

D. Ahlert / P. Kenning
R. Olbrich / H. Schröder (Hrsg.)

Vertikale Preis- und Markenpflege im Kreuzfeuer des Kartellrechts



Springer Gabler

FORUM VERTRIEBS-
UND HANDELSMANAGEMENT

Forum Vertriebs- und Handelsmanagement

Herausgegeben von

D. Ahlert, Münster

P. Kenning, Friedrichshafen

R. Olbrich, Hagen

H. Schröder, Essen

Das Forum Vertriebs- und Handelsmanagement bietet Experten aus Wissenschaft und Praxis eine Kommunikationsplattform, um ein jeweils aktuelles Generalthema zu diskutieren. Jedes Forum enthält kompakte Abhandlungen zu dem Generalthema sowie Vorträge und kurze Statements, die zur Diskussion gestellt werden. Das Forum will den interaktiven und disziplinübergreifenden Gedankenaustausch auf dem Gebiet des Vertriebs- und Handelsmanagements fördern.

Herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Dieter Ahlert

Westfälische Wilhelms-Universität Münster

Univ.-Prof. Dr. Rainer Olbrich

FernUniversität in Hagen

Univ.-Prof. Dr. Peter Kenning

Zeppelin Universität, Friedrichshafen

Univ.-Prof. Dr. Hendrik Schröder

Universität Duisburg-Essen, Campus Essen

Dieter Ahlert · Peter Kenning
Rainer Olbrich · Hendrik Schröder (Hrsg.)

Vertikale Preis- und Markenpflege im Kreuzfeuer des Kartellrechts



Springer Gabler

Herausgeber

Univ.-Prof. Dr. Dieter Ahlert
Westfälische Wilhelms-Universität Münster
Deutschland

Univ.-Prof. Dr. Rainer Olbrich
FernUniversität in Hagen
Deutschland

Univ.-Prof. Dr. Peter Kenning
Zeppelin Universität, Friedrichshafen
Deutschland

Univ.-Prof. Dr. Hendrik Schröder
Universität Duisburg-Essen, Campus Essen
Deutschland

ISBN 978-3-8349-3922-7
DOI 10.1007/978-3-8349-3923-4

ISBN 978-3-8349-3923-4 (eBook)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Springer Gabler

© Gabler Verlag | Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH 2012

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Lektorat: Stefanie Brich

Einbandentwurf: KünkelLopka GmbH, Heidelberg

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Springer Gabler ist eine Marke von Springer DE.

Springer DE ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media

www.springer-gabler.de

Vorwort der Herausgeber

Mit diesem Band begehen wir ein kleines Jubiläum: Zum 10. Male präsentieren wir unter einem aktuellen Generalthema Beiträge von Wissenschaftlern und Praktikern, die sich mit Managementproblemen in Vertrieb & Handel befassen.

Ab 2012 hat diese Reihe eine neue Verlagsheimat gefunden. Wir danken dem renommierten Verlag Springer Gabler herzlich dafür, uns mit dem **Forum Vertriebs- und Handelsmanagement** eine attraktive Publikationsplattform zu bieten. Die Bezeichnung Forum soll zum Ausdruck bringen, dass nicht nur kompakte Abhandlungen zum Generalthema des jeweiligen Bandes, sondern auch Vorträge und kurze Statements zur Diskussion gestellt werden sollen. Der interaktive und vor allem auch disziplinübergreifende Gedankenaustausch soll ein wesentliches Kennzeichen der Publikationsreihe sein. Die Herausgeber würden es sehr begrüßen, wenn unsere Leserinnen und Leser sich mit kritischen und konstruktiven Beiträgen in die Diskussion einbringen würden, welche wir bei Neuauflagen gern berücksichtigen werden.

Für diesen Band haben die Herausgeber ein Thema ausgewählt, das sie alle schon seit vielen Jahren intensiv beschäftigt und in ihrer wissenschaftlichen Arbeit eng miteinander verbindet: Allgemein ist es das disziplinübergreifende Untersuchungsfeld der rechtlichen Rahmenbedingungen in der Konsumgüterwirtschaft, konkret geht es hier um die zunehmend stringendere kartellrechtliche **Reglementierung des vertikalen Marketingmanagements** in der Wertschöpfungskette.

Das praktische und wissenschaftliche Interesse beschränkt sich längst nicht mehr auf das **Verbot starrer Festpreisbindungssysteme**, zumal diese in der Wirtschaftspraxis kaum mehr, weder offen noch verdeckt, anzutreffen und auch nicht intendiert sind. Im Gegenteil: Ex-pressis verbis besteht nach unseren jüngsten empirischen Erhebungen weder in der Markenartikelindustrie noch in den großen Handelssystemen ein lebhaftes Interesse an der Rückkehr zu solchen antiquierten Methoden des vertikalen Marketings. Das klassische (Revers-)System einer Preisbindung der zweiten Hand wird von den meisten Unternehmen schon aufgrund seiner mangelnden Flexibilität und der hohen Kosten abgelehnt. Aktuell geht es vielmehr um die zunehmende Ausweitung der kartellrechtlichen Inkriminierung auf jedwede Form der koordinierten Preisgestaltung und stufenübergreifenden Markenführung in Wertschöpfungssystemen: Gegenstand dieses Forums ist also die Problematik einer kartellrechtlichen (Über-)Regulierung **der vertikalen Preis- und Markenpflege** im Beziehungsfeld zwischen Handel und Industrie.

Die Gründe für die hohe **Aktualität und Praxisrelevanz** dieser Thematik können in mehreren Ereignissen gesehen werden: Die höchstrichterliche Abkehr vom Per-se-Verbot vertikaler Preisbindungen in den USA, die neue Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission (Vertikal-GVO 2010 in Verbindung mit den neuen Leitlinien für vertikale Beschränkungen) und insbesondere die sich abzeichnende restriktivere Interpretation und Durchsetzung der Rechtsrestriktionen seitens der deutschen und europäischen Wettbewerbs-

behörden. Beispiele sind die umfassenden Durchsuchungsaktionen des Bundeskartellamtes im Januar 2010 in der Lebensmittelbranche sowie 2011 u.a. auch bei Matratzenfirmen. In beiden Fällen werden Hersteller und Händler verdächtigt, sich über die Gestaltung der Endverbraucherpreise irgendwie abgestimmt zu haben. In einer Aufklärungsschrift aus dem Jahr 2010, der sog. Handreichung, hat das Amt verdeutlicht, dass alle erdenklichen Formen der Preis- und Markenpflege in der Wertschöpfungskette – so auch das vertikale Category Management – kartellrechtlich höchst riskant sind, soweit sie auch nur im Entferntesten mit einer koordinierten Preisgestaltung einhergehen könnten. Nach den aktuell laufenden empirischen Erhebungen des Münsteraner Instituts für Handelsmanagement und Netzwerkmarketing (IfHM) sieht die Mehrheit der Unternehmenspraktiker in Handel und Industrie in diesen Vorgängen **eines der größten Gefährdungspotenziale der Gegenwart**.

Eines muss man den kartellrechtlichen Offensiven unserer Wettbewerbsbehörden lassen: Sie haben auch in Deutschland **disziplinübergreifende Bewegung in die klassische, angestaubte Preisbindungsdiskussion** gebracht. Preisbindung gilt längst nicht mehr als per se wettbewerbspolitisch bedenklich. Vielmehr bedarf es einer stichhaltigen, theoretisch fundierten Begründung, warum der Staat massiv in die grundgesetzlich verankerte Vertrags- und Gestaltungsfreiheit innerhalb der Wertschöpfungsketten der Konsumgüterwirtschaft eingreifen darf und soll. Mit der lapidaren Behauptung ausschließlich modelltheoretisch, jedoch nicht empirisch arbeitender Ökonomen, Preisbindung schalte den Intra-brand-Wettbewerb aus und sei schon deswegen wettbewerbschädlich, geben sich die Vertreter der zuständigen wissenschaftlichen Disziplinen (Wettbewerbstheorie, Jurisprudenz und Marketingwissenschaften) sowie der Wirtschaftspraxis längst nicht mehr zufrieden. Das haben nicht nur die zahlreichen Informationsveranstaltungen, Kongresse, öffentlichen Verlautbarungen und Publikationen der letzten Monate gezeigt, sondern auch der vielschichtige argumentative Dialog auf den beiden großen Symposien am 20. Januar 2011 im Bonner Wasserwerk und am 27. Januar 2011 im Schloss der Universität Münster.

