

E.CA Economics

# Die Effizienzgründe von Art. 101 (3) AEUV

Bern, 29. Juni 2018

---

Studienvereinigung Kartellrecht, AG Schweiz

---

Dr. Rainer Nitsche  
[www.e-ca.com](http://www.e-ca.com)

# Agenda

1	Einleitung	2
2	Effizienzverteidigung als „Ausrede“?	3
3	Anbindung an das Wettbewerbsbedenken (Beispiel Vertrieb)	6
4	Abwägung und Quantifizierung (Beispiel vertikale Preisbindung Pressegrasso)	18
5	Breite und integrierte Analyse (Beispiel GUs)	23
6	Regulierungslogik (Beispiel IF)	27
7	Fazit	28

## 1 Einleitung

### 101 (3) vs 5 (2)

#### Vier kumulative Voraussetzungen in Artikel 101 Absatz 3 AEUV...



1. Effizienzsteigerung – kausal? Referenzszenario? Quantifiziert?
2. Unerlässlichkeit der Einschränkungen – keine weniger beschränkende Lösung (für jede einzelne Beschränkung!)
3. Angemessene Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn – Nettoeffekt auf Verbraucher
4. Keine Ausschaltung des Wettbewerbs (muss enger ausgelegt werden als 101(1) - es darf kein „Monopol“ entstehen)  
(Beweislast: Unternehmen)

#### ...sind eine mehr als im Art. 5 Abs. 2 KG

- „Angemessene Beteiligung Verbraucher“ fehlt
- Wird bei Vorliegen der anderen Kriterien angenommen



**Per se kein Grund ersichtlich, warum die Unterschiede im Wortlaut große Differenzen begründen – es kommt auf die Fallpraxis an**

## 2 Effizienzverteidigung als „Ausrede“?

### Effizienzmängel

**Manchmal werden Effizienzgründe schlecht begründet** (hier Beispiele aus hiesigen Verfahren)...

- Zeitlich begrenzter Schutz von Investitionen für die Erschließung neuer Märkte – für 6 Jahre? Für Nikon? (Husqvarna; Nikon)
- Vertikale Preisbindung unerlässlich – oder selektiver Vertrieb mildere Alternative? (Saiteninstrumente; Altimum)
- Selektiver Vertrieb – nur in der Schweiz erforderlich? (Electrolux/V-Zug)
- „Informationsaustausch zu Submissionsprojekten“ - zur Senkung von Herstellungs- und Vertriebskosten? (Straßen- und Tiefbau Kt. Aargau)

*„Es ist nicht nachvollziehbar, mit welcher Leichtigkeit Granella bei Submissionsabreden Effizienzgründe geltend macht, ohne sie nur ansatzweise zu belegen“*

**...aber man sollte das Kind nicht mit dem Bade ausschütten – die Effizienzverteidigung ist wichtig**

## Herausforderungen

### **Die Trennung von „Wettbewerbsproblem“ und „Effizienzgewinn“ ist manchmal künstlich**

- Bewertung von Verhandlungsergebnissen?
- Internalisierung doppelter Margenaufschläge bei vertikaler Integration?
- Aggressiver Wettbewerb durch geringere Grenzkosten?

### **Kann man eine Abwägung zwischen Konsumentengruppen vermeiden?**

- Keinerlei Abwägung?
- Durchschnittswirkung pro Markt?

### **Auch begründete Argumente sind im Einzelfall oft schwer zu belegen und zu beziffern...**

- Was ist der Wert der Beratung und der physischen Präsentation für Stirnlampen? Motorsägen? Waschmaschinen? Bücher? Mode?
- Was ist der Wert des Markenimages für Produkte von E.CA? Boss? Chanel?

