. 5 GWB in Betracht. Zum einen greift hier die Vermutung des § 18 Abs. 6 GWB nicht, da die größten fünf Anbieter gerade einmal auf 63% kommen. Zudem besteht soweit ersichtlich wesentlicher Wettbewerb zwischen A, B, C und D, also gerade kein vereinheitlichtes Auftreten. Daher ist A weder allein noch zusammen mit B, C und D marktbeherrschend.
 3. Die Vereinbarung könnte jedoch gegen **§§ 20 Abs. 1, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB** verstoßen.
 - a. Wie bereits dargestellt ist A **Unternehmen** im Sinne des Kartellrechts.
 - b. A müsste **relative Marktmacht** haben. Dies ist der Fall, wenn kleine oder mittlere Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise von ihm abhängig sind, dass

⁶ aA Liesgang, NZKart 2013, 233: unmittelbar aus § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV

ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. In Betracht kommt hier nur eine sog. **sortimentsbedingte Abhängigkeit**. Diese liegt vor, wenn Händler wie X zur Erhaltung ihrer Wettbewerbsfähigkeit darauf angewiesen sind, ein Produkt im Sortiment zu führen.

aa. Eine sog. **Spitzenstellungsabhängigkeit** liegt nur vor, wenn ein Hersteller auf Grund der Qualität und Exklusivität seines Produktes ein solches Ansehen genießt und eine solche Bedeutung erlangt hat, dass der nachfragende Händler in seiner Stellung als Anbieter darauf angewiesen ist, gerade dieses Produkt in seinem Sortiment zu führen. A ist zwar der nach Marktanteilen größte Anbieter; der Abstand zur Konkurrenz ist jedoch sehr klein. Hinweise auf einen dauerhaften Vorsprung etwa durch größere Innovationsfähigkeit, finanzielle Rücklagen oder sonstige Marktverbindungen sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Eine Spitzenstellungsabhängigkeit liegt daher nicht vor.

bb. Jedoch kommt eine sog. **Spitzengruppenabhängigkeit** in Betracht. Diese liegt vor, wenn ein Handelsunternehmen eine gewisse Mindestanzahl allgemein anerkannter Marken aus einer Spitzengruppe benötigt, um wettbewerbsfähig zu sein. Die Kunden erwarten also nicht alle denkbaren (Spitzen-)Sportschuhe, jedoch eine repräsentative Auswahl der durch Werbung und Markteinführung bekannten und als Spitzengruppe anerkannten Anbieter. Im konkreten Fall wird man wohl die marktgrößten, eng aneinander liegenden Anbieter A, B, C und D dieser Spitzengruppe zuordnen können. Jedenfalls einer, wenn nicht sogar mehrere dieser Anbieter sind erforderlich, um als Sportartikelhandel akzeptiert zu werden. Entsprechend dem Rechtsgedanken des § 421 BGB steht es dabei X frei, sich ein beliebiges Mitglied dieser Gruppe auszusuchen; er hat hingegen keinen Anspruch alle als Geschäftspartner anzunehmen.

Damit trifft A als Angehörigen der Spitzengruppe grds. eine besondere Rücksichtnahmepflicht. Allerdings ist X laut Sachverhalt noch gar nicht auf dem Markt für Sportartikel tätig, sondern will ein entsprechendes Geschäft erst noch eröffnen. Jedoch würde die Regelung des § 20 Abs. 1 S. 1 GWB leerlaufen, wenn es nur um bereits aktive Unternehmen ginge, die gerade auf die Belieferung angewiesen sind. Das kartellrechtliche Behinderungsverbot soll u.a. verhindern, dass die auf der Grundlage des § 2 GWB erlaubten selektiven Vertriebssysteme zu einer wettbewerblich nicht gerechtfertigten Marktverengung führen und innovative Vertriebsformen verhindern.

c. Nach § 20 Abs. 1 S. 1 GWB iVm § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB müsste A seine relative Marktmacht missbraucht haben.

aa. In Betracht kommt eine **unbilligen Behinderung** (§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 1. Var. GWB) anderer Marktteilnehmer (einschließlich seiner Abnehmer)

(1) Erforderlich ist zunächst eine **Behinderung**. Dies ist jedes Marktverhalten, das objektiv nachteilige Auswirkungen auf die wettbewerbliche Entfaltungsfreiheit anderer Marktteilnehmer hat. Hier führt die Ablehnung der konkreten Klausel dazu, dass A den X nicht beliefert und so erhebliche Einnahmeausfälle erleidet. Andererseits entzieht die Klausel aber (wie dargestellt) dem X einen wesentlichen Vertriebsweg. Damit kann er nicht sein volles wettbewerbliches Potential nutzen.

