



CCR - Competition Competence Report Frühjahr 2013/2

Vertikale Beschränkungen bei Online-Verkäufen

Marken-Produkte werden zunehmend über das Internet verkauft (Online-Verkäufe). Dies führt dazu, dass Marken-Hersteller versuchen, ihren Händlern vertikale Vertriebsbeschränkungen für diese Online-Verkäufe aufzuerlegen. Das deutsche Bundeskartellamt führt gegenwärtig diesbezüglich zwei Pilotverfahren durch:

- Ein Verfahren behandelt die Einführung eines selektiven Vertriebssystems, das auch Beschränkungen des Online-Handels, u.a. ein Verbot des Verkaufs über Drittplattformen wie eBay oder Amazon, enthält. Argument des Marken-Herstellers ist, dass diese Drittplattformen eine angemessene markenfreundliche Produktpräsentation nicht gewährleisten können. Die Online-Verkäufe sollten nur über vom Marken-Hersteller genehmigte Websites möglich sein.
- Ein anderes Verfahren klärt E-Commerce Vertriebsbestimmungen im Hinblick auf mögliche Beschränkungen des Onlinehandels, u.a. in Form eines Verbots des Verkaufs über offene Drittplattformen.

Die Kartellbehörde prüft, ob die Vertriebssysteme Regelungen enthalten, durch die der Wettbewerb beschränkt oder verhindert wird (Prüfung nach Artikel 101 (1) AEUV). In diesen Kartellverfahren ist es Aufgabe der Unternehmen, Freistellungsvoraussetzungen vom Kartellverbot nach Artikel 101 (3) AEUV darzulegen.

Freistellung vom Kartellverbot möglich ?

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 13.10.2011 in der Sache *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* klargestellt, dass Vertriebsbeschränkungen bzgl. des Verkaufs im Internet nur in Ausnahmefällen zulässig sind.

Die besonderen Charakteristika von Marken-Produkten können eine etwaige Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen. Die betreffende Regelung muss aber für die Erhaltung und Pflege der Marke zwingend erforderlich sein. Das Gericht hat bestätigt, dass auf eine solche Vereinbarung die

Legalausnahme in Artikel 101 (3) AEUV individuell anwendbar ist, wenn die Voraussetzungen dieser Bestimmung erfüllt sind.

Die Europäische Kommission hat Leitlinien zu Artikel 101 (3) AEUV veröffentlicht. Diese Leitlinien erläutern die Interpretation der Freistellungs Voraussetzungen gemäß Artikel 101 (3) AEUV detailliert und erleichtern auf diese Weise die Anwendung von Artikel 101 (3) AEUV. Hierzu wird im Folgenden ausgeführt.

Freistellung nach Artikel 101 (3) AEUV

Die Struktur jeder Untersuchung nach Artikel 101 AEUV besteht aus zwei Teilen.

- Der erste Schritt beinhaltet eine Analyse nach 101 (1), nämlich, ob eine Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder aktuelle (oder potentielle) wettbewerbsbeschränkende Effekte aufweist.
- Wenn feststeht, dass die Vereinbarung den Wettbewerb gemäß Artikel 101 (1) einschränkt, fokussiert sich der zweite Schritt auf die ökonomische Prüfung, ob die wettbewerbsfördernden Elemente die Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen können. Diese Form der Abwägung von wettbewerbsfördernden und wettbewerbsbeschränkenden Effekten wird nur im Rahmen der Prüfung von Artikel 101 (3) durchgeführt.

Es ist notwendig, beide Schritte ökonomisch zu modellieren, da in Summe eine quantitative Abwägung durchzuführen ist.

Die in den Leitlinien dargelegten Standards müssen - entsprechend der Rechtsprechung - unter der Berücksichtigung der Fallumstände angewandt werden. In Bezug auf die vorliegenden Markttatsachen muss jeder Fall einzeln durch eine verhältnismäßige und flexible Auslegung der Leitlinien analysiert werden.

Die vier Bedingungen von Artikel 101 (3) sind:

- Effizienzgewinne;
- Angemessene Beteiligung der Verbraucher;
- Unerlässlichkeit der Einschränkungen;
- Keine Ausschaltung des Wettbewerbs.

Alle vier Bedingungen müssen gemeinsam vorliegen.