Das vorliegende Forum bietet den Leserinnen und Lesern einerseits Referate der beiden Symposien in Bonn und Münster, die sich in erfreulich kontroverser Form mit der vertikalen Preis- und Markenpflege auseinandersetzen, und andererseits einige umfangreichere wissenschaftliche Abhandlungen zu dieser Thematik. Im Jahr 2011 haben die vier Herausgeber gemeinsam ein ökonomisches Manifest zur Deregulierung der Konsumgüterdistribution unter dem Titel „Vielfalt durch Gestaltungsfreiheit im Wettbewerb“ publiziert, aus dem sie – mit freundlicher Genehmigung des Verlages C.H. Beck – einige der wichtigsten Ergebnisse in ihre hiesigen Beiträge eingebracht haben.

Viele Personen haben an der Entstehung dieses Buches mitgewirkt. Dafür danken ihnen die Herausgeber sehr. Der Dank geht zunächst an alle Autoren, die mit ihren fachkundigen und aktuellen Beiträgen dieses Buch gestaltet haben. Insbesondere danken wir den Referenten des Symposiums am 20. Januar 2011 in Bonn, die uns freundlicherweise ihre Referate zum Abdruck freigegeben haben. Wesentlich hat auch das disziplinübergreifende Symposium an der Universität Münster (am 27. Januar 2011) zur Fundierung dieses Forums beigetragen. Wir bedanken uns herzlich bei den Referenten Prof. Dr. Justus Haucap (Vorsitzender der Monopolkommission), Prof. Dr. Ulrich Schwalbe (Lehrstuhl für Mikroökonomik, insbesondere Industrieökonomik der Universität Hohenheim), Christian Ewald (Chefökonom des Bundes-

kartellantes) und Prof. Dr. Wernhard Möschel (ehem. Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung, Universität Tübingen) sowie bei allen Teilnehmern der Plenums- und Podiumsdiskussion unter der Leitung von Frau Prof. Dr. Petra Pohlmann (Institut für Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Münster) für die zahlreichen Hinweise und Anregungen, die sie uns zur Bearbeitung der kontroversen Problemstellung gegeben haben.

Unser herzlicher Dank gilt ferner unseren Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern für ihre wertvolle Unterstützung bei der technisch-organisatorischen Abwicklung und Koordination des Symposiums und der Buchveröffentlichung. Frau Stefanie Brich von Springer Gabler danken wir für eine stets sehr gute und konstruktive Zusammenarbeit und nicht zuletzt dafür, dass sie eine unglaublich rasche Drucklegung ermöglicht hat.

Unsere Leserinnen und Leser laden wir herzlich zu einem disziplinübergreifenden Gedankenaustausch ein: Denn die (De-)Regulierung der Konsumgüterdistribution kann als ‚ewige Baustelle‘ in Wissenschaft und Praxis bezeichnet werden.

Münster, Friedrichshafen,
Hagen und Essen

im März 2012

Dieter Ahlert
Peter Kenning
Rainer Olbrich
Hendrik Schröder

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	V
<i>Teil 1: Grundsatzbeiträge</i>	1
Kartellrechtliche Regulierung der vertikalen Preis- und Markenpflege	
Dieter Ahlert / Benjamin Schefer Vertikale Preis- und Markenpflege auf dem Prüfstand der (De-)Regulierung Stranguliert das Kartellrecht den Wettbewerb als Entdeckungsverfahren?	5
Peter Kenning / Inga Wobker Die negativen Folgen von Kundenverwirrtheit und die moderierende Rolle von Vertrauen in der Konsumgüterdistribution Konzeptionelles Modell und empirische Befunde	69
Rainer Olbrich / Gundula Grewe Vertikale Vertriebssysteme und rechtliche Regulierung der vertikalen Preispflege in Europa Zu den Begründungszusammenhängen, zur Ungleichbehandlung der Systeme und zu den Konsequenzen für den Konsumgütersektor	95
Hendrik Schröder Category Management in der Gruppenfreistellungsverordnung 2010 – eine Gefahr für die kooperative Markenführung	127
Ulrich Schwalbe Wettbewerbsökonomische Aspekte der Preisbindung in Wertschöpfungsketten	155
Justus Haucap / Gordon J. Klein Einschränkungen der Preisgestaltung im Einzelhandel aus wettbewerbsökonomischer Perspektive	169

<i>Teil 2: Vortragsforum</i>	187
Sinn und Grenzen von Preisbindungen und Preisempfehlungen	
Ferdinand Hermanns	
Vorwort	189
Wernhard Möschel	
Zwecke der Preisempfehlung	
Die Motive des Gesetzgebers	193
Michael Blechman	
Unreasonable Restraints of Trade	
Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Preisbindungsverbot in den USA	199
Josef Sanktjohanser	
Kooperation zwischen Industrie und Handel	
Eine Stellungnahme des HDE zur Handreichung des Bundeskartellamtes	205
Erich Greipl	
Retail Brand-Politik	
Die Funktion des Markenartikels	211
Christian Wey	
Preisempfehlungen aus wettbewerbsökonomischer Sicht	221
Wilfried Mocken	
Integrierte Markenführerschaft	
Vertriebskooperation zwischen Industrie und Handel	227
Rainer P. Lademann	
Die ökonomischen Aspekte der Preisempfehlung im Lichte von Besonderheiten der Ernährungswirtschaft	233
Jürgen Glowik	
Das große Schweigen – oder dient ein offener Diskurs zwischen Handel und Industrie den Interessen der Verbraucher?	
Einige Denkanstöße aus der Praxis	243
Stephan Simon	
Preisbindungen und Preisempfehlungen	
Kartellrechtliche Grenzen der vertikalen Kooperation zwischen Industrie und Handel	249
Autorenverzeichnis	257

Teil 1

Grundsatzbeiträge

Kartellrechtliche Regulierung
der vertikalen Preis- und Markenpflege

Inhaltsverzeichnis

<i>Teil 1: Grundsatzbeiträge</i>	1
Kartellrechtliche Regulierung der vertikalen Preis- und Markenpflege	
Dieter Ahlert / Benjamin Schefer	
Vertikale Preis- und Markenpflege auf dem Prüfstand der (De-)Regulierung Stranguliert das Kartellrecht den Wettbewerb als Entdeckungsverfahren?	5
Peter Kenning / Inga Wobker	
Die negativen Folgen von Kundenverwirrtheit und die moderierende Rolle von Vertrauen in der Konsumgüterdistribution Konzeptionelles Modell und empirische Befunde	69
Rainer Olbrich / Gundula Grewe	
Vertikale Vertriebssysteme und rechtliche Regulierung der vertikalen Preispflege in Europa Zu den Begründungszusammenhängen, zur Ungleichbehandlung der Systeme und zu den Konsequenzen für den Konsumgütersektor	95
Hendrik Schröder	
Category Management in der Gruppenfreistellungsverordnung 2010 – eine Gefahr für die kooperative Markenführung	127
Ulrich Schwalbe	
Wettbewerbsökonomische Aspekte der Preisbindung in Wertschöpfungsketten	155
Justus Haucap / Gordon J. Klein	
Einschränkungen der Preisgestaltung im Einzelhandel aus wettbewerbsökonomischer Perspektive	169

Vertikale Preis- und Markenpflege auf dem Prüfstand der (De-)Regulierung

Stranguliert das Kartellrecht den Wettbewerb als Entdeckungsverfahren?

