

# Arbeitstagung der Studienvereinigung Kartellrecht e.V.


**Kartellrechtliche Probleme von Eigenmarkenprodukten (Marktabgrenzung, Informationsaustausch, Category Management)**



Holger Wissel

Baden-Baden, 21. Juni 2012

---

- 
- A. Einführung: Konkretisierung des Themas
  - B. Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes im Rahmen der Fusionskontrolle
    - I. Praxis Bundeskartellamt
      1. Henkel/Luhns, Entscheidung vom 20. September 1999
      2. Heiner Kamps/Homann/Nadler, Entscheidung vom 12. April 2010
      3. HK Food/Homann/Rügen Feinkost, Entscheidung vom 6. Juli 2011
      4. EDEKA/Tengelmann, Entscheidung vom 30. Juni 2008 und EDEKA/Trinkgut, Entscheidung vom 28. Oktober 2010
    - II. Ergebnis
-



## B. Europäische Kommission

### I. Praxis der Kommission

1. Kimberley-Clark/Scott, Entscheidung vom 16. Januar 1996 (Fall M.623)
2. SCA/Metsä Tissue, Entscheidung vom 31. Januar 2001 (Fall M.2097)
3. SCA/P&G (European Tissue Business), Entscheidung vom 5. September 2007 (Fall M.4533)
4. Friesland Foods/Campina, Entscheidung vom 17. Dezember 2008 (Fall M.5046)
5. Unilever/Sara Lee, Entscheidung vom 17. November 2010 (Fall M.5658)
6. Colgate-Palmolive/Sanex Business, Entscheidung vom 6. Juni 2011 (M.6221)
7. Boitenfood/AD Van Geloven Holding/JV, Entscheidung vom 13. Januar 2012 (Fall M.3621)



C. Betrachtung der Einzelhandelsebene beim Absatz an den Endverbraucher  
(Category Management/Informationsaustausch)

I. Wettbewerbsverhältnis zwischen Lieferant und Handel?

II. Ergebnis

## Kartellrechtliche Probleme von Eigenmarkenprodukten (Marktabgrenzung, Informationsaustausch, Category Management)

---

### A. Einführung: Konkretisierung des Themas

- I. Die kartellrechtliche Einordnung von Eigenmarkenprodukten ist von erheblicher praktischer Bedeutung in zwei Bereichen:
  1. Zum einen im Rahmen der Fusionskontrolle. Hier stellt sich die Frage, ob Markenartikel und Eigenmarken in einer bestimmten Warengruppe einem einheitlichen sachlich relevanten Markt angehören oder aber separate Märkte bilden. Angesprochen ist dabei die Marktabgrenzung beim Absatz der Produkte an den Handel und bei der Beschaffung der Produkte durch den Handel.

Auf Einzelhandelsebene – beim Absatz der Produkte an den Endverbraucher – spielt die Einordnung der Produkte nur eine untergeordnete Rolle: Hier betrachtet das Bundeskartellamt als sachlich relevanten Markt im Lebensmitteleinzelhandel ein Sortiment in seiner typischen Zusammensetzung von Nahrungs- und Genussmitteln einschließlich eines ergänzenden Randsortiments von Wasch-, Putz- und Reinigungsmitteln (vgl. dazu Ruppelt in WuW 2012, S. 27 ff.).

2. Zum anderen ist die Einordnung der Eigenmarken von erheblicher Relevanz im Rahmen der Zusammenarbeit von Industrie und Handel bei Produktgruppenmanagement-Vereinbarungen (Category Management) und dem damit verbundenen Informationsaustausch. Konkret stellt sich die Frage, ob die Zusammenarbeit im Rahmen eines horizontalen Wettbewerbsverhältnisses stattfindet, wenn das Handelsunternehmen auch Eigenmarken im Sortiment führt oder aber im Rahmen eines vertikalen Verhältnisses.
  
3. Im Folgenden werde ich die bislang vorliegenden kartellbehördlichen Aussagen zum Verhältnis Markenartikelhersteller und Eigenmarkenhersteller auf der Grundlage der Marktabgrenzungspraxis des Bundeskartellamtes und der Europäischen Kommission im Rahmen der Fusionskontrolle darstellen.

Im Anschluss daran werde ich versuchen, das Verhältnis der Markenartikelhersteller und Einzelhändler beim Vertrieb auf der Einzelhandelsstufe einzuordnen.

## **B. Marktabgrenzung des Bundeskartellamtes im Rahmen der Fusionskontrolle**

### **I. Praxis Bundeskartellamt**

#### **1. Henkel/Luhns, Entscheidung vom 20. September 1999**

- (1) Der Fall betraf die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens zwischen Henkel und Luhns, das Wasch- und Reinigungsmittel herstellen sollte, die wiederum ausschließlich an die Verwender von Handelsmarken vertrieben werden sollten.
  
