

# 38. FIW-Seminar Aktuelle Schwerpunkte des Kartellrechts

1

## **Preisbindung, Preisempfehlung und Kartellverbot aus ökonomischer Sicht\***

Köln, 25 November 2010



Bundeskartellamt

Christian Ewald  
Bundeskartellamt  
„Ökonomische  
Grundsatzfragen“ (G3)

**\*Die Ausführungen spiegeln ausschließlich die persönlichen  
Auffassungen des Verfassers wider.**

# Gliederung

2

- Die ökonomische Theorielandschaft:
  - Die „Vogelperspektive“
  - Effizienzpotentiale und wettbewerbsbeschränkende Wirkungen vertikaler Preisbindung
  - Zwei aktuelle Beiträge
  - Einordnung aktueller Einzelfälle
- Transatlantische „Übersetzungsdifferenzen“: *Leegin* – Vorbild oder Irrweg?
- Komplexe Ökonomie, einfache Empfehlungen?

# Die ökonomische Theorielandschaft - Die „Vogelperspektive“ -

3

- Klare Abgrenzung / Definitionen:
  - Preisempfehlung = nicht bindende Kommunikation
  - Preisbindung = bindende Preiskontrolle durch Hersteller
- Bekannter Analyserahmen: Abwägung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und „Effizienzen“
- Aber: Besondere Facette bei RPM
  - **Effizienz** = Beseitigung von „Koordinierungsproblemen“ (vertikalen bzw. horizontalen Externalitäten) **innerhalb** einer **Wertschöpfungskette** für ein ganz bestimmtes Produkt
  - **Wettbewerbsbeschränkung** = Zuwachs an / bessere Ausübung von Marktmacht **über** produktspezifische **Wertschöpfungsketten hinweg** („relevanter Markt“)
- Zentrale Frage aus ökonomischer Sicht: Effizienter Markt oder (lediglich) optimale bilaterale Beziehung Hersteller - Handel?

# Die ökonomische Theorielandschaft - Effizienzpotentiale -

4

„Koordinierungsproblem“	Effizienzwirkungen	Einschränkungen/Anmerkung
Getrennte Gewinnmax. Hersteller / Handel (Rz. 107 (f) Vertikal-LL)	Größere Angebotsmenge durch Eliminierung des „double mark-up“; Maximierung des <i>gemeinsamen</i> Gewinns Hersteller/Handel	<b>Höchstpreisbindung</b> ausreichend; nicht-lineare Preisgestaltung zw. Her- steller-Handel erzielt gleiche Wirkung
Horizontale Externalitäten auf der Handelsebene (Rz. 107 (a), (c), (d) und Rz. 225 Vertikal-LL)	<u>Grundüberlegung:</u> Ausschaltung des Intra-Marken-Preiswettbewerbs wird durch Nicht-Preiswettbewerb (u.a. bei Service) mehr als kompensiert <ul style="list-style-type: none"> <li>• Bekämpfung des Freifahrens (Telser, JLE 1960)               <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Argument des dichteren Ver- triebsnetzes (Gould/Preston, Econ. 1965)</li> <li>○ Argument der Qualitätszertifi- zierung (Marvel/McCafferty, RAND 1984)</li> </ul> </li> <li>• Fokus des Handels auf marginale Konsumenten, u.a. durch mehr Promotion (Winter, QJE 1993)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Einschränkungen:               <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Relative Bedeutung des Preis- im Vergleich zum Service- Wettbewerb?</li> <li>○ RPM allein reicht nicht für voll- ständige Internalisierung (u.a. versteckte Rabatte)</li> <li>○ Ggf. Schädigung infra- marginaler Konsumenten (zu hohes Serviceniveau, ineffizien- te Werbung bei höherem Preis)</li> </ul> </li> <li>• Diskutierte Alternativen u.a. selekti- ver Vertrieb, Exklusivität</li> </ul>