- (2) Das Verhalten müsste aber auch **unbillig** sein. Hierzu ist eine umfassende Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB erforderlich. Ein berechtigtes Interesse kann aber jedenfalls nicht in der Verfolgung eines rechtswidrigen Zwecks liegen.⁷ Hier könnte die von A geforderte Vereinbarung gegen § 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV verstoßen.
- (a) **Zwischenstaatliche Bedeutung** ist hier aufgrund der rein auf Deutschland beschränkten Tätigkeit der Unternehmen nicht ersichtlich; auch ist keine hinreichende Bündelwirkung erkennbar.⁸ Damit richtet sich die Beurteilung ausschließlich nach § 1 GWB und nicht nach Art. 101 Abs. 1 AEUV.⁹
- (b) X und A sind selbständige wirtschaftliche Einheiten, die weder zum bloßen Eigenkonsum noch hoheitlich handeln, also Unternehmen im Sinne von **§ 1 GWB** und **Art. 101 AEUV**.
- (c) Die „selektive Vertriebsvereinbarung“ stellt auch eine mit Bindungswillen abgegebene als verbindlich intendierte **Vereinbarung** zwischen diesen Unternehmen dar.
- (d) Die Vereinbarung müsste jedoch auch **wettbewerbsbeschränkend** wirken. Betroffen ist der deutsche (aufgrund der Möglichkeit des Vertriebs über einen Onlineshop ggf. auch der europäische) Markt für Sportschuhe.
- (aa) Auf diesem Markt wird auf den ersten Blick die Handlungsfreiheit des X beschränkt, indem bestimmte Vertriebswege ausgeschlossen werden. Zudem wirkt sich dies auch zum Nachteil der Marktgegenseite aus, die so weniger Möglichkeiten hat, auf die Leistungen von A zuzugreifen, so dass der Wettbewerb geschwächt ist.
- (bb) Allerdings scheidet eine Wettbewerbsbeschränkung bereits tatbestandsmäßig aus, soweit ein **qualitatives selektives Vertriebssystem** vorliegt. Dieses setzt nach der Rechtsprechung des EuGH voraus, dass besondere Eigenschaften des fraglichen Produkts zur Wahrung seiner Qualität und zur Gewährleistung seines richtigen Gebrauchs ein spezielles Vertriebsnetz erfordern. Dabei muss die Auswahl der Wiederverkäufer anhand objektiver Gesichtspunkte qualitativer Art (und nicht bloß durch räumliche und mengenmäßige Begrenzungen) erfolgen; die entsprechenden Kriterien müssen einheitlich und diskriminierungsfrei angewendet werden (so dass jeder Interessent die Chance auf Marktzugang erhält) und die Kriterien dürfen nicht über das zur Sicherung des für das konkrete Produkt notwendigen Vertriebs erforderliche Maß hinausgehen.

⁷ Immenga/Mestmäcker, § 19, Rn. 126.

⁸ Dies lässt sich mit entsprechender Begründung auch anders sehen; praktisch ergibt sich daraus nur, dass auch Art. 101 AEUV und Art. 102 AEUV zu prüfen sind, wobei wohl keine anderen Ergebnisse eingreifen dürften.

⁹ Dieser Punkt wurde hier vorgezogen, das ist in einem Prüfungsschema durchaus zulässig, um unnötige Schreiarbeit zu vermeiden.

In Betracht kommt hier eine Rechtfertigung des Drittplattformverbots wegen des mit Sportschuhen verbundenen speziellen Beratungsbedürfnisses. Jedoch kann die erforderliche Beratung ebensowenig beim Erwerb von einem selbst betriebenen Onlineshop erfüllt werden; ein vollständiger Ausschluss des Onlinevertriebs ist aber gerade nicht im Vertrag vorgesehen.

Damit kommt nur der Wunsch nach einem einheitlichen und ansprechenden Auftreten in Betracht. Der EuGH hat diese Erwägung ausdrücklich für Luxusgüter anerkannt.¹⁰ Voraussetzung hierfür ist, dass die Vorgaben für das Ziel, das „Luxusimage sicherzustellen“ erforderlich sind. Laut Sachverhalt sind die Schuhe von A „als Luxusartikel berühmt“. Diese Berühmtheit müsste durch eine Ausdehnung der Vertriebswege gefährdet sein. Im konkreten Fall wird im Vertrag pauschal jegliche „unmittelbare oder mittelbare geschäftliche Aktivität auf Internet- und Auktionsplattformen Dritter“ untersagt. Demgegenüber weist A zu Recht darauf hin, dass ein unprofessionell betriebener Onlineshop oftmals eher noch nachteiligere Eindrücke zur Folge haben dürfte. Da Amazon Marketplace durchaus ansprechend und qualitativ hochwertig gestaltet ist, ist nicht ersichtlich, dass das konkrete Verbot die Eigenschaft als Luxusgegenstand absichert. Insoweit ist die Beschränkung des Vertriebs auf allen Onlineplattformen zu weitgehend und nicht mehr als Bestandteil eines selektiven Vertriebssystems gerechtfertigt.¹¹