- (2) Das Bundeskartellamt ging in der Entscheidung davon aus, dass die jeweiligen von der Anmeldung betroffenen Produktmärkte nicht jeweils von einem gesonderten Markt für Handelsmarkenprodukte und Herstellermarkenartikel zuzuordnen seien. Die unter der Marke eines Handelsunternehmens verkauften Wasch- und Reinigungsmittel seien aus Sicht des Endverbrauchers funktionell ohne Weiteres austauschbar. Die Tatsache, dass Einzelhandelsunternehmen Produkte teilweise unter eigenen Handelsmarken verkauften, habe zur Folge, dass sie im Verhältnis zum Endverbraucher, d.h. auf der Stufe Handel/Endverbraucher, selbst als maßgeblicher Anbieter gewertet werden können, deren Handelsmarken mit Herstellermarken konkurrieren. Das schliesse aber nicht aus, dass die Markenhersteller zugleich auf der für die Beurteilung des zu prüfenden Zusammenschlusses zwischen Herstellern von Wasch- und Reinigungsmitteln in erster Linie maßgeblichen Stufe Hersteller/Einzelhandel auch mit

Herstellern von Handelsmarken im Wettbewerb um den Absatz im Handel stehen. Zur Begründung berief sich das Amt des Weiteren auf die damalige Praxis der Europäischen Kommission (insbesondere Kimberley-Clark/Scott).

## **2. Heiner Kamps/Homann/Nadler, Entscheidung vom 12. April 2010**

- (3) Betroffen von dem Zusammenschluss war der Markt für Feinkostprodukte (Feinkostsalate/Fischfeinkost). Die marktstärksten Anbieter waren Homann auf der einen und Nadler auf der anderen Seite, die beide ihre Produkte sowohl unter ihren eigenen Marken herstellten und vertrieben, gleichzeitig aber auch Handelsmarken herstellten.
- (4) Bezogen auf das Verhältnis Herstellermarken und Handelsmarken führt das Bundeskartellamt aus:

Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung sei keine Unterscheidung dahingehend vorzunehmen, ob die Hersteller ihre Feinkostprodukte unter einer eigenen Herstellermarke oder aber für die Handelsmarke eines LEH-Unternehmens produzieren. Handelsmarkenartikel und Markenprodukte stünden – insbesondere aus Sicht der Endverbraucher – in einem unmittelbaren Wettbewerbsverhältnis zueinander. Feinkostprodukte würden nicht nur im Preiseinstiegsegment angeboten. Vielmehr habe der Handel bei Feinkostprodukten regelmäßig auch bei Handelsmarken eine Mehrmarkenstrategie, mit der er nicht nur die Zweit- und Drittmarke der Markenartikelher-



steller, sondern auch deren Erstmarke angreift. Handelsmarken beschränkten daher grundsätzlich den wettbewerblichen Spielraum der Markenhersteller. Im Außenverhältnis zum Verbraucher träten die Handelsunternehmen gleichsam als Hersteller und damit als Wettbewerber der Markenartikelhersteller auf.

- (5) Aus dieser Feststellung zieht das Bundeskartellamt aber nicht den Schluss, dass die aktuellen Umsätze der Hersteller mit der Produktion von Handelsmarken nicht den Herstellern, sondern den Unternehmen des LEH zuzuschreiben seien. Das Amt weist insoweit darauf hin, dass aufgrund des Vorhaltens von Produktionskapazitäten die Umsätze, die die Hersteller mit der Produktion von Handelsmarken machten, auch die wirtschaftliche Kraft der Hersteller widerspiegeln. Dies gelte insbesondere deshalb, weil Handelsunternehmen in der Regel nicht über eigene Produktionsanlagen verfügen und daher auf Hersteller – sei es auch nur als Lohnfertiger – angewiesen seien.

### **3. HK Food/Homann/Rügen Feinkost, Entscheidung vom 6. Juli 2011**

- (6) Im Rahmen dieses Zusammenschlusses erwarb die Homann-Gruppe die Kontrolle über einen wesentlichen Wettbewerber im Bereich Fischfeinkost. Das Bundeskartellamt überprüfte hier nochmals seine im Fall Homann/Nadler vorgenommene Marktabgrenzung und bestätigte, dass der sachlich relevante Markt nicht nach Herstellermarken/Handelsmarken zu unterteilen sei. Vielmehr hätten die Er-

mittlungen bestätigt, dass Handelsmarken und Herstellermarken aus Sicht der Verbraucher im Bereich Feinkostsalate und Fischfeinkost gleichwertig seien.