„Koordinierungsproblem“	Effizienzwirkungen	Einschränkungen/Anmerkung
Unsicherheiten bzgl. Nachfragevolumen (Rz. 107 (b) und Rz. 225 Vertikal-LL)	<u>Grundüberlegung:</u> Höhere Marge verringert negative Folgen von Nachfrageunsicherheit (Rey/Tirole, AER 1985; Deneckere/Marvel/Peck, QJE 1996, AER 1997) <ul style="list-style-type: none"> <li>• Bessere Vorratshaltung</li> <li>• Verminderte Risikoaversion bei Markteinführung neuer Produkte („Marktzutritte“)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Einschränkungen:               <ul style="list-style-type: none"> <li>○ RPM (garantierte Marge) reicht ggf. nicht aus (insbes. bei Multi-Produkt-Handel)</li> <li>○ Gefahr der (bezogen auf Konsumentenpräferenzen) ineffizienten Sortimentsgestaltung</li> </ul> </li> <li>• Diskutierte Alternativen u.a. nicht-lineare Preisgestaltung; UVP</li> </ul>

Und die „**Imagetheorie**“? (Hermanns, WuW 11/2010)

- Vertikal-LL: Allgemein erwähnt (Rz. 107 (i)), aber eben gerade nicht im konkreten Zusammenhang mit RPM (Rz. 225)
- Theoretischer Bezugspunkt: „Reputationsrenten“ von Herstellern in vertikalen Lieferketten (Klein/Leffler, JPE 1981)
- Aber unbedingt bezüglich RPM zu beachten!!
  - Gemeint ausschließlich „Qualitätsreputation“, nicht werbefinanziertes „High-Quality-Image“ (keine garantierter „Return on Investment“ für Werbeausgaben!)
  - Steigende Preise = steigende Nachfrage: empirische Relevanz?
  - Intertemporale Anreize schützen (echte) „Qualitätsreputation“
  - Selektiver Vertrieb als Option (kein „Lieferzwang“)

# Die ökonomische Theorielandschaft - Wettbewerbsbeschränkungen -

6

Wettbewerbsbeschränkung	Mechanismen / Effekte	Einschränkung/Anmerkungen
(Erleichterte) Kollusion auf Handelsebene (Rz. 224 Vertikal-LL, „Zweitens“, „Drittens“ und „Zudem“)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• RPM als Durchsetzungsmechanismus (enforcement mechanism); z.B. Shaffer, RAND 1991</li> <li>• RPM als Zutrittsschranke bzw. Behinderung effizienter Händler / Handelskonzepte (→ u.a. Internet)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• „Hub-and-Spoke“-Kartelle</li> <li>• Relevanz der „Flächendeckung“ (kaum empirische Evidenz)</li> <li>• Große Skepsis hinsichtlich „händler-induzierter“ Preisbindung</li> </ul>
(Erleichterte) Kollusion auf Herstellerebene (Rz. 224 Vertikal-LL, „Erstens“ und „Viertens“)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• RPM als Anreiz- / Monitoring-Instrument (Rey/Stiglitz, EER 1988)</li> <li>• RPM als Instrument zur Reduktion des Nachfragewettbewerbs (Dobson/Watson, IJIO 2007)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• „Abweichen“ durch versteckte Rabatte bleibt möglich (ergänzendes „Monitoring“ erforderlich)</li> </ul>
Verbesserte Ausübung von Marktmacht/-beherrschung (Rz. 224 Vertikal-LL, „Fünftens“, „Sechstens“)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• RPM löst „Commitment-Problem“ (Hersteller-Opportunismus) eines marktbeherrschenden Herstellers (O'Brian/Shaffer, RAND 1992)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Entscheidend: Intransparenz von (vertikalen) Verträgen</li> <li>• „Flächendeckung“ erforderlich?</li> </ul>

