



STELLUNGNAHME

REGELN FÜR HORIZONTALE VEREINBARUNGEN

Markenverband

Der Markenverband ist die Spitzenorganisation der deutschen Markenwirtschaft. Er vertritt die Interessen von gegenwärtig rund 400 Mitgliedern auf nationaler und europäischer Ebene. Er tritt ein für ein positives Konsumklima, für transparenten Leistungswettbewerb, für mündige Verbraucher, für den Schutz geistigen Eigentums und für nachhaltiges Wirtschaften.

Er ist registrierter Interessenvertreter bei der EU-Kommission (Nr. 2157421414-31).

Generelle Anmerkungen

Die Freistellungsmöglichkeit für wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, die dem wirtschaftlichen Fortschritt dienen, eröffnet die Möglichkeit, im Rahmen der Wettbewerbsregeln auch gesellschaftliche Anforderungen an die Wirtschaft zu berücksichtigen, etwa nach (1.) Nachhaltigkeit in Produktion und Vertrieb oder nach (2.) Wahrnehmung sozialer unternehmerischer Verantwortung (Corporate Social Responsibility). Diese Möglichkeiten greifen die Leitlinien leider nicht auf. Eine Öffnung in diesem Bereich wäre ein deutliches Signal, dass solche unternehmerischen Initiativen befürwortet werden, auch wenn sie nicht unmittelbar mit kurzfristigen Effizienzsteigerungen verbunden sind. Die Markenwirtschaft in Deutschland, die sich schon aufgrund der langfristigen Orientierung von Marken der Nachhaltigkeit verpflichtet sieht, würde ein solches Signal begrüßen.

Anmerkung zur Definition der Wettbewerber

Der Schutz nicht nur des aktuellen, sondern auch des potentiellen Wettbewerbs durch die Regeln der Gemeinschaft ist ein etablierter Faktor der Marktabgrenzung. Es ist zu begrüßen, dass in den Gruppenfreistellungsverordnungen F&E und Spezialisierung erstmals eine einfach handhabbare Konkretisierung des potentiellen Wettbewerbs vorgenommen wird.

Zugleich bleibt zu bedenken:

1. Die Frage des potentiellen Wettbewerbs ist nicht nur eine Problemstellung in den offenkundig stark zukunftsorientierten Bereichen von Forschung und Entwicklung, sondern auch in anderen Bereichen horizontaler und letztlich auch vertikaler Kooperationen. Zwar wird in den überarbeiteten Entwürfen der Gruppenfreistellungsverordnungen ein fester Zeitraum von drei Jahren vorgesehen, innerhalb dessen Unternehmen die notwendigen Investitionen tätigen müssen, um in den Markt einzutreten. Aber es ist dann unverständlich, warum diese Grenze in den Leitlinien nicht wiederholt wird. Dort verbleibt es vielmehr bei der allgemeinen Formulierung „innerhalb kurzer Zeit“. Die Formulierungen sollten angeglichen werden.
2. Ob tatsächlich ein Zeitraum von drei Jahren eine zutreffende und pauschal anwendbare Grenzziehung darstellt, muss bezweifelt werden. Sie mag als Orientierungsgröße dienen, erfordert aber eine Modifizierung je nach tatsächlicher Dynamik der betroffenen Märkte. Diese manifestiert sich in regelmäßigen Innovationszyklen wie auch in der Häufigkeit von Marktein- und -austritten. Sie spiegelt sich letztlich in den Planungshorizonten der im relevanten Markt tätigen Unternehmen.
3. In den Verordnungen und den Leitlinien wird als Grund für den Markteintritt potentieller Wettbewerber ausschließlich auf einen geringen, aber nachhaltigen Anstieg der relativen Preise abgestellt. Diese Betrachtung verkürzt die Sichtweise unzulässig. Chancen zu Markteintritten können sich z.B. auch daraus ergeben, dass technische Fortschritte eine Expansion in benachbarte Märkte auch bei konstantem Preisniveau aussichtsreich erscheinen lassen. Eine räumliche Expansionsmöglichkeit wird mit dem Kriterium ebenfalls nur unzureichend erfasst.

Anmerkungen zu den Beispielen der Richtlinie

Hilfreich wäre es, die Beispiele der Richtlinien daraufhin zu überprüfen, ob sie den Betroffenen tatsächlich Hinweise auf Bewertungen durch die EU-Kommission geben können. Erforderlich wäre, dass beschriebene Sachverhalte praktische Relevanz haben und einer kontroversen Bewertung zugänglich sind.