**4. EDEKA/Tengelmann, Entscheidung vom 30. Juni 2008  
EDEKA/Trinkgut, Entscheidung vom 28. Oktober 2010**

- (7) Zu einem anderen Ergebnis gelangt das Amt allerdings bei einem Zusammenschluss auf Handelsebene. In den Verfahren EDEKA/Tengelmann und EDEKA/Trinkgut unterteilte das Amt die Beschaffungsseite in die Produktmärkte für die Beschaffung von Herstellermarken und die Märkte für die Beschaffung von Handelsmarken.
- (8) Bei der Marktabgrenzung sei z.B. zu berücksichtigen, dass die vollständige Aufgabe der Produktion von Herstellermarken zu einer grundlegenden Veränderung der Marktstellung der Lieferanten führe. Der Hersteller von Handelsmarken gehe von der Position des dem Endkunden über die Marke bekannten Herstellers in die Stellung eines Lohnfertigers über. Der Händler werde nun zum Hersteller. Er trete für den Verbraucher in die Position des Lieferanten. Auch dies spreche dafür, dass es sich bei Hersteller- und Handelsmarken um getrennte sachlich relevante Märkte handelt. Markenhersteller und Handelsmarkenhersteller seien daher auf den Beschaffungsmärkten – im Gegensatz zur Auffassung der Zusammenschlussbeteiligten sowie der REWE – nicht auf der identischen Marktstufe tätig. Aus dem Umstand, dass einige Unternehmen so-

wohl als Hersteller von Herstellermarken auftreten als auch Handelsmarken herstellen und damit auf zwei verschiedenen Markt- und Wertschöpfungsstufen tätig seien, könne ebenfalls nicht auf einen einheitlichen sachlichen Markt geschlossen werden. Die Unternehmen träten vielmehr in der wettbewerblichen Beurteilung jeweils als Marktteilnehmer in den unterschiedlichen relevanten Märkten auf.

Ich muss gestehen, dass ich gewisse Verständnisschwierigkeiten mit diesen Ausführungen zur Marktabgrenzung habe:

- Die Beschaffungsmärkte sind das Spiegelbild der Angebotsmärkte. Wenn das Bundeskartellamt bei Zusammenschlüssen auf Herstellerebene von einem einheitlichen sachlich relevanten Angebotsmarkt für Herstellermarken und Handelsmarken ausgeht, dann müsste dies auch gelten in den Fällen, in denen der Kunde der Hersteller, der LEH, Hersteller- und Handelsmarken nachfragt und bezieht. (Zur Kritik an dieser Marktabgrenzung vgl. Ruppelt in WuW 2012, Heft 1).

## II. Ergebnis

Die Praxis des Bundeskartellamtes im Bereich der Marktabgrenzung bei Zusammenschlüssen auf Herstellerebene lässt sich somit dahingehend zusammenfassen, dass Handelsmarken und Herstellermarken in der jeweiligen Warengruppe einem einheitlichen sachlich relevanten Markt angehören. Auf diesem Markt stehen sich die Hersteller der jeweiligen Produkte als Wettbewerber gegenüber.

Bei Zusammenschlüssen auf Handelsebene nimmt das Amt auf der Beschaffungsseite eine Aufgliederung in Herstellermarken und Handelsmarken vor.

## **B. Europäische Kommission**

### **I. Praxis der Kommission**

#### **1. Kimberley-Clark/Scott, Entscheidung vom 16. Januar 1996 (Fall M.623)**

- (1) Der Zusammenschluss betraf die Zusammenlegung der weltweiten Aktivitäten von Kimberley-Clark sowie Scott Paper. Beide Unternehmen waren führende Anbieter u.a. von Tissue-Endverbraucherprodukten (Toilettenpapier/Taschentücher/Küchentücher).

Beide Unternehmen stellten sowohl Tissue-Produkte unter ihrer Herstellermarke als auch Handelsmarkenprodukte her. Der Anteil der Tissue-Herstellermarkenprodukte im gesamten EWR-Markt für Endverbraucherprodukte betrug rund 50%.

- (2) Die Kommission ging davon aus, dass Herstellermarken und Handelsmarken demselben Markt angehören. Die Kommission räumte zwar ein (Rz. 122), dass die Marktstellung der Parteien überbewertet werden könnte, wenn man die Handelsmarkenumsätze des Ein-

zelhandels vollständig den Parteien zurechnen und mit deren Herstellermarkenumsätzen gleichsetzen würde. Andererseits würde in Anbetracht der besonderen Umstände des Falles die wahre Marktposition der Parteien überschätzt, wenn man die Tatsache völlig außer Acht ließe, dass Kimberley-Clark/Scott rund 30-50% aller vom Einzelhandel abgesetzten Handelsmarken herstellte. Diese Betrachtungsweise – einheitlicher Markt – lag auch der Haltung des Bundeskartellamtes im Fall Henkel/Luhns zugrunde.