**...aber dass der Online-Handel den Vertrieb vollständig umkrempelt, ist offensichtlich**

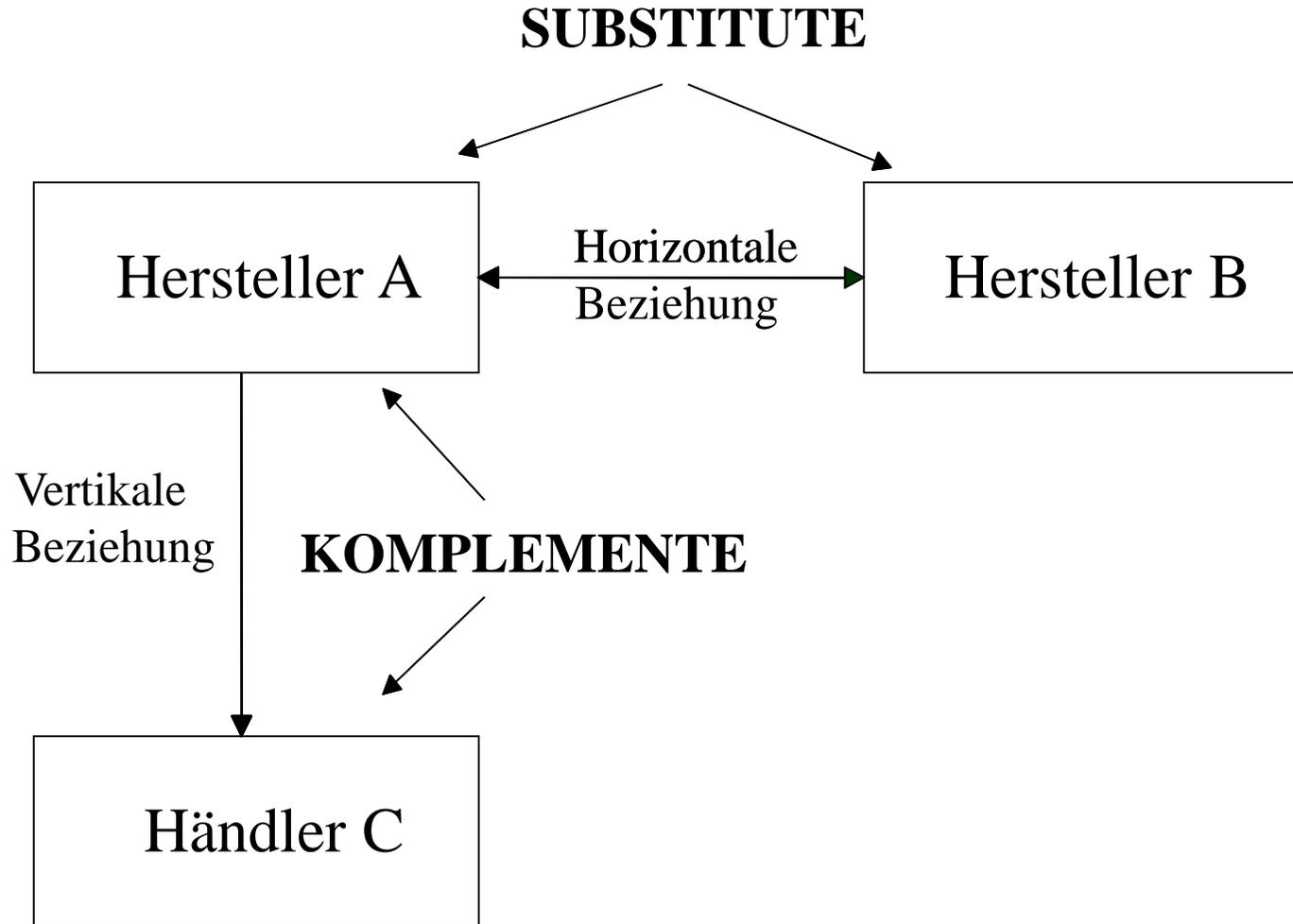
## Lösungsansätze

### Lösungen in den Einzelfällen sind oft möglich...

1. Anbindung an das Wettbewerbsbedenken
2. Vorbereitung der Abwägung für das Gericht (Quantifizierung)
3. Breite und integrierte Analyse in einem Fall
4. Regulierung oder Akzeptanz einer „Regulierungslogik“

**...aber manchmal ist auch eine Sektoruntersuchung ein sinnvolles Instrument**

## Vorbemerkung: Substitute und Komplemente



## Unterschiede

### **Vertikale Abreden sind häufig deutlich weniger bedenklich als horizontale...**

- Vereinbarung erfolgt NICHT zwischen Wettbewerbern
- Markenwettbewerb meist wichtiger als Wettbewerb zwischen den Vertriebskanälen
- Kann i.d.R. keine Marktmacht erzeugen wo keine war