Dieter Ahlert / Benjamin Schefer

1 Einführung in die aktuelle Problemstellung	7
2 Die Legende von der Wohlfahrtsmehrung durch das Verbot der vertikalen Preis- und Markenpflege	13
3 Die Gefahren des Preisbindungsverbots für die Funktionsfähigkeit des Interbrand-Wettbewerbs	19
3.1 Gefährdungsstufe 1: Verhinderung von Effizienzvorteilen zulässiger Preisbindungen im konkreten Einzelfall	19
3.2 Gefährdungsstufe 2: Unmittelbare Verringerung von Vielfalt durch Untersagung attraktiver Preisbildungsverfahren	21
3.3 Gefährdungsstufe 3: Mittelbare Verringerung von Vielfalt durch Untersagung effizienter Kommunikations- und Arbeitsteilungsbeziehungen in Wertschöpfungsnetzen	23
3.4 Gefährdungsstufe 4: Verhinderung von Vielfalt durch Strangulierung von Innovativität und Beeinträchtigung starker Marken	26
3.5 Gefährdungsstufe 5: Strukturverzerrung durch rechtliche Ungleichbehandlung konkurrierender Organisationstypen	29
3.6 Fazit zum Gefährdungspotenzial des PB-Verbots	30
4 Die Gefahren zulässiger Preisbindungssysteme für die Funktionsfähigkeit des Interbrand-Wettbewerbs	31
4.1 Preisbindungen im Spannungsfeld zwischen Intra- und Interbrand-Wettbewerb ..	31
4.2 Auswirkungen vertikaler Preisbindungen auf die Herausbildung und Stabilisierung horizontaler Preiskartelle	33
4.3 Auswirkungen vertikaler Preisbindungen auf die Funktionsfähigkeit der Wettbewerbsprozesse	36
4.4 Auswirkungen vertikaler Preisbindungen auf die Innovativität der Industrie- und Handelsunternehmen	37
4.5 Auswirkungen vertikaler Preisbindungen auf die Verbraucherwohlfahrt	37
4.6 Fazit zum Gefährdungspotenzial zulässiger Preisbindungen	41

5 Wettbewerbspolitische Implikationen	42
5.1 Zur Frage einer optimalen Mischung der Preisbildungsverfahren im Lichte des wettbewerbspolitischen Leitbildes	42
5.2 Novelierungsbedarf im Bereich der Gruppenfreistellungsverordnungen	44
5.3 Per-se-Verbot versus Rule of Reason: Von der Effizienzeinrede zur Effektivitätseinrede	45
5.4 Schlussfolgerungen	49
 Anhang I	 51
Anhang II	55
Anhang III	64
 Literaturverzeichnis	 65

1 Einführung in die aktuelle Problemstellung

Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern oder diesen vorzubeugen, ist die Aufgabe kartellrechtlicher Interventionen, nicht aber sie zu verursachen. Daher gilt für alle Reglementierungen der unternehmerischen Handlungsfreiheit im Wettbewerb der allseits anerkannte Leitsatz, dass sie in regelmäßigen Zeitabständen auf den **Prüfstand der (De-)Regulierung** gehören.¹ Akuter Überprüfungsbedarf besteht insbesondere dann, wenn – wie im Falle des zwischen Industrie und Handel **koordinierten Preismanagements** – die behördliche Durchsetzung der restriktiven Rechtsnormen verschärft zu werden droht, obwohl zur gleichen Zeit in den einschlägigen Fachkreisen, national wie international, zunehmend darüber gestritten wird, ob solche Rechtsrestriktionen überhaupt noch als leitbildkonform zu rechtfertigen sind. Es droht die Gefahr, dass eine weitere Einschränkung der Vertragsfreiheit eher zur Strangulierung von Innovation und Vielfalt im Wettbewerb beiträgt als die Verbraucherwohlfahrt nachhaltig zu verbessern.

Im Januar 2010 hat **eine der größten Durchsuchungsaktionen in der Geschichte des Bundeskartellamtes** nicht nur in der Lebensmittelbranche, sondern – spätestens seitdem ähnliche Untersuchungen jüngst auch bei Matratzenfirmen durchgeführt wurden – in der deutschen Konsumgüterwirtschaft insgesamt für erhebliche Unruhe gesorgt: Hersteller und Händler werden verdächtigt, sich über die Gestaltung der Endverbraucherpreise abgestimmt zu haben. In einer Aufklärungsschrift, der sog. Handreichung², sowie in zahlreichen Informationsveranstaltungen und Presseveröffentlichungen hat das Amt dargelegt, dass nicht nur die klassische Preisbindung, sondern alle erdenklichen Formen der vertikalen Preis- und Markenpflege in der Wertschöpfungskette kartellrechtlich riskant sein können, soweit sie auch nur im Entferntesten mit einer koordinierten Preisgestaltung einhergehen.

Damit stellt sich die Frage, ob die vertikale Preiskoordination innerhalb einer Wertschöpfungskette, aus der **wettbewerbs- bzw. wohlfahrtsökonomischen Perspektive** betrachtet, *grundsätzlich* dermaßen schwerwiegende negative Effekte verursachen kann, dass wie bei horizontalen Preiskartellen hohe Bußgelder gerechtfertigt sind. Falls dies nicht per se der Fall ist, sondern nur *ausnahmsweise* (in bestimmten Bedingungskonstellationen), schließt sich die Frage an, ob das gegenwärtig geltende Kartellrecht korrekturbedürftig ist.³ Diese Frage erstreckt sich auf die restriktiven Rechtsnormen⁴ ebenso wie auf die wettbewerbsbehördliche

¹ Vgl. zur Arbeitsweise eines solchen Prüfstandes im Spannungsfeld zwischen Regulierung und Deregulierung Müller 2003 sowie Ahlert/Grosseckttler/Sandrock 1988, S. Vf.

² Das Bundeskartellamt hat zur Orientierung für die von der Untersuchung auf vertikale Preisabsprachen betroffenen Unternehmen eine als ‚Handreichung‘ bekannt gewordene vorläufige Bewertung von Verhaltensweisen veröffentlicht, die zwischen eindeutig verbotenen Tatbeständen und eventuell als kritisch einzustufenden Verhaltensweisen unterscheidet. Die für unser Untersuchungsanliegen besonders relevanten Inhalte der ‚Handreichung‘ können dem *Anhang I* zu diesem Beitrag entnommen werden.

³ Vgl. dazu exemplarisch die Beiträge von Haucap/Klein, Schwalbe und Wey in diesem Reader.

⁴ Mit der 7. GWB-Novelle wurde zum 1. Juli 2005 das deutsche Kartellrecht grundlegend geändert und an das europäische Kartellrecht angepasst. Dies führte zu einer Aufhebung des ausdrücklichen Verbots vertikaler Preisbindungen (gemäß § 14 GWB a.F.). Einschlägige Rechtsnormen, in denen das Preisbindungsverbot (im Folgenden kurz: PB-Verbot) heute verankert ist, sind die §§ 1 und 2 GWB, Art. 101 AEUV sowie ergänzend die zum 1. Juni 2010 in Kraft getretene neue Vertikal-GVO der Europäischen Kommission sowie die dazu publi-

(Fortsetzung auf S. 8)

Interventionspraxis sowie die Rechtsprechung, und zwar in Deutschland und in der EU. Die Frage drängt sich insbesondere dann geradezu auf, wenn gezeigt werden kann, dass vertikale Preiskoordination im Regelfall die Funktionsfähigkeit der horizontalen Wettbewerbsprozesse (also des Interbrand-Wettbewerbs) nicht beschränkt, sondern im Gegenteil zur Beseitigung von Wettbewerbsstörungen (Marktversagen) beizutragen geeignet ist.

Die offensichtlich verschärfte Gangart der Kartellrechtspraxis ist auch aus der **Perspektive der Wirtschaftspraxis und der Betriebswirtschaftslehre** nicht unumstritten.⁵ Einige Marketingwissenschaftler weisen auf die folgende Problematik hin: Die kartellrechtlichen Interventionen mögen zwar auf vertikale Preisbindungen *abzielen*, sie *treffen* jedoch fast alle **modernen Instrumente und Strategien des vertikalen Marketings** ins Mark, soweit diese, wenn auch nur indirekt, das vertikale Preismanagement irgendwie tangieren *könnten*.⁶ In der Wirtschaftspraxis wird bereits von einem beträchtlichen Kollateralschaden gesprochen:

Am ‚Pranger des Kartellrechts‘ steht insbesondere der (über das reine Austauschgeschäft zwischen den Lieferanten und ihren Absatzmittlern hinausreichende) **Informationsaustausch entlang der Wertschöpfungskette**. Das gilt einerseits für die modernen, IT-gestützten Formen eines kosteneffizienten Datenaustausches, soweit sie sich auch auf sog. preissensible Daten erstrecken (*könnten*). Betroffen sind andererseits die strategische Koordination der Marktauftrittskonzepte von Handel und Industrie auf der Verbraucherstufe sowie, daraus resultierend, die explizite Formulierung wechselseitiger Verhaltenserwartungen der Geschäftspartner im Bereich der Markenpositionierung (Strategic Brand Coordination). Denn Markenpositionierung ist ohne Preispositionierung nicht denkbar.