## **2. SCA/Metsä Tissue, Entscheidung vom 31. Januar 2001 (Fall M.2097)**

- (3) Dieser Zusammenschluss betraf den Erwerb der Kontrolle von SCA über den Hersteller von Tissue (Toilettenpapier/Küchentücher/Taschentücher) Metsä Tissue. Beide Unternehmen boten sowohl Hersteller- als auch Handelsmarken an. Beide Hersteller waren mit Markenerzeugnissen im nordischen Raum stark vertreten. Außerhalb Schwedens, Norwegens und Finnlands verkaufen die Parteien ihre Erzeugnisse vornehmlich unter Händlermarken.
- (4) Im Gegensatz zu der Entscheidung in dem Verfahren Kimberley-Clark/Scott kam die Kommission jedoch hier zu dem Ergebnis, dass Herstellermarken und Handelsmarken unterschiedliche sachlich relevante Märkte darstellen, da die Abnehmer der Zusammenschlussparteien Herstellermarken auf ganz andere Art und Weise beschafften als Händlermarken, obwohl es sich in beiden Fällen bei den Hauptabnehmern um Supermärkte handelt. Grund hierfür wäre un-

ter anderem, dass Hersteller von Markenartikeln zwar ihre Produktion in der Regel ohne besonderen zeitlichen und finanziellen Aufwand auf die Produktion von Handelsmarken technisch umstellen könnten, dies aber tatsächlich häufig nicht tun würden, da mit Markenartikeln in der Regel eine höhere Gewinnspanne erzielt würde. Hersteller von Handelsmarken würden demgegenüber in der Regel keine eigenen Markenartikel produzieren, da die Markteintrittskosten relativ hoch wären und die Etablierung eines Markenartikels im Markt Nachhaltigkeit und Zeit erfordern würde.

- (5) Gleichwohl erwähnte die Kommission, dass Hersteller- und Händlermarken auf Einzelhandelsebene untereinander in Konkurrenz stehen können. Auf Großhandelsebene seien sie jedoch separaten Märkten zuzuordnen.

### **3. SCA/P&G (European Tissue Business), Entscheidung vom 5. September 2007 (Fall M.4533)**

- (6) In diesem Fall erwarb SCA das Consumer-Tissue-Geschäft von Procter & Gamble. Auch hier produzierten beide Unternehmen Herstellermarken und Handelsmarken.
- (7) Im Rahmen ihrer Entscheidung kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass auch in diesem Fall Herstellermarken und Handelsmarken separaten Produktmärkten angehörten: Während Hersteller von Markenartikeln frei sind in ihrer Entscheidung, ebenfalls Eigenmarken für den Handel herzustellen, um die Auslastung ihrer Produkti-

onslinien zu erhöhen, würden Hersteller von Handelsmarken in der Regel keine Markenartikel anbieten. Die wettbewerbliche Interaktion auf der Beschaffungsseite zwischen Markenartikeln und Eigenmarken sei daher asymmetrisch und „very partial“.

#### **4. Friesland Foods/Campina, Entscheidung vom 17. Dezember 2008 (Fall M.5046)**

(8) Dieser Fall betraf den Zusammenschluss der Molkereigenossenschaften Campina und Friesland Foods. Auch hier kam die Kommission zu dem Ergebnis, dass Hausmarken und Herstellermarken in den von den Zusammenschlussparteien angebotenen verschiedenen Produkten separaten sachlich relevanten Markt angehören. Ausgangspunkt für dieses Ergebnis der Kommission – wie auch schon in den soeben genannten Fällen - ist die Überlegung, dass der vorgelagerte Beschaffungsmarkt für Einzelhändler durch eine vertikale Segmentierung vom nachgelagerten Markt für Verbraucher abgegrenzt wird. Zum einen berücksichtige dieser Ansatz, dass auf der Ebene des Einzelhandelsverkaufs an den Verbraucher Hausmarken mit Herstellermarken konkurrieren, so dass der Marktanteil der Hausmarken auf nachgelagerten Märkten den Einzelhändlern zugeschlagen werden kann, die diese Hausmarken besitzen.

(9) Zum anderen berücksichtige dieser Ansatz, dass sich die Wettbewerbsbedingungen auf den Beschaffungsmärkten für Einzel- und Großhändler bisweilen grundlegend von denjenigen auf den Verbrauchermärkten unterscheiden. Die Beschaffung von Hausmar-

ken und von Herstellermarken seitens der Einzelhändler könne zwei benachbarten, aber getrennten Märkten zugeordnet werden, wenn die Einzelhändler Produkte unter grundlegend verschiedenen Wettbewerbsbedingungen einkaufen müssen, je nachdem, ob sie unter ihrer Hausmarke oder unter der Herstellermarke verkauft werden.

(10) Mit dieser Einschätzung nähert sich die Kommission der vom Bundeskartellamt im Verfahren Edeka/Trinkgut und Edeka/Tengelmann vertretenen Marktabgrenzung an. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Kommission eine Marktabgrenzung im Rahmen der Analyse eines Zusammenschlusses auf Herstellerebene vornimmt, während das Bundeskartellamt die Differenzierung nur für einen Zusammenschluss von Handelsunternehmen vornehmen will. Auf Herstellerebene soll es einen einheitlichen sachlich relevanten Markt für Hersteller- und Handelsmarken geben.

#### **5. Unilever/Sara Lee, Entscheidung vom 17. November 2010 (Fall M.5658)**

(11) Der Zusammenschluss betraf die Übernahme des Geschäftsbereichs Haushalt und Körperpflege von Sara Lee durch Unilever.