### **...und häufig sind die Argumente für Effizienzen in der Wirkungsrichtung klar**

- Anreize zur Erhöhung der Servicequalität
- Eliminierung von Trittbrettfahren
- Beseitigung von „hold-up“ Problemen
- Schutz von Marken

### **Dies sollte die Abwägung (auch bei fehlender Quantifizierung) beeinflussen**

## Beispiel digitale Plattformen als Vertriebskanäle: Vorteile für den Hersteller

### **Zusätzlicher Verkaufskanal erweitert den Kundenzugang**

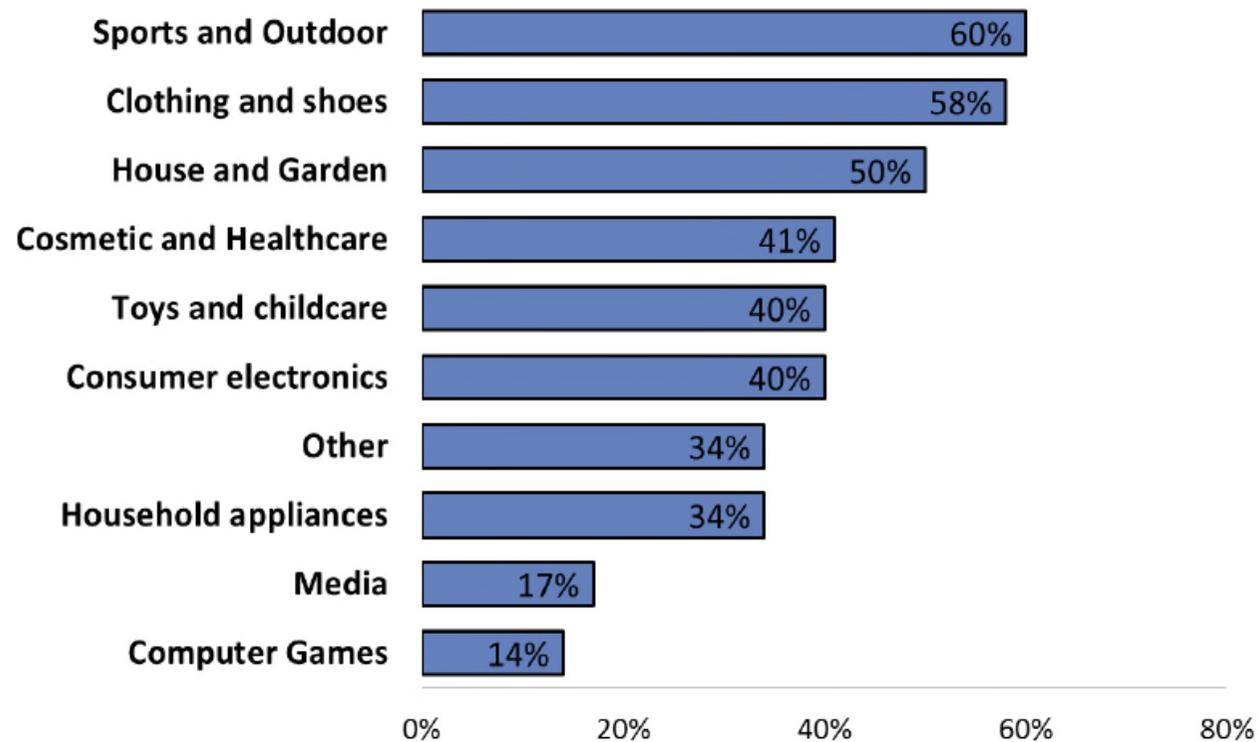
- Such- und Transaktionskosten werden reduziert
- Erweiterter Kundenzugang
- Vorteil des Plattform-Branding
- Möglichkeit, zusätzliche Zahlungen (für Exklusivität) zu erhalten, wenn die Plattform durch die Zusammenarbeit eine kritische Masse erreicht (to survive or to tip)

**Miteinander konkurrierende Vertriebskanäle (markeninterner Wettbewerb) schränken die Gewinnmarge im nachgelagerten Markt ein und senken somit die Kosten für die Verbraucher**

**Warum sollte ein Hersteller den Vertrieb ohne guten Grund einschränken?**

## Negative Auswirkungen von Plattformen?

**Figure B. 61: Proportion of manufacturers in each product category that consider (certain) marketplaces as potentially having an adverse impact<sup>274</sup>**