Erstaunlicherweise werden auch die **Kooperationsprojekte zwischen Handel und Industrie**, insbesondere das vertikale Category Management, zunehmend argwöhnisch betrachtet. Sie erscheinen manchem ‚Kartellwächter‘ als verdächtig, da es geradezu weltfremd wäre anzunehmen, dass bei Wertschöpfungspartnerschaften (Efficient Consumer Response) das Thema der vertikalen Preisgestaltung völlig ausgeklammert werden könnte. Zumindest dürfte es unwahrscheinlich sein, dass unter einem partnerschaftlichen Klima im Wertschöpfungssystem einer der Akteure auf die Idee käme, ausgerechnet in der betreffenden Warenkategorie Lockvogelpolitik, Verramschungsaktionen oder Markenvandalismus zu betreiben.

Ohne eine ausdrückliche Abstimmung der Preise sind auch die neueren Ansätze eines engen Zusammenwirkens von Industrie- und Handelsunternehmen im Bereich des **interaktiven Innovationsmanagements** undenkbar. Dabei geht es nicht nur um die Generierung und Umsetzung innovativer Serviceleistungen, effizienterer Logistik- und Vertriebsprozesse und effekti-

⁴ (Fortsetzung von S. 7) zierten Leitlinien für vertikale Beschränkungen vom 10. Mai 2010. Wenn das PB-Verbot abgeschafft werden sollte, müssten daher mehrere Normen des deutschen und europäischen Kartellrechts novelliert werden. Für unsere Betrachtung relevant sind darüber hinaus der einseitige Einsatz sog. „Druck- und Lockmittel zur Durchsetzung vertikaler Beschränkungen“ (§ 21 Abs. 2 GWB) und die „unbillige Behinderung in Wertschöpfungssystemen“ (§ 20 GWB), hier insbesondere die sog. passive Diskriminierung (Vorteilsgewährung ohne sachlich gerechtfertigten Grund, § 20 Abs. 3 GWB).

⁵ Vgl. exemplarisch die Beiträge von Greipl, Kenning/Wabker, Lademann, Mocken, Sanktjohanser, Schröder und Olbrich/Grewe in diesem Reader.

⁶ Näheres dazu bei Ahlert/Kenning/Schröder/Olbrich 2011 und der dort angegebenen Literatur.

ver Formen der innerhalb der Wertschöpfungskette koordinierten Markenkommunikation, sondern es geht zunehmend auch um die Vermarktung kompletter Problemlösungskonzepte, das sog. Solution Selling.⁷ Innovative Angebotskonzepte, durch stufenübergreifende Unternehmenskooperationen oder virtuelle Netzwerke hervorgebracht, beinhalten zwangsläufig neuartige Preis-/Leistungs-Kombinationen. Ihnen mit wettbewerbsrechtlichen Bedenken zu begegnen, könnte in besonderem Maße die **Strangulierung von Vielfalt** bewirken.

Es geht in der aktuellen Diskussion also nicht allein um die vertikale Preisbindung der zweiten Hand, sondern vielmehr umfassender um die vielfältigen Maßnahmen und Strategien in den Absatzkanälen der Konsumgüterwirtschaft, die neuerdings unter dem Terminus „**vertikale Preis- und Markenpflege**“ firmieren.⁸

Die zunehmend verschärfte behördliche Durchsetzung der restriktiven Normen des Kartellrechts im Bereich des vertikalen Marketings wird auch in den **Rechtswissenschaften** kontrovers diskutiert.⁹ So wird beispielsweise die These vertreten, dass sich die deutsche Kartellrechtspraxis von den internationalen Positionen (z.B. der USA, teilweise auch der EU) abgekoppelt habe.¹⁰ Die höchstrichterliche Aufhebung des per-se-Verbots vertikaler Mindestpreisvereinbarungen in den USA (2007) und die neuen Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen (2010), welche vertikale Preisabsprachen immerhin in einigen praxisrelevanten Fallkonstellationen ansatzweise positiv bewerten, haben eine Jahrzehnte alte **disziplinübergreifende Diskussion** wieder angefracht:

Es geht generell um die Frage, ob staatliche Eingriffe in die Prozesse der vertikalen Wertschöpfung mit dem Leitbild des funktionsfähigen Wettbewerbs vereinbar sind.

Die bislang geführte kontroverse Diskussion weist überwiegend die folgenden Charakteristika auf:

1. Die Diskussion kreist fast ausschließlich um das **Verbot starrer Festpreisbindungssysteme**. Diese sind jedoch in der Wirtschaftspraxis weder weit verbreitet noch intendiert. Im Gegenteil: Expressis verbis besteht nach den jüngsten empirischen Erhebungen des „Instituts für Handelsmanagement und Netzwerkmarketing“ der Universität Münster weder in der Markenartikelindustrie noch in den großen Handelssystemen ein nennenswertes Interesse an der Rückkehr zu solchen antiquierten Strategien des vertikalen Marketings: Die klassischen Revers-Systeme der Preisbindung zweiter Hand werden in der Praxis aufgrund ihrer mangelnden Flexibilität und ihrer hohen Kosten durchweg abgelehnt.

Der Unternehmenspraxis geht es vielfach lediglich um die grundsätzliche Zulässigkeit der **stufenübergreifenden Harmonisierung des Preis- und Markenmanagements** in der Wertschöpfungskette. Dabei ist z. B. an möglichst offene Gespräche über markenpolitisch zweckmäßige Preisarchitekturen in den Absatzkanälen zu denken, aber auch an Preispflegemaßnahmen, die nicht multilateral, sondern bilateral/individuell verabredet

⁷ Vgl. zum Überblick Kawohl 2010.

⁸ Vgl. zur Definition und Typologie der „vertikalen Preis- und Markenpflege“ den Beitrag von Schefer in *Anhang II*.

⁹ Vgl. exemplarisch die Beiträge von Blechmann, Glowik, Möschel und Simon in diesem Reader.

¹⁰ So besonders pointiert Möschel 2010.

werden. Dazu gehören auch zeitlich begrenzte Abmachungen über Preiskorridore und Sonderangebotspreise.

Die meisten wettbewerbsökonomischen Beiträge – so auch in diesem Reader¹¹ – differenzieren jedoch bei der Vermutung negativer Wettbewerbswirkungen nicht zwischen den klassischen Festpreisbindungssystemen und den vielfältigen Formen der vertikalen Preis- und Markenpflege. In der englischsprachigen Literatur wird zumeist pauschalierend von „**Resale Price Maintenance**“ gesprochen. Sofern die Preispflegemaßnahmen – mitunter auch als „Preisbindung light“ gebrandmarkt – überhaupt einer separaten Prüfung für würdig befunden werden, werden sie oft pauschal als ebenso negativ bewertet wie starre Preisbindungen. Dies nicht selten mit der Begründung, dass sie im Zweifel nichts anderes als die Einführung der vertikalen (Fest-)Preisbindung ‚durch die Hintertür‘ bedeuteten.

Eine Ausnahme von dieser Gleichsetzung der Phänomene bilden **Unverbindliche Preisempfehlungen**, welche in der Vergangenheit – soweit sie überhaupt eingehender behandelt wurden¹² – überwiegend als unbedenklich betrachtet wurden.¹³ Von Seiten der Kartellrechtspraxis werden allerdings auch diese aktuell zunehmend argwöhnisch betrachtet.

2. Bei der Ableitung wettbewerbsschädlicher Effekte wird nicht nur einseitig auf die starren, für alle Intermediäre einheitlich geltenden Preisbindungen geschaut, sondern es wird in der Regel – ebenso einseitig – ausschließlich von **Extremzenarien vermachteter und verkrusteter Marktstrukturen** ausgegangen. Es wird also ein bereits bestehendes Marktversagen unterstellt. Ob negative Wettbewerbswirkungen einer vertikalen Preiskoordination auch in Märkten zu beobachten sind, die sich durch (zumindest weitgehend) **funktionsfähige Wettbewerbsprozesse** auszeichnen, wird zumeist nicht untersucht.
3. In der Regel werden Preisbindungen als ein „ambivalentes Phänomen“ entlarvt, und es wird unterstellt, man könne sie dadurch zutreffend wettbewerbspolitisch beurteilen, dass ihre **positiven und negativen Wettbewerbs- bzw. Wohlfahrtswirkungen** miteinander abgeglichen, d.h. gewissermaßen saldiert werden.¹⁴ Dabei werden die positiven Effekte von Preisbindungen in der Regel als nicht dermaßen überzeugend bewertet,¹⁵ dass sie die den Festpreisbindungssystemen zu attestierenden negativen Wirkungen überkompensieren könnten. In der Konsequenz wird dann oft für eine Beibehaltung des pauschalen, strikten PB-Verbots plädiert.