In der Entscheidung von über 400 Seiten beschäftigt sich die Kommission ausführlich mit der Frage, ob Körperpflegemittel für Männer und Frauen sachlich separate Märkte bilden.



(12) Zu der hier aufgeworfenen Frage der Zugehörigkeit von Herstellermarken und Eigenmarken findet sich zum Beispiel für den Deodorantmarkt nur folgender lapidarer Satz:

*„Private label deodorants are considered to be part of the same market as branded products in this decision, as they compete with brands for the end-consumer.“*

## **6. Colgate-Palmolive/Sanex Business, Entscheidung vom 6. Juni 2011 (M.6221)**

(13) Der Fall betraf den Kontrollerwerb von Colgate-Palmolive über das Sanex-Geschäft. In der Entscheidung beschäftigt sich die Kommission mit keinem Wort mit der Einordnung von Herstellermarken und Handelsmarken in sachlich relevante Märkte. Die Kommission prüfte vielmehr umfangreich die Auswirkungen des Zusammenschlusses auf die betroffenen Produktmärkte (Bade- und Duschprodukte und Seifen).

(14) Bezogen auf Bad- und Duschprodukte stellt die Kommission Folgendes fest:

- Es gibt eine Reihe von konkurrierenden Lieferanten, sowohl starke multinationale Unternehmen als auch lokal tätige Anbieter. Darüber hinaus stellt die Kommission fest: „Private labels exert a significant constraint on brands in Denmark and hold sizeable market shares.“

- Die Marktuntersuchung zeigte, dass Eigenmarken eine bedeutende Rolle spielen. Alle maßgeblichen Einzelhändler verkaufen Private Labels mit Merkmalen, die ähnlich sind wie jene der bedeutenden Marken.
  
- Vor dem Hintergrund der Anwesenheit von starken Wettbewerbern mit Märkten ähnlich wie die von Sanex und des direkten Wettbewerbs, der von Eigenmarken des Handels auf den Märkten der Zusammenschlussbeteiligten ausgeht, führt der Zusammenschluss zu keinen wettbewerblichen Bedenken in Dänemark.

(15) Nach meinem Verständnis hat die Kommission diese Entscheidung die frühere Differenzierung zwischen Eigenmarken und Herstellermarken und die Zuordnung derselben zu unterschiedlichen Märkten aufgegeben.

#### **7. Boitenfood/AD Van Geloven Holding/JV, Entscheidung vom 13. Januar 2012 (Fall M.3621)**

(16) Der Fall betraf die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens auf dem Gebiet der Herstellung und des Vertriebs von Tütensnacks (wie z.B. Kroketten, Bami/Nasi Snacks, Frikadellen). Beide Parteien produzierten sowohl Herstellermarken als auch Handelsmarken.

(17) Die Kommission gab den Zusammenschluss hinsichtlich der Märkte außerhalb der Niederlande frei. In Bezug auf die Niederlande verwies die Kommission den Fall auf Antrag der Niederlande an die niederländische Kartellbehörde.

Im Rahmen der Marktuntersuchung stellte die Kommission zunächst fest, dass auf der Ebene des Endverbrauchers eine gewisse Austauschbarkeit bestehe zwischen Herstellermarken und Private Label, da Handelsmarken sehr ähnlich seien in Bezug auf die Qualität und zudem deutlich preiswerter. Gleichwohl könnten auf der Ebene der Endverbraucher Herstellermarken nicht vollständig von Handelsmarken ersetzt werden, da manche Verbraucher eine hohe Markenloyalität hätten.

(18) In Bezug auf Ebene der Handelsunternehmen stellte die Kommission fest, dass im Rahmen des Wettbewerbs um die Regalfläche im Handel Handelsmarken nicht vollständig Herstellermarken ersetzen könnten, da Herstellermarken auch hier in hohem Maße von Endverbrauchern verlangt würden. Gleichzeitig stellte die Kommission fest, dass auf der Produktionsebene eine Umstellung von der Herstellung von Herstellermarken auf die Herstellung von Handelsmarken jedenfalls bei einzelnen Snacks ohne Weiteres möglich sei.

(19) Zusammengefasst kommt die Kommission daher zu dem Ergebnis, Herstellermarken und Eigenmarken könnten einem „*single differentiated product market*“ zugeordnet werden, auf dem sie sich jeweils „*some degree of competitive pressure*“ aussetzen.

(20) Die Verweisung an die niederländische Kartellbehörde begründete die Kommission im Wesentlichen mit folgenden Erwägungen:

- Auf Einzelhandelsebene hätten die Herstellermarken der Parteien einen Marktanteil nach Wert in Höhe von 40-50% auf dem „*overall market (comprising both branded and product labels)*“.
- Da beide Parteien auch Private-Label-Produkte herstellen, werde der Zusammenschluss dazu führen, dass der Marktanteil der Parteien zwischen 50-60% nach Menge auf dem niederländischen Einzelhandelsmarkt betrüge.