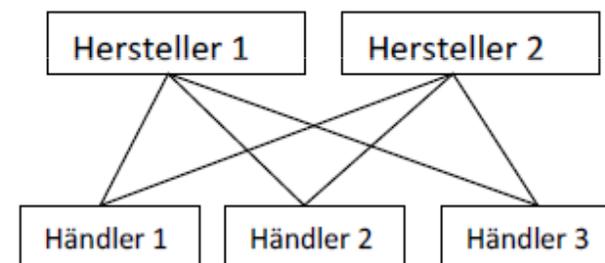
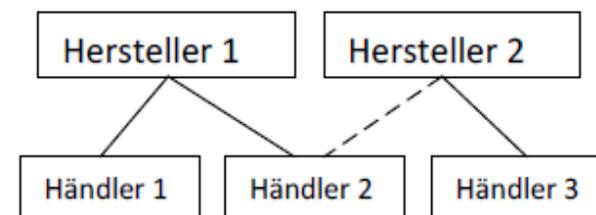
# Die ökonomische Theorielandschaft

## - Zwei aktuelle Beiträge -

7

### Rey / Vergé (2007/2008)

- **Ziel:** Behebung eines Defizits der modelltheoretischen Analyse von RPM
- **Ansatz:** Anknüpfung an „common agency“-Modell von Bernheim/Whinston (1986); Modellierung von „**inter-locking relationships**“ („jeder beliefert jeden“)
- **Ergebnis:** „Even as part of purely bilateral contracts, **RPM** indeed [...] **can generate industry-wide monopoly pricing.**“
- **Intuition:** RPM und „verschränkte“ Hub-and-Spoke-Kartelle (s. Vertikal-LL, Rz. 224 („Drittens“))



- **Schulz, JITE 2007:** Does the Service Argument Justify RPM?
  - **Ziel:** Verfeinerung der (modelltheoretischen) Analyse des „Service-Arguments“ (inkl. „free-riding“)
  - **Ansatz:** Modellierung der Relevanz des „Service-Wettbewerbs“ im Vergleich zum „Preiswettbewerb“, u.a. durch
    - Zulassen von negativen externen Effekten eines hohen Service-Niveaus (d.h. Service für Kunden wichtig / ausschlaggebend);
    - Zulassen von Kundengruppen, die nicht suchen, sondern „spontane“ Kaufentscheidungen treffen.
  - **Ergebnisse/Schlussfolgerungen:** (s. auch Vertikal-LL, Rz. 225)
    - „Whether RPM increases or decreases social surplus and whether RPM increases or decreases the level of service are entirely different questions“.
    - „The finding of the paper support the view that RPM may have an efficiency enhancing potential. [...] But the opposite effect may also arise. [...] Moreover, even in the restricted environment of the model, **the judgment of whether RPM is detrimental to efficiency or not depends on much more delicate trade-offs as found in the literature. Simple indications such as an increased demand due to higher service are found to provide neither a necessary nor a sufficient condition for RPM to enhance efficiency**“.

# Die ökonomische Theorielandschaft - Einordnung von Einzelfällen -

9

- **Konsumgüter-Einzelhandel (2010):**
  - Verdacht: RPM (plus ggf. andere Praktiken wie z.B. Meistbegünstigungsklauseln)
  - Kollusive Wirkungen der Preisbindung bei „inter-locking relationships“ („verschränkte“ Hub-and-Spoke-Kartelle)
- **Phonak-Hörgeräte (2009):**
  - Konzentrierter Hersteller-Markt; eingeschränkter (Preis-) Wettbewerb („Preisstufen“; Markt-Informationssystem)
  - Netzwerk von Preisempfehlungen (auch für relevante „Serviceleistungen“!);
  - Handelsgetriebener „enforcement mechanism“
  - Wettbewerb durch „verkürzten Versorgungsweg“
  - Kollusive Wirkungen auf Hersteller- und Handelsebene

## ■ **Ciba Vision; Kontaktlinsen (2009):**

- Begrenzung des Internet-Vertriebs für bestimmte Produkte
- „Preispflege“ durch Vertriebspersonal
- Finanzielle Anreize zur Einhaltung der UVP (nicht für Gewährleistung eines bestimmten Serviceniveaus!)
- Verbesserte Ausübung von Marktmacht; Preisbindung als „commitment device“/Instrument zur Behinderung innovativer (effizienterer) Vertriebskonzepte