¹¹ Vgl. die Beiträge von Haucaj/Klein, Schwalbe und Wey in diesem Reader.

¹² Vgl. exemplarisch Wey in dem vorliegenden Reader: „Betrachtet man die Literatur zu Preisempfehlungen, wird man erstaunt sein, dass es hierzu kaum etwas Relevantes gibt.“

¹³ Vgl. dazu ausführlich den Beitrag von Greipl in diesem Reader.

¹⁴ So auch die Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen aus dem Jahr 2010 (im Folgenden zitiert als Vertikal-LL), Rn 5: „Artikel 101 AEUV schafft einen Rechtsrahmen für die Würdigung vertikaler Beschränkungen, weil er die Unterscheidung zwischen wettbewerbswidrigen und wettbewerbsfördernden Auswirkungen ermöglicht. Während Artikel 101 Absatz 1 AEUV Vereinbarungen verbietet, die den Wettbewerb spürbar einschränken oder verfälschen, können nach Artikel 101 Absatz 3 AEUV Vereinbarungen, bei denen die positiven Auswirkungen die wettbewerbswidrigen überwiegen, von diesem Verbot freigestellt werden.“ Diese Vorgehensweise, die positiven Wirkungen von Preisbindungen den negativen saldiierend gegenüberzustellen, entspricht auch der neueren Rechtsprechung zu vertikalen Beschränkungen in den USA: Vgl. Bechmann in diesem Reader.

¹⁵ So besonders deutlich Simon und Wey in diesem Reader.

Nach unserer Auffassung eignen sich die vorstehend skizzierten Argumentationsroutinen nicht als Basis einer leitbildkonformen **Überprüfung des Deregulierungsbedarfs**. Der folgenden Darstellung wird daher eine andere Vorgehensweise zugrunde gelegt:

Ausgangspunkt ist zunächst die Feststellung, dass es eines Nachweises *positiver* Wettbewerbs- bzw. Wohlfahrtseffekte der Preisbindung gar nicht bedarf, um ihre Zulässigkeit zu rechtfertigen. Als Ausdruck der grundgesetzlich verankerten Vertragsfreiheit im Geschäftsverkehr zwischen Herstellern und Händlern sind **Preisbindungen a priori legitim**.

Die Beibehaltung des bisherigen pauschalen (undifferenzierten) PB-Verbots wäre daher nur dann zu rechtfertigen, wenn zwei Voraussetzungen erfüllt wären, nämlich

- *erstens* dass Preisbindungssysteme, so sie denn zulässig wären, *generell und ursächlich* die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs beeinträchtigen (könnten) und
- *zweitens* dass die generelle Untersagung jedweder vertikalen Preiskoordination keine noch größeren Gefahrenpotenziale für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs mit sich brächte.

Ad 1: Entfaltet Preisbindung entgegen dieser Wirkungsvermutung nicht generell, sondern nur partiell, d. h. nur in einigen wenigen Fallkonstellationen ein bedenkliches Störungspotential, ist das Verbot auf eben diese Ausnahmefälle zu beschränken. Im Folgenden wird dieses Postulat als **Fallklassen-Ansatz** bezeichnet.¹⁶ Dabei ist außerdem noch zu hinterfragen, ob die Preisbindung in diesen Fallkonstellationen überhaupt *ursächlich* für das Marktversagen verantwortlich ist oder eher eine *symptomatische* Begleiterscheinung anderer Verurachungsfaktoren (in der Regel unüberwindlicher Marktzutrittsbarrieren) darstellt. Gegen die Ursachen sollten sich wettbewerbspolitische Interventionen richten, nicht aber gegen Symptome.

Ad 2: Dieser Aspekt kommt bislang zu kurz und steht daher im Mittelpunkt der ersten vier Beiträge des vorliegenden Readers. Es wird herausgearbeitet, worin der insgesamt beträchtliche **Kollateralschaden eines pauschalen PB-Verbots** im Einzelnen besteht und warum in der zunehmend verschärfte behördlichen Durchsetzung dieser restriktiven Rechtsnorm eines der größten Gefährdungspotenziale der Gegenwart für die gesamte Konsumgüterwirtschaft gesehen werden muss.

Eine leitbildkonforme ‚Bilanzierung von Wettbewerbs- bzw. Wohlfahrtseffekten‘ ist im Rahmen der (De-)Regulierungsprüfung also in der Weise vorzunehmen, dass

- den **negativen Wirkungen zulässiger Preisbindungen**
- die **negativen Wirkungen des PB-Verbots**¹⁷

gegenüber zu stellen sind. Dabei müssen beide Wirkungsvermutungen nicht nur plausibel, sondern auch wettbewerbstheoretisch begründbar sein.

¹⁶ Auf dem Symposium in Münster am 27. Januar 2011 haben sich einige Wettbewerbsökonominnen für den ‚Fallklassen-Ansatz‘ einer differenzierten Würdigung von Preisbindungssystemen ausgesprochen. Vgl. dazu die Beiträge von Haucap/Klein und Schwalbe in dem vorliegenden Reader.

¹⁷ Negative Wirkungen des PB-Verbots sind nicht gleichbedeutend mit (etwaigen) positiven Wirkungen zulässiger Preisbindungen. Erstere können auch dann auftreten, wenn Preisbindungen keinerlei positiven Wirkungen attestiert werden könnten oder ihre Einführung gar nicht intendiert ist. Diese Feststellung mag spitzfindig wirken, ist aber von grundlegender Bedeutung. Näheres dazu in Kapitel 3.

Die wettbewerbspolitischen Implikationen lauten dann wie folgt:

- Sofern die erstgenannten Negativwirkungen die letztgenannten *in keiner denkbaren Fallkonstellation* signifikant übertreffen, ist die konsequente **Abschaffung dieser Verbotsnorm** (de lege ferenda) angezeigt.
- Sofern die erstgenannten Negativwirkungen die letztgenannten *nur in bestimmten Fallkonstellationen* signifikant übertreffen, ist eine **partielle Beibehaltung der Verbotsnorm**, beschränkt auf eben diese klar ausgewiesenen Fallklassen, zu erwägen.
- Da die in den beiden vorgenannten Fällen notwendigen Änderungen des deutschen und europäischen Kartellrechts eine lange Zeit beanspruchen dürften, von der Beibehaltung der Reglementierungen jedoch gerade aktuell große Gefahren ausgehen, ist in der Übergangszeit eine **weniger restriktive Auslegung und Anwendung der bestehenden Rechtsnormen** seitens der Wettbewerbsbehörden und Gerichte – soweit dies die Ermessensspielräume de lege lata zulassen – wettbewerbspolitisch wünschenswert. Dabei ist insbesondere an die Gestaltungsfreiräume im Bereich der vertikalen Preis- und Markenpflege zu denken.

In der hier gebotenen Kürze können die Argumente nur andeutungsweise dargelegt werden. Zur Vertiefung und wissenschaftlichen Fundierung wird auf die ausführlichere Darstellung in unserem **ökonomischen Manifest zur Deregulierung der Konsumgüterdistribution**¹⁸ verwiesen. Dort wird auch das dem vorliegenden Beitrag als wettbewerbspolitisches Leitbild zugrunde liegende **Konstrukt des funktionsfähigen Wettbewerbs** näher erläutert.

Aus marketingwissenschaftlicher Perspektive sei noch auf das folgende Missverständnis hingewiesen: Wer gegen das PB-Verbot plädiert, ist nicht zwingend ein Befürworter der Preisbindung als Mittel des vertikalen Marketings. Eine Aufhebung dieser Verbotsnorm dürfte im Übrigen auch nicht zur Folge haben, dass nun in der Unternehmenspraxis massenhaft Preisbindungen eingeführt oder gleich ganze Branchen durch starre Festpreisbindungssysteme ‚verseucht‘ würden.¹⁹ Vielmehr würde den Akteuren in den Distributionssystemen der Konsumgüterwirtschaft lediglich ihre Gestaltungsfreiheit zurückgegeben. Die in der kooperations-theoretischen Literatur ausgiebig beschriebenen, für Kooperationssysteme typischen Trittbrettfahrer-, Saboteur- und Schmarotzerprobleme²⁰ könnten allein schon durch die erweiterten *Möglichkeiten* einer effektiven Preis- und Markenpflege leichter bewältigt werden.