(21) Die Parteien wendeten gegen die Berücksichtigung der Private-Label-Produktion auf den Marktanteil ein, dass die von ihnen produzierten Private Labels nicht ihrem Marktanteil zugeordnet werden dürften, sondern dem „Marktanteil“ des Einzelhandels. Zur Begründung beriefen sich die Parteien auf eine Entscheidung des Gerichts erster Instanz im Fall *Kaisersberg vs. Commission* vom 27. November 1997. Dort hatte das Gericht in der Tat grundsätzlich die unter Private Label vertriebenen Produkte nicht dem Hersteller der Produkte zugeordnet, sondern dem Handel, um zu beurteilen, welchem Wettbewerbsdruck die Hersteller von Herstellermarken ausgesetzt seien.

Gleichzeitig hatte das Gericht aber auch betont, dass bei der Beurteilung eines Zusammenschlusses auf Markenartikel eben nicht un-

berücksichtigt bleiben dürfe, ob der Markenartikelhersteller zugleich auch einen großen Teil der unter Private Label verkauften Marken herstelle. Würde man diese Produktionsanteile außer Acht lassen, würde die tatsächliche Stärke des Herstellers unterschätzt werden.

(22) Die Kommission betonte daher in ihrer Verweisungsentscheidung, dass nunmehr die niederländische Kartellbehörde im Einzelfall untersuchen müssen, welchen Wettbewerbsdruck die Private Label auf Herstellermarken ausüben und in welchem Ausmaß der Einzelhandel auf den Bezug von Eigenmarken durch die Zusammenschlussparteien angewiesen sei.

(23) Auch diese Entscheidung verstehe ich im Grundsatz so, dass die Kommission bei Zusammenschlüssen auf Herstellerebene die in bis etwa 2008 vertretene Aufgliederung des Marktes in separate Märkte für Herstellermarken und Handelsmarken nicht mehr aufrecht erhält. Sie nimmt nunmehr eine eingehende Analyse der Marktstellung des Herstellers von Markenartikeln und Handelsmarken vor und untersucht in diesem Zusammenhang auch die Ausweichmöglichkeiten der Handelskunden auf der Beschaffungsseite.

## **C. Betrachtung der Einzelhandelsebene beim Absatz an den Endverbraucher (Category Management/Informationsaustausch)**

### **I. Wettbewerbsverhältnis zwischen Lieferant und Handel?**

- (1) Sowohl das Bundeskartellamt als auch die Kommission haben in ihren Entscheidungen über Herstellerzusammenschlüsse darauf hingewiesen, dass – aus Endverbrauchersicht – ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Handelsmarken und Eigenmarken bestünde. In der Tat stehen Markenartikelprodukte und Eigenmarkenprodukte im Regal der Einzelhandelsunternehmen nebeneinander und sind aus Sicht der Verbraucher jedenfalls in den meisten Fällen sowohl hinsichtlich Verwendungszweck, Qualität und – jedenfalls eingeschränkt – Preise austauschbar.

Führt dies aber dazu, dass Markenartikelhersteller nach dem Abverkauf der Ware an den Einzelhandel gleichwohl als aktueller Wettbewerber auf der Einzelhandelsebene auftreten und daher im Rahmen der vielfach anzutreffenden Kooperation, insbesondere im Rahmen von Category-Management-Systemen, den strengen Regeln für horizontale Absprachen unterliegen?

- (2) Im Schrifttum wird diese Auffassung jedenfalls zum Teil vertreten: So ordnet Wollmann Category-Management-Vereinbarungen zwischen einem Markenartikler und einem Handelsunternehmen, das in der betreffenden Warengruppe auch Eigenmarken vertreibt, grundsätzlich als horizontale Vereinbarung ein (Ecolex, Fachzeitschrift für

Wirtschaftsrecht, Jänner 2011, S. 51 ff.). Wiring (in: GRUR-Prax 2010, S. 332 ff.) spricht in diesen Fällen davon, dass sich Hersteller und Händler auf der vorgelagerten Marktstufe des Markenherstellers als „unmittelbare Wettbewerber“ gegenüberstehen. In solchen Konstellationen sei daher besondere Obacht geboten. Besen/Jorias (in: BB 2010, 1099 ff.) halten einen Informationsaustausch zwischen Hersteller und Händler bei Eigenmarken für problematisch, da ein Wettbewerbsverhältnis bestehen könnte.

- (3) Nach meiner Einschätzung ist dies jedenfalls nicht die Sichtweise der Europäischen Kommission:

So heißt es in Rz. 27 der Leitlinien für vertikale Beschränkungen ausdrücklich:

*„Ein Händler, der einem Hersteller Spezifikationen erteilt, damit dieser bestimmte Waren unter dem Markennamen des Händlers herstellt, ist nicht als Hersteller dieser Eigenmarkenwaren anzusehen.“*

- (4) Metzlaff stellt in seinem jüngst erschienenen Aufsatz zu Category Management (ZVertriebsR 2012, S. 138 ff.) daher zu Recht fest:

Die Aussage der Kommission in Rz. 27 der Leitlinien bedeutet, dass der Händler nicht als aktueller Wettbewerber für diese Produkte anzusehen sei. Er dürfte auch regelmäßig nicht die Anforderungen an

einen potenziellen Wettbewerber erfüllen. Die Vertikal-GVO ist daher auch dann anwendbar, wenn der Händler Eigenmarken herstellt.