Das Beispiel zu Austausch historischer Daten (Beispiel Nr. 5, Rz. 102) ist einer solchen kontroversen Bewertung nicht zugänglich. Umgesetzt in die Konsumgüterbranche mit regelmäßig einjährigen Verträgen würde es bedeuten, dass Informationen aus dem Jahr 1998 unzweifelhaft ausgetauscht werden dürfen. Aber als Beispiel ist es nur dann wertvoll, wenn auch der Schluss zulässig wäre, schon Informationen aus dem Jahr 1999 könnten in 2010 noch als aktuell bewertet werden. Ein Einfluss derart alter Informationen auf zukünftige Entscheidungen dürfte aber ausgeschlossen sein. Der Multiplikator muss deutlich angepasst werden, um dem Beispiel einen Orientierungswert beizulegen.

Beispiel 3 zu den Einkaufskooperationen (Rz. 218) liegt ein völlig unrealistischer Sachverhalt zugrunde. Einerseits haben sich internationale Allianzen, wie die EU-Kommission selbst feststellt¹, längst über Einkaufsgemeinschaften hinaus entwickelt. Sie verhandeln mit den Lieferanten zusätzliche Konditionen für ihre Mitglieder, die regelmäßig mit Marketing-Aktivitäten begründet werden. Der eigentliche Wareneinkauf jedoch verbleibt bei den Mitgliedern. Andererseits erscheint die Annahme, dass die Mitglieder weder aktuelle noch potentielle Wettbewerber sind, unrealistisch. Vielmehr dürfte jederzeit die Möglichkeit bestehen, dass ein Mitglied einer Allianz, die regelmäßig zu den national führenden Händlern gehört, sich entscheidet (oder zumindest in Ermangelung der Allianz entscheiden könnte), auch in einem anderen Mitgliedstaat tätig zu werden.

Anmerkungen zu Einkaufskooperationen

In Kapitel 5 der Horizontalleitlinien geht die EU-Kommission zu Unrecht von einer prinzipiell positiven Bewertung von Einkaufskooperationen aus, und zwar unabhängig von der Position der Mitglieder der Allianz auf den jeweils nationalen Märkten. Die undifferenzierte Bewertung widerspricht der Bewertung durch die EU-Kommission im Working Staff Paper SEC (2009) 1449:

- Über Mitgliedschaftsregelungen oder faktisch sich entwickelnde Beschränkungen der Mitgliedschaft auf einen Einkäufer je Region/Mitgliedstaat können Einkaufsgemeinschaften zu einer Aufteilung von Märkten beitragen und Expansionen ihrer Mitglieder in andere Märkte erschweren.
- Einkaufskooperationen im Einzelhandel, insbesondere wenn sie international tätig sind, können dazu beitragen, dass sich Hersteller in der Gestaltung ihres Produktportfolios ausschließlich an den durchschnittlich erwarteten Verbraucherpräferenzen ausrichten. Langfristig führt dies zu einer Verarmung von Angeboten durch Vernachlässigung von inhaltlichen oder regionalen Spezialitäten, was zu Lasten der Verbraucher geht.

Diese zu Recht differenzierte und kritische Bewertung sollte ebenso in die Leitlinien einfließen wie die Tatsache, dass die Allianzen regelmäßig angeben, Vermarktungsservices für Lieferanten anzubieten, also ihnen zumindest auch die Eigenschaft von Vermarktungskoperationen zukommt.

Anmerkungen zu Vermarktungsvereinbarungen

Als Vermarktungsvereinbarung fasst Kapitel 6 der Leitlinien eine Vielzahl von Kooperationsmöglichkeiten zusammen, die unterschiedliche Nähe zu den in Rz. 225 ff. festgehaltenen, grundsätzlichen kartellrechtlich bedenklichen Praktiken aufweisen. Vereinbarungen über einen gemeinsamen Verkauf weisen z.B. eine deutlich größere Nähe zu Absprachen über Preise oder Kundenaufteilungen auf, als logistische Kooperationen. Letztere verfolgen regelmäßig den Zweck von Effizienzstei-

¹ Commission Working Staff Paper, SEC (2009) 1449 v. 28.10.2009, Ziff. 4.2.1

gerungen in der Wertschöpfungskette, auch wenn nicht zu verkennen ist, dass sie auch zu Kundenaufteilungen missbraucht werden können.

Diese unterschiedliche Wahrscheinlichkeit von wettbewerbsschädlichem Inhalt der Vereinbarungen innerhalb der Gruppe der Vermarktungsvereinbarungen wird in den Leitlinien jedoch nicht im wünschenswerten Umfang reflektiert. Es wird, um im Beispiel zu bleiben, nicht hinreichend deutlich, dass für logistische Kooperationen richtigerweise ein potentiell größerer Spielraum besteht als beim gemeinsamen Verkauf.