Um dieser Argumentation Gehör zu verschaffen, soll in Kapitel 2 zunächst einmal mit dem Vorurteil aufgeräumt werden, dass vertikale Preis- und Markenpflege per se die Verbraucherwohlfahrt mindere oder gar eine **Verschwörung von Industrie und Handel gegen den Verbraucher** indiziere. In Kapitel 3 werden die gravierenden Gefahren des PB-Verbots für die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs dann systematisch dargestellt. Die Hypothesen über potenziell negative Wettbewerbswirkungen zulässiger Preisbindungen werden in Kapitel 4 vorgestellt und kritisch reflektiert. Auf der Basis dieser Analysen, die aufzeigen, dass in vie-

¹⁸ Vgl. Ahlert/Kenning/Schröder/Olbrich 2011.

¹⁹ Vgl. dazu ausführlich Kapitel 5.1.

²⁰ Näheres dazu bei Ahlert 1981, S. 63ff. sowie 1996, S. 123ff. und der dort angegebenen Literatur.

len Fällen, wenn nicht sogar in der Regel, der Wettbewerb stärker durch das PB-Verbot als durch zulässige Preisbindungen beschränkt wird, werden dann in Kapitel 5 die wettbewerbspolitischen Implikationen abgeleitet.

2 Die Legende von der Wohlfahrtsmehrung durch das Verbot der vertikalen Preis- und Markenpflege

Das Vorurteil, man müsse nur die Preisbindungen bekämpfen, um eine preisgünstige Versorgung der Verbraucher mit den begehrten Markenwaren zu gewährleisten, ist in der Öffentlichkeit, erstaunlicherweise auch bei unseren Wirtschaftsstudenten, weit verbreitet. So hat eine Blitzumfrage des Münsteraner Instituts für Handelsmanagement und Netzwerkmarketing (193 Teilnehmer, vorwiegend Studierende zwischen 20 und 36 Jahren) beachtliche Wissensdefizite im Thema des vertikalen Preismanagements gezeigt. Hier eine Auswahl der Befragungsergebnisse:

- Mehr als 55 Prozent der Befragten glauben, dass Hersteller die Verkaufspreise ihrer Produkte im Handel häufig selbst festlegen.
- Im Mittel schätzen die Befragten, dass in den wichtigsten Konsumgüterbranchen 40–60 Prozent der erhältlichen Produkte preisgebunden sind.
- 50 Prozent aller befragten Personen bewerten einen maßgeblichen Einfluss des Herstellers auf die Preisgestaltung des Händlers negativ.
- Mehr als 54 Prozent schätzen Preisbindung als nachteilig für den Verbraucher ein.
- 60 Prozent sind für ein striktes Verbot jeder Form der Preisabsprache zwischen Industrie und Handel.
- 35 Prozent stimmen der These zu, dass sich Hersteller und Händler zunehmend gegen den Verbraucher verschwören. Vielfach wird ein verschärftes Vorgehen gegen Wertschöpfungspartnerschaften sogar begrüßt, weil die Meinung verbreitet ist, dass das strikte Verbot der Preis- und Markenpflege zu sinkenden Preisen und damit zu einer höheren Verbraucherwohlfahrt führe.

Müssten sich die Exponenten der Kartellrechtspraxis regelmäßig öffentlichen Wahlen stellen, so wären sie wohl gut beraten, an einem stringenten PB-Verbot festzuhalten. Offensichtlich hat die jahrelange Preisbindungsdiskussion zu einer Tabuisierung des PB-Verbots geführt, welche aufzulösen einem Kampf gegen Windmühlenflügel gleichkommt.

Der Ausgangspunkt: Wodurch entsteht optimale Verbraucherwohlfahrt?

Die denkbar größte Wohlfahrt erfahren Verbraucher u.E. dort, wo die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs nachhaltig gesichert ist. Unstreitig ist, dass dabei an den Wettbewerb *zwischen* den konkurrierenden Angebotsleistungen (und in der Regel auch Marken) gedacht ist. Es geht also um die **Funktionsfähigkeit des Interbrand-Wettbewerbs**. Diese setzt Angebotsvielfalt voraus: Alt bewährte und innovative Absatzleistungen konkurrieren miteinander um die Gunst der Verbraucher. In der Konsumgüterwirtschaft sind die Wertschöpfungs-systeme

in der Regel mehrstufig. An der Absatzleistung sind Hersteller und Händler beteiligt. Die attraktivsten Angebotskonzepte kennzeichnen sich meistens durch eine harmonische Mischung aus exzellenten Hersteller- und Händlerleistungen. Widersprüche *innerhalb* solcher Leistungskompositionen, sei es bei der Markenkommunikation oder auch bei der strategischen Preispositionierung, können den Verbraucher verwirren und sein Vertrauen in die Qualität beeinträchtigen.²¹ Vielfalt setzt **Vertrags- und Gestaltungsfreiheit in den Absatzkanälen** voraus. Wird es den Industrie- und Handelsunternehmen jedoch zunehmend kartellrechtlich untersagt, mit der notwendigen Preis- und Markenpflege Irritationen der Verbraucher zu vermeiden, können starke Marken gefährdet und Innovationsanreize vernichtet werden.

Wie entstehen starke Marken und sind diese der Wohlfahrt zuträglich?

Um die vorstehenden Thesen begründen zu können, bedarf es eines kurzen Ausfluges in die **neuere Theorie der Bildung starker Marken**²²: Marken entstehen im Gehirn des Menschen, sie können nicht ‚gemacht‘ werden. Wer versuchen will, seine Marke mit Gewalt, nach Cowboymanier, in das Gehirn des Menschen einbrennen zu wollen, erleidet mit Sicherheit Schiffbruch. Das sind die Ergebnisse unserer neurowissenschaftlichen Forschung an der Universität Münster. Starke Marken basieren auf Mythen. Ein besonders anschauliches Beispiel dafür ist Red Bull, eines der ganz wenigen Produkte, die in kürzester Zeit zur starken Marke geworden sind. Red Bull gehört nicht zu den lebensnotwendigen Gütern. Der Verbraucher kann dem Produkt ausweichen, sollte er sich über konstant hohe Preise ärgern. Es gibt schließlich eine Menge alternativer Kultgüter. Notfalls kann sich der Verbraucher auch in Konsumverzicht üben.

Was passiert nun aber in der Psyche des Verbrauchers, wenn Red Bull einen drastischen Preiseinbruch erleben würde? Ein ‚Zaubertrank‘ zum Discountpreis? ‚Übersinnliche Kräfte‘ zum Preis von stillem Mineralwasser? Das Ergebnis des Preisverrisses wäre, dass Red Bull den Menschen nicht mehr schmecken und die attribuierten Wirkungen auf das Wohlbefinden des Verbrauchers nicht mehr entfalten würde. Das zeigen die Hirnforschung mit Hilfe der Magnetresonanztomographie²³ ebenso wie Blindtests mit Verbrauchern²⁴. Eine **effiziente vertikale Preispflege** ist nicht nur für Kultprodukte wie diese Limonade, sondern **für (fast) alle Markenartikel unverzichtbar**. Die starke Marke entsteht in den Köpfen der Menschen durch eigene Erfahrungen und Glaubensvorstellungen, und diese werden durch das sog. Storytelling in den Medien einerseits sowie insbesondere auch in der personalen Kommunikation in den Einkaufsstätten andererseits beeinflusst. Dissonanzen zwischen Hersteller und Absatzmittlern würden die Markengemeinde irritieren.

Generell gilt: **Zügellose Preisverrisse und unkoordinierte Markenführung** können starke Marken schädigen oder gar gänzlich zerstören. Die Rechtsordnung bietet gegenwärtig keinen wirksamen Schutz dagegen. Ist es dann auch noch dem einzelnen Anbieter versagt, seine

²¹ Vgl. dazu ausführlicher den Beitrag von Kenning/Wabker in diesem Reader.

²² Vgl. zum Überblick Ahlert 2004a; Ahlert/Kenning/Plassmann 2006 und Zernisch 2004.

²³ Vgl. Näheres dazu bei Ahlert/Hubert 2010, S. 59ff. sowie Kenning 2010, S. 31ff.

²⁴ Vgl. hierzu die Ergebnisse des Blindtestes bei der Sekt-Verkostung im *Anhang III*.