Quelle: European Commission 2017: Commission Staff Working Document Accompanying the document "Report from the Commission to the Council and the European Parliament. Final report on the E-commerce Sector Inquiry", p. 141

## Gründe für vertikale Beschränkungen

**Einzelhändler haben nur den Blick auf ihre Gewinnmarge und berücksichtigen dabei nicht die Marge der Hersteller/Lieferanten – dies kann zu nicht-optimalen Anreizen der Einzelhändler führen**

**Doppelter Aufschlag kann die Preise zu hoch treiben**

- „Kosten“ entgangener Verkäufe werden unterschätzt und Preise werden zu hoch gesetzt
- Um dem entgegenzuwirken, können die Hersteller/Lieferanten eine Obergrenze auf den Verkaufspreis setzen (unverbindliche Preisempfehlung) oder die Absatzmenge erhöhen (z.B. über gestaffelte Rabatte)

**Meistens liegt das Problem jedoch im mangelnden Anreiz, nachfragefördernde Aktivitäten zu forcieren (da die Marge des Lieferanten nicht berücksichtigt wird)**

- Zu wenig Werbung von Einzelhändlern
- Schlechte Produktpräsentation (und keine perfekte Zusammenstellung)
- Keine langlebigen Produkte, die hohe Margen erfordern (durch fixe Händlerkosten/Opportunitätskosten für „Regalflächen“)
- Zu kleine Lagerbestände (Verlust bei vergriffenen Artikeln ist höher als vom Einzelhändler berücksichtigt)
- Zu wenig Vielfalt, da der Einzelhändler auch Konkurrenzprodukte führt und weniger Interesse hat, die ganze Bandbreite eines Herstellers zu führen

**Schwerpunkt auf bestimmte Vertriebskanälen kann auch die Kosten des Koordinationsaufwands niedriger halten und die Logistik vereinfachen**

## Charakteristika: Showrooming und Multi-Homing

- **Trittbrettfahrer („Showrooming“):**
  - Online oder in Geschäften
  - Relevanter beim Schutz von Geschäften (höhere Grenzkosten)
- **Multi-homing:**
  - Kunden vergleichen die Preise
  - Führt zu starkem Wettbewerb
  - Bringt aber auch Kosten mit sich (Registrierung, Zahlungsdaten etc.)



## Wettbewerbswidrige Gründe für vertikale Beschränkungen

**Hersteller/Lieferanten möchten ggfs. den Wettbewerb mit konkurrierenden Herstellern/Lieferanten beschränken...**

- RPM und andere vertikale Beschränkungen können die Transparenz zwischen Herstellern erhöhen und **Absprachen erleichtern**
- Exklusive Absprachen können **Konkurrenten ausschließen**, indem ihnen der Zugang zu Verkaufskanälen verschlossen bleibt

**...oder sich die erhöhte Gesamtmarge im Rahmen der Verhandlungen um den Großhandelspreis aufteilen**

**Es ist daher wichtig zu prüfen, ob ausreichend Wettbewerb zwischen den Vertriebskanälen und zwischen den Herstellern besteht, um dies zu unterbinden**

(Prüfung muss bei digitalen Plattformen beide Marktseiten einbeziehen)

### 3 Anbindung an das Wettbewerbsbedenken (Beispiel Vertrieb)

## Selektiver Vertrieb beschränkt den Online Verkauf

- **Allgemeine Beschränkungen:** „Freigabe“ von Webseiten oder Ausschluss bestimmter Seiten wie
  - Marktplätze
  - Preisvergleichsseiten
  - Nichtspezialisierte Webseiten
  - Begrenzung der Stichwortsuche
- **Anforderungen an die Produktdarstellung** wie
  - Zusammen mit ähnlichen Produkten
  - Abgestimmtes Logo/Einklang mit Markenrichtlinien (brands identity rules)
  - Vorgegebene Markenfläche
  - Keine Pop-Up-Fenster
  - Repräsentative Produktauswahl
- **Serviceanforderungen**
  - Schnelligkeit und Zuverlässigkeit der Webseite
  - Call Center
  - Möglichkeit, ein Konto einzurichten
  - Sicheres Zahlungssystem
  - Freier Probezugang
- **Anforderungen an die Transparenz**
  - Vorhandene Vorräte darstellen
  - Preise inklusive Liefergebühren angeben

### 3 Anbindung an das Wettbewerbsbedenken (Beispiel Vertrieb)

## Coty und Plattformen Dritter

Coty has an iconic portfolio of more than 77 brands across fragrances, color cosmetics, hair care, body care and skin care.