## ■ **Microsoft; Office-Software (2009):**

- Klarer Marktführer
- Gezielte „Preisbindung“ führender / als potentiell preisaggressiv eingestufteter Händler
- Marktmacht; Preisbindung als „commitment device“

# Transatlantische „Übersetzungsdifferenzen“

11

- **Tatsache:** Unterschiede USA / Europa, Deutschland
  - USA post-*Leegin*: Einzelfallprüfung, rule of reason
  - EU/D: widerlegliche Vermutung der Unzulässigkeit
- **Grundproblem:** Übersetzung des Standes (und der Entwicklung) ökonomischer Theorie in rechtliche Bewertungsansätze – Wer hat Recht?
- **Theoretischer Bezugspunkt:** Minimierung von Fehlerkosten (Typ-I/Typ-II-Fehler) unter Beachtung der Implementierungskosten
- **Faktisches Problem:** Unzureichende Empirie zu tatsächlichen Auswirkungen von RPM

- **These 1:** *Leegin* hat wenig mit Ökonomie zu tun, aber sehr viel mit wettbewerbspolitischen Wertungen und *rechtlich-institutionellen* Rahmenbedingungen
- Kernfrage: Welche Schlussfolgerungen werden aus einer nicht eindeutigen ökonomischen Betrachtung gezogen?
  - Rey / Vergé, HoAE 2007: „The first lesson that can be drawn [...] is that **no simple conclusion can be derived on whether any type of vertical restraint is pro- or anti-competitive.** [...] From a theoretical point of view, the optimal policy [...] then cannot be one such that some particular provisions are deemed illegal per se while others are always acceptable. **Per se rules may be desirable, if they significantly reduce transaction cost and legal uncertainty**“.
  - Schulz, JITE 2007: „It is admitted that RPM may improve or lower efficiency, but **there are big doubts concerning the ability of competition authorities to tell these cases apart.**“
  - EAGCP (2009): “it is difficult to say a priori whether one should expect pro-competitive effects to outweigh ant-competitive effects. Furthermore, in the economic literature the **empirical evidence on the effects of RPM is scarce**”
  - Bennett/Fletcher et al. (2010): “**On balance, it is far from obvious which way the scales tip on RPM.** As the academic literature acknowledges, **the body of research is simply not large enough** to suggest strong conclusions either way. **More empirical evidence would be invaluable.**”

- **These 2:** *Leegin* ist Ausfluss eines (umstrittenen) wettbewerbsspolitischen Ansatzes, der für eine staatliche Intervention (zu?) hohe Hürden errichtet und der Vermeidung von Typ-I-Fehlern (absolute?) Priorität einräumt.
- *Leegin*-Urteil (s. 14):  
„**Notwithstanding the risks of unlawful conduct, it cannot be stated with any degree of confidence that resale price maintenance “always or almost always tend[s] to restrict competition and decrease output”.** [...] **And although the empirical evidence on the topic is limited,** it does not suggest that efficient uses of the agreements are infrequent or hypothetical.“
- Die Vernachlässigung des Risikos von Typ-II-Fehlern (under-enforcement) wird zunehmend kritisiert (siehe ausführlich: *Antitrust Bulletin*, special issue 2010)
  - “structured rule of reason” (AAG Varney)
  - Forderung, das Modell einer “rebuttable presumption of illegality” in den USA zu übernehmen (Kirkwood, AB 2010)
  - Initiativen des US-Gesetzgebers (reinstatement per-se illegality)?