Marke selbsttätig vor solchen Beeinträchtigungen zu schützen, verliert er die Nachfrage der Verbraucher. Das Produkt verschwindet in der Bedeutungslosigkeit. Vielfalt und damit Wohlfahrt gehen verloren, wenn der Verbraucher unnötigerweise eine begehrte Konsumoption einbüßen müsste: Ohne starke Marken ist die Verbraucherwohlfahrt gemindert.²⁵

Manch einer würde im Falle des Kultgetränkes Red Bull vielleicht sagen: „Gut, dass wir dieses unnütze Getränk los sind, die Jugendlichen sollen gefälligst wieder Mineralwasser, Milch oder Bier trinken. Der Markt ist bereinigt, in den Worten von Josef Schumpeter: Die Marke ist schöpferisch zerstört, es wurde Raum geschaffen für die Erfindung und Vermarktung neuer Produkte. Oder wie schon Friedrich Nietzsche sagte: ‚Wer ein Schöpfer sein will im Guten und im Bösen, der muss ein Vernichter sein und wird zerbrechen‘ (Zarathustra, 1928).“

Wie wirkt sich ein vertikal koordiniertes Preismanagement auf die Innovationsdynamik in Handel und Industrie aus?

Der vorstehenden Überlegung liegt ein verhängnisvolles Fehlverständnis industrieller Innovationsprozesse im Zusammenhang mit der Preisbindung zugrunde. Das immer wieder vorgebrachte Argument, **Preisbindung führe zur Schlafmützigkeit** im Wettbewerb und vermindere die Innovationsbereitschaft und die Innovationskraft in einer Branche, ist in seinem Allgemeingültigkeitsanspruch nicht haltbar, es kann nur in dem Extremszenario unüberwindlicher Marktzutrittsbarrieren (d. h. hoher Schutzzäune für veraltete Produkte) Geltung beanspruchen.

Im Normalfall besteht ein genau umgekehrter **Wirkungszusammenhang zwischen einem vertikal kultivierten Preismanagement und der Innovationsdynamik**: Welcher Unternehmer würde schon in aufwändige Innovationsprozesse investieren, wenn er damit rechnen müsste, dass die von ihm intendierte Angebotskonzeption den Verbraucher gar nicht in unverfälschter Form erreichen kann, weil sie sofort in Preiskämpfe verwickelt würde? Wer würde in innovative Angebotskonzepte investieren, wenn aufgrund des rechtlichen Verbots von Verhaltensabstimmungen im Absatzkanal die Herausbildung einer starken Marke von vornherein zum Scheitern verurteilt wäre, wenn daraufhin die kooperationsbereiten Händler angesichts der nicht auskömmlichen Spannen die Lust an dem Geschäft verlören und die für das Storytelling unverzichtbare Begeisterung erst gar nicht aufkommen könnte?

Um die vorstehend aufgeworfenen Fragen wettbewerbsökonomisch fundiert beantworten zu können, bedarf es eines kurzen Ausfluges in die Lehre vom **Wettbewerb als Entdeckungsverfahren**. Die Fortschrittsprozesse können als die wichtigsten, aber auch besonders stör anfälligen Teilprozesse des funktionsfähigen Wettbewerbs bezeichnet werden. In Anlehnung an den Nationalökonom Heinz Grossekkettler können sie wie folgt dargestellt werden:²⁶ Ausgangspunkt des Erklärungsmodells ist der Tatbestand, dass in einem bestimmten Markt alle Marktteilnehmer, so auch die potenziellen Anbieter neuer Produkte, nur über vage Hypothesen darüber verfügen, was die Verbraucher akzeptieren und durch ihre Kaufentscheidung honorieren werden. Selbst die Verbraucher wissen vor der Entstehung neuer Güter im

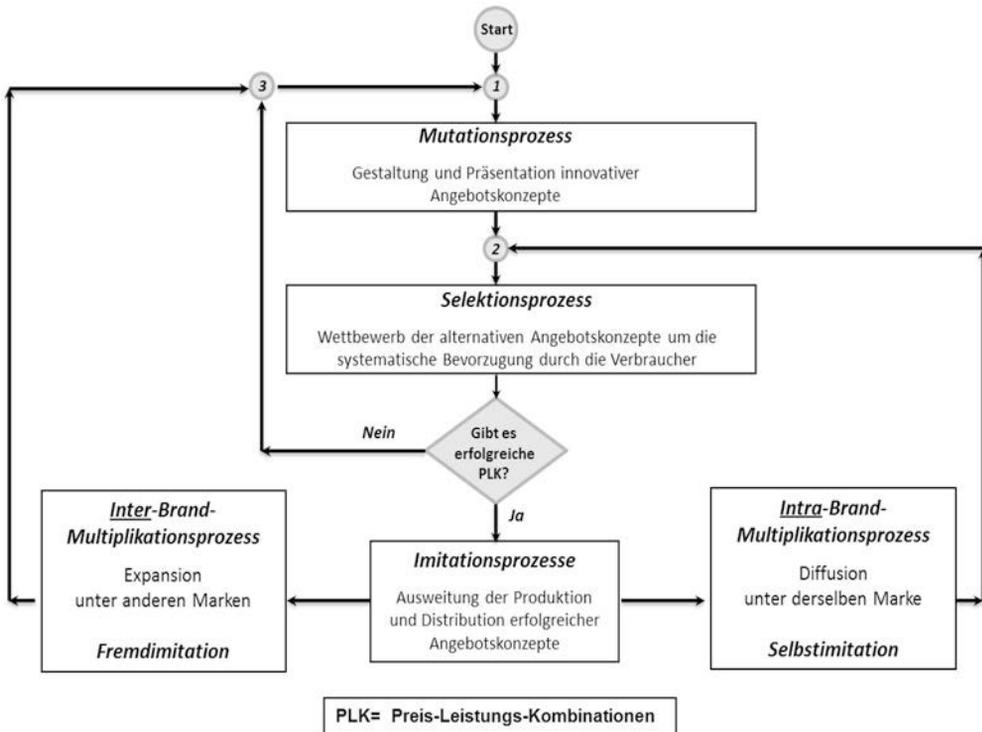
²⁵ Vgl. dazu auch sehr eindringlich den Beitrag von Mocken (Underberg) in diesem Reader.

²⁶ Vgl. Grossekkettler 1981, S. 255ff. und Grossekkettler 2009, S. 139ff.

Allgemein nicht genau, welche Präferenzen sie haben werden. Bedürfnisse für „ungeborene“ Güter sind allenfalls latent vorhanden. In dieser Situation kommt es darauf an, dass den Verbrauchern ein möglichst breiter Fächer alternativer Problemlösungen (Objekte der Bedürfnisbefriedigung) im Zuge eines Marktexperimentes dargeboten wird. Die Verbraucher bestimmen mit ihren Kaufentscheidungen die Überlebenschancen der einzelnen Angebotskonzepte und damit auch die Renditechancen der anbietenden Unternehmen. Hierin äußert sich die so genannte Konsumentensouveränität.

Der Innovations- und Diffusionsprozess ist schematisch in die vier Teilprozesse Mutation, Selektion, Selbstimitation und Fremdimitation gegliedert (vgl. Abbildung 1):

Abbildung 1: Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren (in Anlehnung an Grosseckttler)



In der Konsumgüterwirtschaft entstehen innovative Angebotskonzepte meist arbeitsteilig durch das Zusammenwirken von Herstellern und Händlern (*Mutation*). Wertschöpfungs-systeme, deren Angebote sich aufgrund einer hohen Verbraucherakzeptanz (*Selektion*) als überdurchschnittlich erfolgreich erweisen, expandieren, indem sie ihre Kapazitäten ausbauen und ihre Position mit bewährten Mitteln zu festigen versuchen. Diesen Prozess der *Selbstimitation* innerhalb des Wertschöpfungs-systems wollen wir **Intra-Brand-Multiplikation** nen-

nen. Der Erfolg motiviert konkurrierende Wertschöpfungssysteme, unter alternativen Labels (Hersteller- oder Handelsmarken) sog. Me-too Produkte oder auch durchaus innovative Varianten des erfolgreichen Angebotskonzeptes zu verbreiten. Der Prozess der *Fremdimitation* kann entsprechend als **Inter-Brand-Multiplikation** bezeichnet werden.

Warum kann das Verbot der vertikalen Preis- und Markenpflege die Fortschrittsprozesse und damit die Funktionsfähigkeit des Interbrand-Wettbewerbs stören?