## Coty Urteil



Press and Information

Court of Justice of the European Union  
**PRESS RELEASE No 132/17**  
Luxembourg, 6 December 2017

Judgment in Case C-230/16  
Coty Germany GmbH v Parfümerie Akzente GmbH

---

**A supplier of luxury goods can prohibit its authorised distributors from selling those goods on a third-party internet platform such as Amazon**

*Such a prohibition is appropriate and does not, in principle, go beyond what is necessary to preserve the luxury image of the goods*

## Erhalt des guten Rufs ist Teil des Qualitätswettbewerbs

**“A selective distribution system [for luxury goods] designed, primarily, to preserve the luxury image of those goods is [...] compatible with Article 101(1) TFEU” (Para 29)**

- Das „Metro-Kriterium“ muss eingehalten werden
  - Produkteigenschaften erfordern sein ausgewähltes Distributionssystem
  - Weiterverkäufer müssen nach objektiven Kriterien ausgewählt werden, die einheitlich für alle möglichen Weiterverkäufer gelten und nicht einzelne benachteiligen
  - Die vorgegebenen Kriterien dürfen das Mindestmaß nicht überschreiten
- Das Ziel, das Luxus-Image zu erhalten, rechtfertigt das vollständige Verbot, die Produkte auf Drittplattformen wie Amazon zu verkaufen, das Coty im Vertrag mit Parfümerie Akzente einschloss (Absatz 58)
- Auch wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass einige Plattformen tatsächlich den Standardanforderungen von Coty zum Vertrieb gerecht werden

## Mögliche Auswirkungen des Coty-Urteils

### **Das Urteil ist wichtig, da es geltendes Recht klärt...**

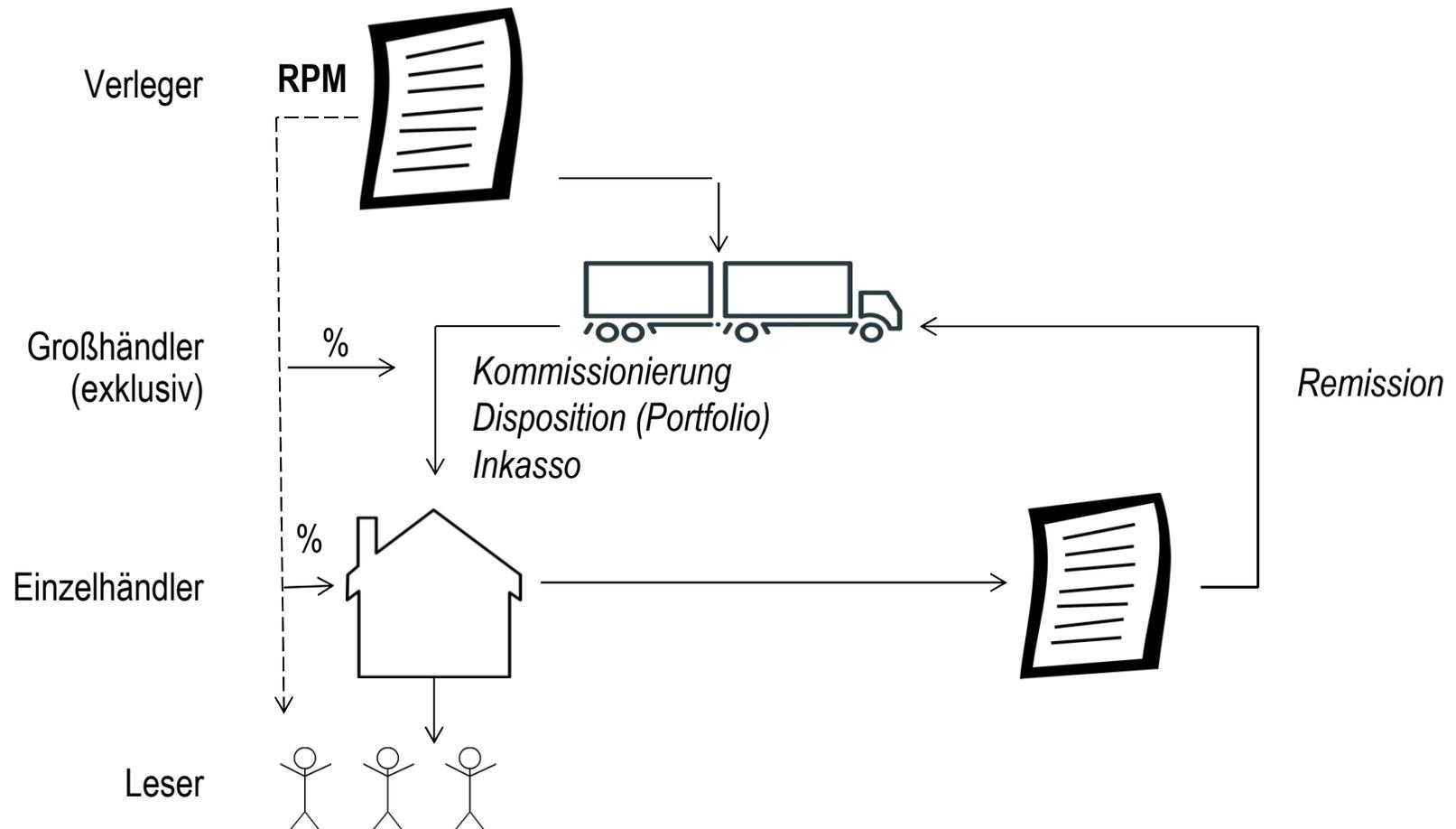
- Es klärt, dass Pierre Fabre Dermo-Cosmétique mit selektivem Vertriebssystemen kompatibel ist, die den Verkauf auf Drittplattformen verbieten (Unterschiede: Bei Pierre Fabre: alle Internetverkäufe und keine Luxusgüter)
- Die Vertragsklausel ist keine harte Restriktion, die nicht auch von einer Gruppenfreistellung profitieren könnte