- **These 3:** Der (aktuelle) wettbewerbspolitische Ansatz in den USA wird getrieben von den spezifischen, sich von Europa / D. jedoch stark unterscheidenden rechtlich-institutionellen Rahmenbedingungen.
  - USA: Dominanz privater Kartellrechtsdurchsetzung, „treble damages“ und starker Anreiz für „frivolous claims“
  - EU/D: öffentlich-rechtliche Durchsetzung; Aufgreifermessen
- Hinweise:
  - Leegin-Urteil (S. 15): „***Per se rules*** [...] can increase the total cost of the antitrust system by prohibiting pro-competitive conduct the antitrust laws should encourage. They also **may increase litigation costs by promoting frivolous suits against legitimate practices.**“
  - Kovacic (zu Sec. 2 Sherman Act): “Judicial concerns about over-deterrence also appear to stem from **perceptions that the existing system of private rights of action is unduly expansive.** Fears about unduly expansive private enforcement are **driving doctrine in an increasingly non-intervention minded direction that encumbers public agencies as well.** In their efforts to correct what they believe to be overreaching by private litigants, courts are embracing liability standards that inevitably curb public enforcement bodies.”

# Komplexe Ökonomie – einfache Empfehlungen?

15

- Trade-off zwischen stärker wirkungsorientierter Analyse („effects-based approach“) und klarer/einfacher Handlungsempfehlung (guidance) für Unternehmen
- Klare guidance bei Einzelfall-Prüfung / „rule of reason“? *Leegin*-Urteil (S. 19):

„**As courts gain experience** considering the effects of these restraints by applying the rule of reason **over the course of decisions, they can** establish the litigation structure to ensure the rule operates to eliminate anticompetitive restraints from the market and to **provide more guidance to businesses**. Courts can, for example, **devise rules over time for offering proof, or even presumptions where justified**, to make the rule of reason a fair and efficient way to prohibit anticompetitive restraints and to promote pro-competitive ones.“

- Zur Handreichung der B11 im LEH-Verfahren vom 13. April 2010
  - **Keine** generellen Leitlinien
  - Hintergrund:
    - Unsicherheit bei kooperationswilligen Unternehmen bzgl. Pflicht zur Beendigung des Fehlverhaltens
    - Eilbedürftigkeit wegen laufender Jahresgespräche
  - Dem Anlass geschuldeter Ansatz:
    - „Vorsichtsprinzip / Sicherheitsabstand“ (Wirkungen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung)
    - Abstufung verschiedener Verhaltensweisen
  - Der Materie geschuldete Grenzen:
    - Keine abschließende / umfassende Liste bedenklicher / unbedenklicher Verhaltensweisen
    - Handreichung enthebt nicht von individueller Pflicht zur „Selbstveranlagung“

# Schlussbemerkungen

17

- Die **ökonomisch-theoretische Durchdringung** der Effekte der vertikalen Preisbindung / Preisempfehlungen ist zwar fortgeschritten, aber – wie gerade neuere Theoriebeiträge zeigen – **noch im Fluss**.
- Die rechtliche Neubewertung der vertikalen Preisbindung in den USA (**Leegin**) **ist in ökonomischer Hinsicht nicht zwingend**, kann aber mit wettbewerbspolitischen Wertungen und den rechtlich-institutionellen Rahmenbedingungen in den USA erklärt werden.
- **Für die rechtlich-institutionellen Rahmenbedingungen in der EU/D.** (öffentliche Durchsetzung, Aufgreiferermessen) **und unter Berücksichtigung wettbewerbspolitischer Wertungen** (Kartellrecht als „Gefährdungsrecht“) erscheint der **geltende Beurteilungsrahmen** („rebuttable presumption of illegality“) durchaus **sachgerecht**.
- **Die komplexen ökonomischen Wirkungsmechanismen** vertikaler Preisbindung/Preisempfehlung **erschweren die Ableitung klarer und einfacher Handlungsempfehlungen** für Unternehmen. Hier könnten in der Zukunft Ansatzpunkte für weitere Verbesserungen („Verfeinerung von Regeln“) liegen.

38. FIW-Seminar  
Aktuelle Schwerpunkte des Kartellrechts

18

**Preisbindung, Preisempfehlungen  
und Kartellverbot  
aus ökonomischer Sicht**

*Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!*



Bundeskartellamt

Christian Ewald  
Bundeskartellamt  
„Ökonomische  
Grundsatzfragen (G3)