Im Folgenden werden diese Bedingungen erläutert.

1. Effizienzgewinne

Bei der Analyse der Effizienzgewinne sind die Art, die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß sowie der Zeitpunkt der geltend gemachten Effizienzgewinne von großer Bedeutung. Außerdem muss ein hinreichender Kausalzusammenhang zwischen der vertikalen Vereinbarung und den Effizienzgewinnen dargestellt werden.

Die Leitlinie der Kommission nennt Kosteneinsparungen und qualitative Effizienzen, welche Vorteile in Form neuer oder verbesserter Waren erbringen. Andere Effekte, wie die Förderung von Investitionsanreizen zur Beseitigung von Free-Rider-Problemen oder Hold-up-Problemen, stehen bei der Analyse im Mittelpunkt.

Der Aufbau einer Marke erfordert einen hohen Kapitaleinsatz. Konsumenten sind auch bereit - entgegen der ökonomischen Logik, jeweils das billigste Produkt zu kaufen - für „Marken-Produkte“ höhere Preise zu bezahlen. Auch wenn das gleiche Produkt als „no name“-Produkt angeboten wird, präferieren zahlreiche Konsumenten trotz der höheren Preise (oder sogar wegen der höheren Preise) Marken-Produkte.

Der Preis ist wesentliches Element in der Positionierung einer Marke als höherwertiges Produkt. Die Marke hat auf Grund des höheren Preises aus Konsumentensicht auch einen höheren Wert. Markenhersteller versuchen durch Einschränkungen, beim Online-Verkauf dieses höherwertige Markenimage zu schützen.

Um das Markenimage, das im Interesse der Konsumenten liegt, zu pflegen und weiter auszubauen, ist es notwendig, dass Markenhersteller Investitionen tätigen. Der Schutz dieser Investitionsanreize im Sinne der Konsumenten ist ein Gegengewicht zu der Wettbewerbsbeschränkung. Die Bereitschaft der Markenhersteller weiter zu investieren, führt zu einem gesteigerten Markenwettbewerb. Dieser Wettbewerb fördert eine Verbesserung der Warenerzeugung und -verteilung sowie den technischen bzw. wirtschaftlichen Fortschritt.

2. Angemessene Beteiligung der Konsumenten

Im Falle von Marken-Produkten profitieren Verbraucher von den Investitionen der Marken-Hersteller in den Aufbau und die Pflege einer Marke. Marken-Hersteller befriedigen mit ihren Marken-Produkten die Wünsche (und Sehnsüchte) der Verbraucher. Folglich profitieren die Verbraucher auch von einer verbesserten Qualität der Waren und Dienstleistungen. Aus Sicht der Konsumenten ist das Marken-Image ein wesentlicher Teil des Produkts bzw. der Dienstleistung.

In ersten Analysen ist fallbezogen zu untersuchen, welche Faktoren neben dem Preis eines Marken-Produktes für Konsumenten bei Kaufentscheidungen relevant sind. Studien beispielsweise zu Drogeriewaren legen nahe, dass der Faktor Preis in einer Kaufentscheidung eine Bedeutung von ca. 30-40% einnimmt. Die restlichen Prozentsätze verteilen sich auf die Faktoren Marke, Beratungsleistung, Qualität, Produktauswahl, Warenpräsentation etc..

Zeigt die Analyse, dass der Faktor „Marke“ für ein bestimmtes Produkt bedeutsam ist, kann simuliert werden, auf welche Weise sich der Konsumentennutzen verändert, wenn der Faktor „Marke“ - z.B. durch Billigverkäufe der Produkte über offene Drittplattformen - an Bedeutung verliert. Der Vorteil solcher Analysen ist, dass die ökonomischen Effekte quantifiziert und nachgewiesen werden können.

In einem abschließenden Berechnungsschritt werden die wettbewerbsfördernden Elemente einer vertikalen Vertriebsvereinbarung mit den ebenfalls quantifizierten Wettbewerbsbeschränkungen aufgerechnet. Unserer Erfahrung nach sind rein qualitative Argumente nicht geeignet, den Bedenken der Kartellbehörden zu begegnen. Der Anspruch ist vielmehr, dass eine Quantifizierung der Effizienzvorteile zu erfolgen hat. Zudem ist der Nachweis zu erbringen, dass diese Vorteile auch an die Konsumenten weitergegeben werden.