Widersprüchlich ist allerdings dann die später getroffene Aussage, dass auf der Herstellerstufe ein Wettbewerbsverhältnis bei der Herstellung von Eigenmarken durch den Händler bestehen soll (S. 146).

- (5) Mit der Feststellung in Rz. 27 eröffnet die Kommission daher die Anwendung der Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen auf Produktgruppenmanagement-Vereinbarungen (Category Management). Dementsprechend führt die Kommission in Rz. 209 der Leitlinien ausdrücklich aus:

*„Produktgruppenmanagement-Vereinbarungen fallen unter die GVO, wenn sowohl der Anbieter als auch der Abnehmer auf seinem Markt nicht mehr als 30% Marktanteil hält.“*

Konsequenterweise befassen sich die in Rz. 210 - 212 adressierten möglichen Wettbewerbsprobleme bei Category-Management-Vereinbarungen

- Verzerrung des Wettbewerbs zwischen Markenartikel-Anbietern bis hin zum Marktausschluss anderer Anbieter,
- Begünstigung der Kollusion zwischen Händlern und
- Begünstigung der Kollusion zwischen Anbietern,



in keiner Weise mit einem angeblich horizontalen Wettbewerbsverhältnis zwischen Lieferant und Händler beim Vertrieb von Eigenmarken. Angesprochen wird in Rz. 210 lediglich eine mögliche Abschottung von Anbieter-Wettbewerbern auf dem vorgelagerten Markt. So heißt es:

*„Während der Händler in den meisten Fällen kein Interesse daran haben dürfte, seine Auswahl an Produkten einzuschränken, wenn er auch konkurrierende Produkte unter seiner eigenen Marke (Händlermarke) verkauft, könnten für ihn auch Anreize bestehen, bestimmte Anbieter (insbesondere für Produkte der mittleren Preisklasse) auszuschließen.“*

(6) In Rz. 211 spricht die Kommission eine mögliche Begünstigung einer Kollusion zwischen Händlern an. In Rz. 212 befassten sich die Leitlinien mit der Gefahr einer Beförderung der Kollusion zwischen Anbietern auf Herstellerebene. Diesbezügliche Vereinbarungen zwischen dem Category Captain und dem Händler sollen nach den für vertikale Vereinbarungen mit Markenzwang geltenden Regeln gewürdigt werden.

(7) Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Entwurf der Leitlinien für vertikale Beschränkungen im Kapitel zur Kollusion zwischen Anbietern noch folgende Aussage enthielt:

*„Verkauft der Händler zudem Händlermarken, so kann der Austausch zwischen Category Captain und dem Händler, insbe-*

*sondere durch Preisfestsetzung für die Marke des Händlers, zu einer Kollusion zwischen diesen führen.“*

In den verabschiedeten Leitlinien ist dieser Satz nicht mehr enthalten. Es war auch völlig überflüssig, da die in der Aussage angesprochene abgestimmte Preisfestsetzung für die Eigenmarke mittelbar immer auch einen Einfluss auf die Abgabepreise des Handels für Markenartikel hätte und daher auch in einem Vertikalverhältnis unzulässig wäre.

Als Hinweis auf das Bestehen eines horizontalen Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem Lieferanten eines Markenartikels an den Handel und dem Eigenmarkenvertrieb des Händlers taugt dieser Satz nicht. Das Streichen des Satzes kann erst recht nicht als Begründung für ein solches Verhältnis angesehen werden.

- (8) Diese Betrachtung wird meines Erachtens bestätigt durch die Ausführungen der Kommission in der Fusionskontrollentscheidung *Procter & Gamble/Gillette* vom 15. Juli 2005 (Fall M.3732).

In dieser Entscheidung hat die Kommission ausführlich etwaige wettbewerbliche Problemfelder, die bei Category Management auftreten könnten, untersucht. Als wettbewerbliches Problemfeld wird jedoch mit keinem Wort der bloße Umstand erwähnt, dass ein Einzelhändler Markenartikel vom Category Captain bezieht und gleichzeitig Eigenmarken vertreibt. Für diese Konstellation beschreibt die Kommission lediglich als „potential concern“, dass große Einzel-

händler mit einer starken Private-Label-Präsenz ein Interesse mit den Zusammenschlussbeteiligten (Gillette/Procter & Gamble) teilen könnte, Hersteller von anderen Markenartikeln auszuschließen. Solche Ausschlusspraktiken würden allerdings ein verlässliches Versprechen durch den Einzelhändler voraussetzen, keine Produkte anderer Markenartikler zu führen (Rz. 139).