### **...aber auch, weil es die Ökonomie stärkt (zusammen mit Äußerung AG Wahl)**

- Es definiert Marken-Image als Wert für den Kunden, den es zu schützen gilt
- Es klärt, dass Wettbewerbsbehörden darauf vorbereitet sein müssen, Einschränkungen bei der Online-Distribution von Luxusgütern zu akzeptieren, selbst wenn diese Einschränkungen den markeninternen Wettbewerb zwischen Händlern einschränken (und dies zu höheren Preisen führen kann)
- Es ist ein Schlag gegen rein formalistisch rechtliche Ansätze, die Einschränkungen des freien Handels (hier der Lieferanten) als Wettbewerbsbeschränkung ablehnen

(Relevant, wenn Gerichte die Logik über Luxusgüter hinaus anwenden)

# Beispiel vertikale Preisbindung Pressegrasso



## Hintergrund

- **RPM:** Deutscher Verleger vertreibt Zeitschriften in Österreich über einen Großhändler mit RPM
- **Wettbewerbsklauseln** verbieten anderen Großhändlern den Vertrieb in Österreich
- Der Verleger trägt das Risiko von Remissionen
- 2009 stellte das österreichische Kartellgericht einen Verstoß gegen Artikel 101(1) AEUV fest
- Sachverständigengutachten zur Untersuchung von Effizienzen nach Artikel 101(3)

## Argumente

### Argumente des Verlegers

- RPM ist wichtig für den Erhalt des Systems der Remission und Disposition
- Remission und Disposition ist für den Konsumenten vorteilhaft, da in der kontrafaktischen Situation Preise steigen und die Auswahl reduziert würde
- Das „allgemeingültiges Gesetz der Ökonomie“ besagt, dass das Risiko immer von der Seite gesteuert werden sollte, die auch das Risiko trägt

### Argumente der Wettbewerbsbehörden

- RPM ist nicht unerlässlich
- Abschaffung führt nicht zu Preiserhöhungen

### Sachverständigengutachten für das Kartellgericht

- Wird die Abschaffung von RPM zu einem Zusammenbruch der aktuellen Branchenstruktur führen (die als effizient angesehen wird)?
- Welche Konsequenzen hat es, wenn RPM abgeschafft wird, die Branchenstruktur aber bleibt?