3. Unerlässlichkeit der Einschränkung

Vertikale Beschränkungen von Online-Verkäufen müssen für den Marken-Inhaber unverzichtbar sein. An dieser Stelle ist beispielsweise zu untersuchen, inwieweit Online-Verkäufe die Anreize des Marken-Inhabers begrenzen, Investitionen zum Aufbau der Marke vorzunehmen.

Analytisch kann gezeigt werden, wie sich die Rendite aus Werbeausgaben (ROAS engl. „*Return on Advertising Spend*“) im Verhältnis zu Online-Verkäufen entwickelt. Wenn ein signifikanter negativer Zusammenhang zwischen den beiden Größen besteht, liefert dies den Beweis, dass Online-Verkäufe die Investitionsbereitschaft für Werbemaßnahmen hemmen. Der ROAS ist wie folgt zu definieren:

$$ROAS = \frac{\text{Werbeeinnahmen} - \text{Werbeausgaben}}{\text{Werbeausgaben}}$$

Der zweite Schritt besteht darin, die ROAS auf eine Menge von exogenen, erklärenden Variablen, inklusive des Online-Verkaufsvolumens, zu regressieren. Dies kann wie folgt geschrieben werden:

$$ROAS_t = \beta_0 + \beta_1 \text{Online}_t + \beta_i X_{i,t} + \varepsilon_t$$

Wobei $ROAS_t$ die ROAS zum Zeitpunkt t darstellt, Online_t das Internetverkaufsvolumen zum Zeitpunkt t , $X_{i,t}$ einen Vektor exogener Variablen, die ROAS beeinflussen (z.B. Anlagevermögen, **Wettbewerbsgrad**, etc.) und ε_t ein Fehlerterm. Alle β sind die zu bestimmenden Koeffizienten. Ein Wert von $\beta_1 < 0$ würde belegen, dass höhere Online-Verkäufe die Anreize der Marken-Hersteller für Werbeinvestitionen zur Pflege der Marke negativ beeinflussen.

Diese Analysen belegen die Aussagen, dass vertikale Beschränkungen von Online-Verkäufen unerlässlich sind, um Marken-Werte zu schützen.

4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs

Die meisten Marken-Produkte befinden sich in einem ausgeprägten Wettbewerbsverhältnis zu anderen Marken-Produkten. Nur selten besitzen Marken-Produkte keine konkurrierenden Substitute.

Markeninterner Wettbewerb wird in erster Linie durch die Notwendigkeit angetrieben, dass sich die Marken-Hersteller von ihren Konkurrenten differenzieren wollen. Folglich führen vertikale Beschränkungen von Online-Verkäufen bei Anwesenheit von Wettbewerbsdruck nicht zu einer Ausschaltung des Wettbewerbs.

Um die Höhe des markeninternen Wettbewerbs zu ermitteln, kann beispielsweise die Kreuzpreiselastizität zwischen Marken berechnet werden. Hierbei kommt ein „*Almost Ideal Demand System*“ (AIDS) zur Anwendung. Diese Methode bedarf Kenntnisse über die Marktanteile und die Preise der Firmen.

EE&MC-Ansatz

Die Unternehmen tragen die Beweislast für Freistellungen nach Artikel 101 (3) AEUV. Die Kartellbehörden haben lediglich eine Beschränkung des Wettbewerbs festzustellen.

Die Kunst, eine Freistellung nach Artikel 101 (3) zu erreichen, liegt darin, die Konsumentenvorteile konkret zu quantifizieren und die Weitergabe dieser Vorteile an die Konsumenten zu belegen.

Des Weiteren ist der Nachweis zu führen, dass alle vier Voraussetzungen des Artikels 101 (3) kumulativ erfüllt sind. Auch dies erfordert Berechnungen. Ohne das Beibringen von „harten Zahlen“ sind Freistellungen kaum darstellbar.

EE&MC ist auf die Erstellung von ökonomischen Gutachten für Freistellungen nach Artikel 101 (3) spezialisiert. Insbesondere die Quantifizierung der Konsumentenvorteile durch Marktsimulationsmodelle ist ein herausragendes Fachgebiet von EE&MC.