Das bloße Nebeneinander des Vertriebs von Produkten des Category Captains und von Eigenmarken des Handels durch den Einzelhandel als solches wurde in keiner Weise als problematisch angesehen.

(9) Vor dem Hintergrund dieser eindeutigen Ausführungen der Kommission sowohl in den Leitlinien als auch in der den Leitlinien zugrunde liegenden Entscheidung Procter & Gamble/Gillette erscheinen mir die in der Literatur zu Category-Management-Vereinbarungen anzutreffenden Aussagen, dass immer dann, wenn ein Einzelhandelsunternehmen eigene Private-Label-Produkte anbietet, auf Einzelhandelsebene ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Category Captain (Lieferanten) vorliegt, nicht haltbar zu sein.

(10) Gegen das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses sprechen darüber hinaus folgende Erwägungen:

Bundeskartellamt und Kommission gehen in ihrer Entscheidungspraxis davon aus, dass es zwei unterschiedlich zu betrachtende Marktstufen gibt, auf denen Hersteller (Lieferanten) und Händler tä-

tig sind. Zum einen gibt es die Marktstufe Hersteller/Handel, auf der unterschiedliche Anbieterprodukte (Markenartikel/Eigenmarken) auftreten und um Aufträge beim Einzelhandel kämpfen. Spiegelbildlich dazu gibt es die Beschaffung dieser Produkte durch den Einzelhandel. Auf dieser Stufe treffen daher Hersteller und Handel als Anbieter und Nachfrager aufeinander. Sie bilden den relevanten Markt.

Darüber hinaus gibt es die der Beschaffung nachgelagerte Stufe des Absatzes der vom Einzelhandel bezogenen Produkte an den Endverbraucher. Auf dieser Stufe ist der Lieferant (Markenartikelhersteller und Eigenmarkenhersteller) nicht tätig. Das Angebot an Produkten geht vom Einzelhändler an den Endverbraucher, der Endverbraucher fragt diese Produkte beim Einzelhandel nach. Handel und Verbraucher sind die relevanten Marktteilnehmer.

Nach meinem bisherigen kartellrechtlichen Verständnis besteht ein Wettbewerbsverhältnis zwischen den Marktteilnehmern immer nur auf der Stufe, auf der sie tatsächlich tätig werden.

- (11) Ein Tätigwerden, d.h. eine Einflussnahme des Lieferanten auf die Absatzpolitik des Einzelhandels, ist dem Hersteller kartellrechtlich strengstens untersagt. So heißt es in dem von der 11. Beschlussabteilung des Amtes herausgegebenen Brief vom 13. April 2010 zur vorläufigen Bewertung von Verhaltensweisen in Verhandlungen zwischen Herstellern von Markenartikeln, Großhändlern und Einzelhandelsunternehmen:

*„Es gehört zu dem zentralen Element von Preiswettbewerb im Handel mit Konsumgütern, dass die Unternehmen des Groß- und Einzelhandels ihre Preissetzung auf der Grundlage der verhandelten Herstellerabgabepreise und der eigenen Preispolitik selbst durchführen und das wirtschaftliche Risiko ihrer Preispolitik selbst tragen.“*

Eine über eine reine Empfehlung hinausgehende Einflussnahme des Lieferanten auf die Festsetzung von Preisen und Konditionen des Einzelhandels stellt eine Kernbeschränkung des Wettbewerbs dar.

Mit dieser – kartellrechtlich vorgegebenen – Rollenverteilung zwischen Industrie und Handel beim betroffenen Einzelhandelsmarkt erscheint es mir unvereinbar, von einem horizontalen Wettbewerbsverhältnis zwischen Lieferanten und Einzelhändler auf Einzelhandelsebene auszugehen. Der Lieferant tritt im Verhältnis zum Endverbraucher gerade nicht als Anbieter auf. Angebot und Nachfrage treffen sich hier ausschließlich im Verhältnis Einzelhandel und Endverbraucher. Ein Wettbewerbsverhältnis horizontaler Art besteht unter den konkurrierenden Einzelhandelsunternehmen, die dem Verbraucher die in ihren Regalen anzutreffenden Markenartikel und Eigenmarken anbieten.

(12) Dieser Einstufung widerspricht nach meiner Auffassung auch nicht der Umstand, dass Markenartikelhersteller ihre Produkte durch aktive Werbemaßnahmen Markenpflege beim Endverbraucher „bewerben“ und versuchen, die Nachfrage des Endverbrauchers auf die

Markenartikel im Regal des Einzelhändlers zu lenken. Eine marktstufenübergreifende Bewerbung von Produkten führt sicherlich nicht dazu, dass der Werbung Treibende (Lieferant) nunmehr als auf der Einzelhandelsstufe als Anbieter tätig und dann als Wettbewerber angesehen werden kann.

## **II. Ergebnis**

Die GVO Vertrieb sowie die Leitlinien der Kommission zu vertikalen Vereinbarung sind auf Category-Management-Vereinbarungen auch dann anwendbar, wenn das Einzelhandelsunternehmen Eigenmarken vertreibt.