## Analyse und Ergebnisse

### Die Branchenstruktur ist effizient...

- Großhändler beobachten die Aktivitäten der Verkaufsstellen und können darüber Distribution und Disposition effizient steuern
- Sie können aufgrund von attraktiven Titeln und Überschriften ebenfalls vorhersehbare Abweichungen einplanen
- Verleger haben aufgrund von niedrigen Margenkosten und dem Umsatz mit Werbung den Anreiz, die Distribution zu erweitern
- Es macht Sinn, dass sie das Verkaufsrisiko tragen (z.B. dass sie die Rücksendungen zurücknehmen)

**...aber es ist auch unwahrscheinlich, dass sie bei Abschaffung des RPM zusammenbrechen würde, da**

- alle Marktteilnehmer den Anreiz haben, die Branchenstruktur zu erhalten
- Verleger außerdem Remissionen über die unverbindliche Preisempfehlung (= max. Preis) steuern können

## Analyse und Ergebnisse

**Die Abschaffung von RPM wird das Geschäft von einigen kleinen Verkaufsstellen hin zu Lebensmitteleinzelhändlern verschieben (siehe auch in Großbritannien)**

- Große Lebensmittelketten nutzen häufig (begrenzte) Rabattkampagnen für spezielle Artikel
- Sie haben Verhandlungsmacht gegenüber dem Großhändler
- Wettbewerb zwischen Lebensmittelhändlern ist ausgeprägt
- Die Bedeutung von Umsatz mit Werbung (die bereits im bestehenden System Preise reduziert) ist begrenzt
- Lebensmittelketten haben logistische Vorteile (bestehendes Distributionssystem)
- Sie können ggfs. von zusätzlichen Käufen (in Ergänzung zum Kauf von Zeitschriften) profitieren

**Hiervon sind kleinere, in der Nähe gelegene Verkaufsstellen betroffen**

- Preisdruck bei reduzierten Titeln
- Niedrigerer Umsatz wird durch weniger Vielfalt kompensiert
- Einige (wenige) Schließungen

(Keine Abschaffung von Wettbewerb, da Inter-Brand-Wettbewerb weiterhin besteht)

**Abwägung liegt im Ermessen des Richters**

## Beispiel für eine integrierte Analyse: Asphalt-GUs in Österreich

### Hintergrund

- In einigen Mitgliedstaaten betreiben Straßenbauunternehmen gemeinsam Asphaltmischanlagen
- Achtung: In Österreich gibt es fast keinen offenen Markt für Asphalt, in Deutschland dagegen schon
- Achtung: Manchmal wurden Asphaltmischanlagen von regionalen Vertriebsleitern geführt (die sich regelmäßig getroffen haben...)
- In Österreich waren Mitte der 2000er Jahre rund 40% der etwa 130 Asphaltmischanlagen GUs
- In manchen Regionen mit niedriger Nachfrage ist die Anlage mit nur einem Bauunternehmen nicht ausgelastet
- Asphalt wird bis zu 75 Straßenkilometer weit transportiert

### Fall

- Das österreichische Kartellgericht hat die Auswirkungen von GUs auf den Wettbewerb untersucht

## Schadenstheorie

### **Koordiniertes Verhalten betrifft:**

- Kostenangleichung
- Preis- und Kostentransparenz
- Mengenquoten

(zusätzlich gab es noch Bedenken hinsichtlich eines nicht-koordinierten Effekts, der aber hier ignoriert wird)