- (e) Die Wettbewerbsbeschränkung müsste zudem **bezweckt oder bewirkt** sein. Hier dient die Beschränkung der Vertriebswege objektiv keinem anderen Zweck als der Reduktion der Vertriebswege zum Nachteil der Verbraucher, so dass die Wettbewerbsbeschränkung bezweckt ist. Die Spürbarkeit ist damit nicht separat zu prüfen.
- (f) Allerdings könnte die Vereinbarung freigestellt sein. In Betracht kommt eine Freistellung nach § 2 Abs. 2 GWB iVm Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO (bzw. unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 Vertikal-GVO im Fall von Art. 101 AEUV). Hier handelt es sich um eine vertikale Beschränkung (Art. 1 Abs. 1 lit. b Vertikal-GVO) in einer vertikalen Vereinbarung (Art. 1 Abs. 1 lit. a Vertikal-GVO). Allerdings könnte es sich bei der konkreten Vorgabe um eine Kernbeschränkung im Sinne von Art. 4 Vertikal-GVO handeln. Hier wird denjenigen, welche die Vereinbarung unterzeichnen ein bestimmter Vertriebsweg vorgegeben. Damit werden spiegelbildlich der Verkauf an Endverbraucher (Art. 4 lit. c Vertikal-GVO) bzw. die Kundengruppe beschränkt (Art. 4 lit. b Vertikal-GVO). Insoweit ist die betreffende Vereinbarung nicht von der generellen Freistellung umfasst. Auch eine Einzelfreistellung nach § 2 Abs. 1 GWB (bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV) scheidet hier in Ermangelung eines Effizienzgewinns durch die Beschränkung aus.

Damit verstößt die Vereinbarung mit den Vertragshändlern gegen § 1 GWB, nicht jedoch gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV. An einer solchen verbotswidrigen

¹⁰ EuGH, 06.12.2017 - C-230/16 – Coty.

¹¹ Dies kann man gut auch anders sehen – dann endet die Prüfung hier.

Vereinbarung kann kein legitimes Interesse bestehen. Daher ist die Behinderung des X durch A unbillig.

bb. Darüber hinaus könnte A auch andere Marktteilnehmer **ohne sachlichen Grund ungleich behandelt** haben (§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 2. Var. GWB).

- (1) Hier werden Ladengeschäften und Geschäften, die über die eigene Homepage vertreiben, von A beliefert. Demgegenüber werden Unternehmen, die (auch) über Drittplattformen vertreiben, nicht beliefert. Damit liegt eine **Ungleichbehandlung** vor.
- (2) Die zu Unternehmen müssten zudem **vergleichbar** sein. Dies ist der Fall, wenn sie nach ihrer unternehmerischen Tätigkeit und ihrer wirtschaftlicher Funktion identische Funktionen im Verhältnis zur Marktgegenseite erfüllen. Hier geht es in beiden Fällen um den Vertrieb bzw. Erwerb von Sportschuhen. Damit sind die Unternehmen vergleichbar.
- (3) Schließlich dürfte **kein sachlicher Grund** für die Ungleichbehandlung vorliegen. Wie bereits ausgeführt liegt hier ein rechtswidriges Ziel vor. Es gibt weder besonderen Beratungs- und Informationsbedarf noch ist ersichtlich, dass die Informationen auf der Seite von Amazon schlechter sind als diejenigen auf eigenen Onlineshops. Auch ein Schutz als Luxusgut ist in der konkreten Gestaltung nicht ersichtlich. Damit besteht kein sachlicher Grund.

Somit verstößt das Verhalten von A auch gegen § 20 Abs. 1 GWB iVm § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 1. Var. GWB.

III. Die Wiederholungsgefahr wird durch die bereits erfolgten Verstöße indiziert; hier begehrt A auch von X den Abschluss der selektiven Vertriebsvereinbarung.

Damit besteht ein Anspruch des X gegen A auf Belieferung ohne Zustimmung zu der selektiven Vertriebsvereinbarung aus § 33 Abs. 1 GWB.