Anmerkungen zum Informationsaustausch

Es ist zu begrüßen, dass die EU-Kommission beabsichtigt, die Fragen des zulässigen Informationsaustausches zwischen Wettbewerbern jenseits der sehr speziellen sektorspezifischen Regelungen in der Seeverkehrsleitlinie zu klären. Die bestehende Unsicherheit in der Wirtschaft zu dieser Frage ist geeignet, Kommunikation unnötig zu beeinträchtigen und somit die effizienzsteigernde Wirkung von Informationsaustausch zu schwächen.

Notwendig erscheint ein klares Bekenntnis zu Kommunikation als Erfolgsfaktor für den und im Wettbewerb. Die Formulierung in Rz. 58 der Leitlinien sollte dahingehend gestärkt werden, dass Informationsaustausch ein unverzichtbares Element unternehmerischer Tätigkeit in einer arbeitsteiligen Wirtschaft ist und als solches regelmäßig (und nicht nur häufig) wettbewerbsfördernd wirkt. Die kritische Bewertung von Informationsaustausch darf nicht als Auffangtatbestand für vermeintliche sonstige wettbewerbsbeschränkende Absprachen dienen, bei denen der Nachweis dieser Absprache nicht gelungen ist.

Die Leitlinien zur Frage des Informationsaustausches basieren im Kern auf „je-desto-Beschreibungen“ einzelner im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu würdigender Umstände. Je größer der Zugewinn an Transparenz, desto größer erscheint die Wahrscheinlichkeit, dass Informationsaustausch wettbewerbsbeschränkend wirkt. Diese Skalierung der einzelnen Parameter im Zusammenspiel mit ihrer Vielzahl trägt entgegen der Intention nicht dazu bei, Klarheit über die Grenzen zulässigen und positiven Informationsaustausches zu schaffen. Das gilt umso mehr, als die Leitlinien keinerlei Hinweis darauf enthalten, in welchem Verhältnis die einzelnen Parameter zueinander stehen und wie die Gesamtbewertung durchgeführt werden soll. Zusätzliche Bewertungskriterien erscheinen notwendig.

Der Austausch von Informationen im Rahmen zulässiger Kooperationen, der nicht über das zur Umsetzung der Kooperation erforderliche Maß hinausgeht, muss immer und sicher zulässig sein. Über den Informationsaustausch darf es nicht zur Aushöhlung von Freistellungen kommen. Die Formulierung in Rz. 72 der Leitlinien, wonach dies nur „in der Regel“ der Fall sei, erlaubt nach wie vor Wertungswidersprüche und ist entsprechend zu ändern.

Der Austausch echter öffentlicher Informationen kann nie einen Kartellrechtsverstoß bedeuten²: Wenn die Leitlinien in Rz. 82 definieren, öffentliche Informationen seien nur solche, die „kostenlos“ bereitstünden, so überspannt dies die Anforderungen. Kostenlos stehen weder die Informationen in Tageszeitungen oder – jedenfalls in Deutschland – aus Radio und Fernsehen zur Verfügung. Eine Wettbewerbsbeschränkung durch Informationsaustausch ist ausgeschlossen, wenn die aktuellen oder potentiellen Marktteilnehmer bei einer vernünftigen Bewertung des Inhaltes der Informationen bereit und in der Lage wären, sich diese Informationen mit wirtschaftlich vertretbarem Aufwand zu beschaffen. Oder anders ausgedrückt: die Kosten dürfen die Branchenöffentlichkeit nicht davon abhalten, sich diese Informationen zu beschaffen. Diese zutreffende Einschätzung findet sich sogar in Rz. 82 der Leitlinien (dortiger Satz 3), allerdings steht sie im Widerspruch zu dem vorhergehenden Satz, der von „kostenlos“ spricht. Dieser Widerspruch sollte behoben werden, indem der Hinweis auf die Kostenfreiheit gestrichen wird.

Nach der bisherigen Praxis war ein Informationsaustausch unproblematisch, wenn er sich auf Informationen bezog, die älter als ein Jahr waren. Die neuen Leitlinien folgen jetzt einer flexibleren Lösung, die auf die Vertragsdauer abstellt. Das ist zu begrüßen. Ob tatsächlich eine Information noch geeignet ist, das wettbewerbliche Verhalten von Konkurrenten zu beeinflussen, hängt aber nicht allein von der Vertragsdauer ab, sondern z.B. auch von der tatsächlichen Marktdynamik. Kurze Innovationszyklen oder eine schnelle Veränderung der Marktteilnehmer werden unabhängig von der durchschnittlichen Vertragslaufzeit einem Informationsaustausch schnell jedes Kollusionsrisiko nehmen. Diese weiteren Markteigenschaften sollten von der EU-Kommission in den Leitlinien zu Rz. 86 adressiert werden. Zudem erscheint es unzutreffend, für sehr kurzfristige Verträge denselben Multiplikator anzuwenden, wie für Verträge, die eine mehrjährige Laufzeit aufweisen. Um zu vermeiden, dass Unternehmen aus Beispiel 5 unzutreffende Schlüsse für ihr eigenes Handeln ziehen, sollte auch auf diese Abhängigkeit von Vertragslaufzeit und Multiplikator ausdrücklich hingewiesen werden.