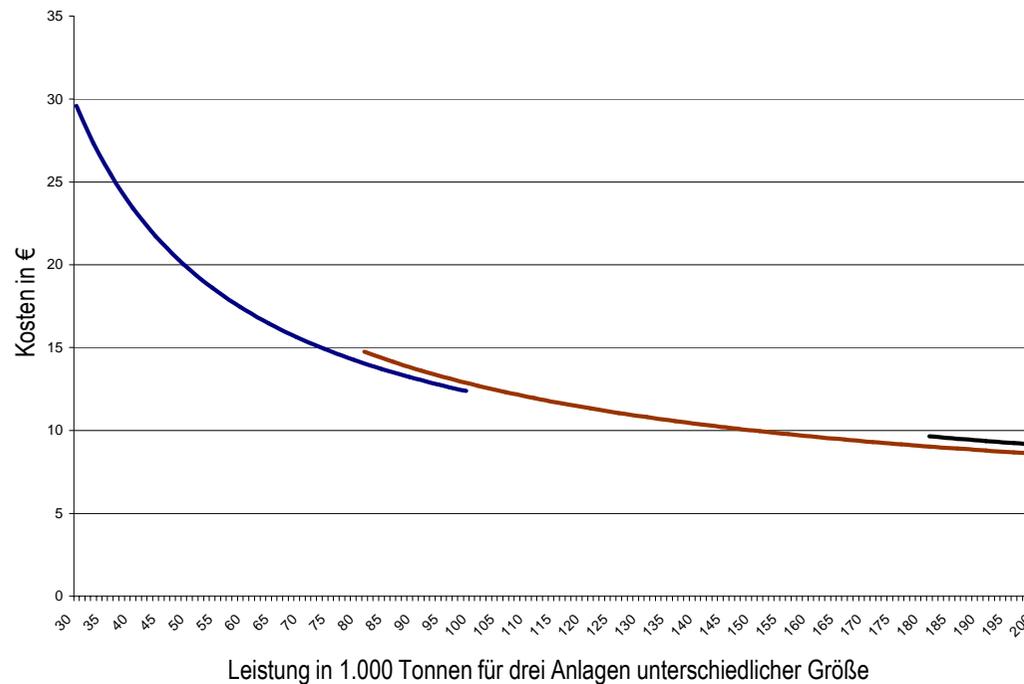
### **Dies ist relevant, wenn Folgendes zutrifft (und nur dann):**

- Marktmacht
- Kostenkontrolle
- Gebietsexklusivität

# Effizienzgewinne

## Effizienzgewinne

- Skalenerträge und Größenvorteile
- Risikoteilung
- Kombination von komplementären Fähigkeiten, Informationen und Technologien



## Ökonometrische Analyse

### Frage: Führt ein hoher Anteil von GUs im relevanten Markt zu höheren Preisen?

- Ausschreibungsdaten: Ausschreibungen der öffentlichen Hand als Beispiel für verschiedene Länder (inklusive Standorte)
- Bieterdaten: Menge und Kosten nach Sorten
- Mischanlagendaten: Standorte und Eigentümer aller Mischanlagen

### Arbeit

- Entfernungsmessung (Baustelle - Mischanlage)
- Aufbereitung der Daten und Zusammenführen von Datensätzen
- Definition von Szenarien: relevanter Markt (50km/75km), Bedeutung des GUs (z.B. Anteil des GUs an Mischanlage vs unabhängiges GU)
- Ökonometrische Auswertung, Robustheitstests
- Dokumentation/Bericht

### Ergebnis: GUs haben keine signifikanten Auswirkungen auf den Preis

Daraus folgt: Keine Wettbewerbswirkung oder die Wettbewerbswirkung wird durch weitergegebene Effizienzgewinne kompensiert

## Regulierungslogik

### Was wenn eine multilaterale Verhandlungslösung einer Regulierungslösung entspricht?

- Beispiel Interchange Fee im Vierparteiensystem
- Führt das multilaterale Verhandeln zu einer volkswirtschaftlich effizienten Lösung?

*„Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass eine Optimierung des Gesamtsystems auf der Grundlage des Tourist Tests unter Berücksichtigung der ökonomischen Literatur und internationalen Praxis möglich erscheint, so dass eine Rechtfertigung aus Effizienzgründen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG in Frage kommt“ (KKDMIF II)*

**...auch eine Lösung**

## Thesen

1. **Der Nachweis von Effizienzgewinnen gemäß 101(3) ist oft eine Herausforderung (und es gibt „Missbrauchsversuche“)...**
  
2. **...aber die Verteidigung ist wichtig und es gibt Lösungsansätze für die Herausforderung:**
  - a) Anforderungen an die Effizienzverteidigung sollten verhältnismäßig sein
  - b) Abwägproblem muss konkretisiert und soweit wie möglich quantifiziert werden
  - c) Manchmal hilft eine breitere und integrierte Analyse...
  - d) ...oder die Anwendung einer Regulierungslogik

**Danke!**