Die Leitlinien erwähnen in Rz. 101 Benchmarking in einer extremen Situation und mit klar negativer Bewertung. Damit wird dieser Prozess in falsches Licht gerückt. Regelmäßig ist Benchmarking nicht der individuelle Austausch über die wesentlichen Kostentreiber in einem engen und stabilen Oligopol, sondern eine vernünftige Möglichkeit für Unternehmen, den eigenen Effizienzgrad in ein Verhältnis zu setzen. Der Kern des Benchmarking wird in Rz. 88 der Leitlinien benannt: die Unternehmen können aufgrund von Informationen über die Kosten der Wettbewerber effizienter arbeiten, wenn sie ihre eigene Leistung an der besten Praxis in der Branche messen und entsprechende interne Anreizsysteme entwickeln. Es sollte in den Leitlinien auch erwähnt werden, dass dies Ziel und Inhalt von richtig verstandenem Benchmarking ist³.

² Das gilt u.E. selbst innerhalb von Kartellen. Das ändert selbstverständlich nichts an der Unzulässigkeit des Kartells, nur fügt der Austausch öffentlicher Informationen keinen zusätzlichen Unrechtsaspekt hinzu

³ Entsprechend wird an dieser Stelle in der englischen Version der Leitlinien auch das Verb „to benchmark“ verwendet, was mit „messen“ nur unzureichend übersetzt ist.

Die Konsumgüterindustrie ist dadurch geprägt, dass Markenhersteller ihre Produkte nicht immer selbst an den Konsumenten verkaufen, sondern vornehmlich über den Handel. Infolge der Konzentration im Handel tritt dieser aber nicht mehr nur als Absatzmittler für die Hersteller auf, sondern zunehmend auch als Wettbewerber. Vor allem mit „private labels“, das heißt händlerspezifischen Produkten. Dieser wachsenden Doppelrolle des Handels gilt es bei der Bewertung von Kommunikation zwischen Hersteller und Händler, die über aktuelle und geplante Preisstellungen, Launch- und Marketingpläne etc. notwendig ist, zu berücksichtigen. Der Hersteller ist gezwungen, wettbewerbsfähig sensible Informationen mit seinem Wettbewerber auszutauschen, die dieser für seine Positionierung am Markt verwenden kann.

Es sollte klargestellt werden, dass die Kommunikation zwischen Hersteller und Händler, soweit sie aus der vertikalen Geschäftsbeziehung heraus notwendig ist, keinen Anlass zu kartellrechtlichen Bedenken bietet. Es ist gleichzeitig dem Händler die Verwendung der Information im Rahmen der Positionierung seiner „private label“ Produkte zu untersagen. Da diese Verwendung aber ein rein händlerinterner Vorgang ist, der kaum nachzuweisen ist, sollten organisatorische Vorkehrungen wie etwa „chinese walls“ vorgesehen werden, die einen Missbrauch der Informationen effektiv verhindern.

Auch an anderen Stellen der Leitlinie fehlen ein deutlicher Hinweis und eine Bewertung dazu, dass aufgrund der „private label“ im Verhältnis zwischen Markenindustrie und Handel nicht nur vertikale, sondern auch horizontale Aspekte zu berücksichtigen sind. Eine entsprechende Klarstellung in Rz. 12 der Richtlinie ist notwendig. Schließlich wäre es wünschenswert, wenn die Leitlinien jenseits der private labels Ausführungen zu der „Hub and Spoke“-Problematik enthielten, die besteht, wenn ein vertikaler Informationsaustausch zwischen Herstellern und Händlern mittelbar zu einem horizontalen Informationsaustausch unter den Herstellern führt oder dies zumindest befürchten lässt.

Category management, das in den neuen Vertikalleitlinien zutreffend als grundsätzlich positiv bewertet wird, enthält notwendig horizontale Aspekte. Regelmäßig sind nicht nur die eigenen Produkte des category advisors in die Beratung des Händlers einbezogen, sondern auch Wettbewerberprodukte. In bestimmtem Umfang ist es notwendig, hier auch nicht öffentliche Informationen offenzulegen. Es erscheint sinnvoll, im Rahmen der Horizontalleitlinien diesen Aspekt klärend und konsistent mit der positiven Bewertung im Rahmen der Vertikalleitlinien aufzugreifen.

Berlin, den 25. Juni 2010
gez. Dr. Andreas Gayk