Störungspotenziale können in allen vier Teilprozessen des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren lokalisiert werden. Sie hängen außerdem eng miteinander zusammen. So strahlen beispielsweise absehbare zukünftige Schwierigkeiten bei der Diffusion eines innovativen Produktes, etwa aufgrund einer mangelnden Kooperationsbereitschaft seitens der Handelszielgruppe, negativ auf die **Mutationsbereitschaft der Industrie** ab. Die mangende Kooperationsbereitschaft eines Händlers kann wiederum auf seine Erfahrungen mit dem Verhalten seiner Händlerkollegen innerhalb desselben Wertschöpfungssystems zurückzuführen sein. Lockvogelangebote, irritierende Signale des Verkaufspersonals, inadäquate Warenpräsentation etc. können **Qualitätszweifel beim Verbraucher** wecken, der Selektionsprozess wird empfindlich gestört. Die Herausbildung einer starken Marke in den Köpfen der Kunden (Händler wie Verbraucher) findet erst gar nicht statt. Letztlich führt die mögliche und schon ex ante absehbare **Kettenreaktion sich wechselseitig aufschaukelnder Effekte** zur Entmutigung der Hersteller, in aufwändige Innovationsprozesse zu investieren.

Dies sei hier am Beispiel des Selektionsprozesses noch einmal verdeutlicht: Damit der Verbraucher überhaupt die **Chance zur „soveränen Selektion“** hat, muss es dem Anbieter (z. B. einem Markenartikelhersteller) gelingen, seine Angebotskonzeption stufenübergreifend möglichst *unverfälscht* zu präsentieren. Als Marktstörung wäre es zu bewerten, wenn die vom Erzeuger intendierte Markenpositionierung innerhalb der Wertschöpfungskette systematisch konterkariert würde. Dadurch wäre es dem innovativen Leistungsangebot verwehrt, sich im Zuge des „Marktexperimentes“ in der Gunst der Verbraucher durchzusetzen. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang immer wieder auf das Gefährdungspotenzial bei Luxus-, Prestige- oder Kultgütern oder auch bei hochwertigen Geschenkartikeln, bei denen z. B. eine aggressive Niedrigpreis- bzw. Lockvogelpolitik des Handels oder eine disharmonische Markenkommunikation der intendierten Marktauftrittskonzeption des Herstellers zuwider laufen würde.

Aufgabe der Wettbewerbspolitik ist es, geeignete Rahmenbedingungen zu schaffen, die es den Innovatoren erlauben, *selbst dafür zu sorgen*, dass die von ihnen als aussichtsreich befundenen Angebotskonzepte die Verbraucherstufe erreichen. Koordinationsprozesse innerhalb von Wertschöpfungssystemen, ausdrücklich auch Maßnahmen des **vertikalen Markenschutzes und der stufenübergreifenden Preispflege**, sollten insoweit prinzipiell zulässig sein, als sie das effiziente Funktionieren der Fortschrittsprozesse fördern. Ist dagegen eine effiziente Einflussnahme der Innovatoren auf die *Intra-Brand-Multiplikation* rechtlich nicht zulässig, besteht die Gefahr, dass Mutationsprozesse unterbleiben, weil die Unternehmer das Risiko eines Ausbleibens des notwendigen „Return on Investment“ höher einschätzen als die mit der Innovation verbundenen Chancen. Dies bewirkt einen gravierenden Mangel des *Inter-Brand-Wettbewerbs*, ein Missstand, welcher eigentlich durch wettbewerbspolitische Inter-

ventionen beseitigt werden müsste, der jedoch erst durch die kartellrechtliche Reglementierung des vertikalen Marketings verursacht wird.

Nicht nur die permanente Entdeckung und Diffusion neuer Produkte, sondern auch die Stabilisierung und, soweit dies seitens der Verbraucher ausweislich ihres Selektionsverhaltens gewünscht wird, ggf. auch die Expansion der **bereits vorhandenen Leistungsangebote und starker Marken** können das Ergebnis des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren sein. Zwischen diesen beiden Vorgängen, der Einführung *neuer* Leistungsangebote und der störungsfreien Vermarktung *bewährter* Angebotskonzepte, bestehen enge Interdependenzen. Denn das hohe Risiko einer später **drohenden Markenerosion** kann die Innovationsbemühungen bereits im Keim ersticken. Überdies kann die Beeinträchtigung des laufenden Geschäftserfolges wiederum jene Investitionsmittel freizusetzen verhindern, die für den Innovationsprozess zwingend benötigt werden. Eine solche Vernichtung von Innovationsanreizen kann als **eine der gefährlichsten Störungen funktionsfähiger Märkte** bezeichnet werden.

Sind Preissenkungen ein valider Indikator für Wohlfahrtsmehrung?

Die Überzeugung, dass die Zulässigkeit der vertikalen Preiskoordination Preissteigerungen bei den begehrten Markenwaren bedinge und diese wiederum zwangsläufig die Verbraucherwohlfahrt mindere, ist insbesondere in der Kartellrechtspraxis offenbar weit verbreitet.²⁷ Tatsächlich können Preissenkungen definitiv *nicht* als ein valider Indikator für Wohlfahrtsmehrung gewertet werden. Wohlfahrtsökonomisch kommt es nicht primär auf (möglicherweise nur vorübergehende) Preissenkungen an, sondern vielmehr auf vielfältige Auswahloptionen der Verbraucher unter Angebotskonzeptionen, die sich durch differente Preisstellungen kennzeichnen. Im Übrigen darf der folgende Tatbestand nicht übersehen werden: Ohne Mutationen laufen selbst die funktionsfähigsten Selektions- und Imitationsprozesse ins Leere. Die Vernichtung von Innovationsanreizen führt nachhaltig nicht zu preisgünstigen Angeboten attraktiver Produkte. Wie kann die Rechtsordnung, welche Patente zur Innovationsförderung explizit zulässt, und das schon seit mehr als 100 Jahren, einem innovativen Angebotskonzept den vertikalen Markenschutz versagen? Wenn es sich nicht um lebensnotwendige

²⁷ Besonders eindringlich warnt Simon in diesem Reader vor der Zulassung von Preisbindungen mit einem Hinweis auf das in Frankreich erlassene ‚Loi Galland‘, „ein Gesetz von 1996, das eigentlich dazu gedacht war, Verkäufe großer Supermarktketten unter Einstandspreis zu verbieten. Stattdessen wirkte das Gesetz wie eine Preisbindung in Form von Mindestpreisen, indem die Lieferanten hohe Abgabepreise festlegten und am Jahresende Rabatte gewährten, die den Einzelhandelspreis nicht beeinflussen durften. Im Ergebnis führte das dazu, dass sowohl Inter- als auch Intrabrand-Wettbewerb nachließen. Die Preise, die die Kunden zu zahlen hatten, waren im Gefolge des Loi Galland im Jahr 2002 fast 10 Prozent höher (1. Januar 1997 = 100) als in Deutschland und gut 3 Prozent höher als der Durchschnitt der restlichen Eurozone. Als man erkannte, dass dieses Gesetz negative Wirkungen auf die Verbraucherwohlfahrt hatte, wurde es 2005 abgeändert. Innerhalb von 14 Monaten sanken die Preise um vier Prozent.“ Tatsächlich kann damit die Wirkungskette „zulässige Preisbindungen >> höherer Preis >> Minderung der Verbraucherwohlfahrt“ nicht plausibel begründet werden. Denn das Loi Galland hatte einen gravierenden Konstruktionsfehler: Es griff mit einer weiteren Restriktion (einem allen Akteuren zwangsweise auferlegten Untereinstandspreis-Verbot) in die Wertschöpfungsketten ein und strangulierte dadurch den funktionsfähigen Wettbewerb anstatt den Akteuren ihre individuellen Gestaltungsfreiheiten zurückzugeben. Hätte das Gesetz dagegen die unterschiedlichen Formen einer vertikalen Preiskoordination zugelassen, hätten sich bei (hinlänglich) funktionierendem Wettbewerb nachhaltig Marktergebnisse eingestellt, die als wohlfahrtsökonomisch optimal zu bezeichnen sind. Sollten Preiserhöhungen als Ergebnis funktionsfähigen Wettbewerbs eintreten, kann – wie in dem vorliegenden Beitrag ausgiebig begründet – kein Zweifel an deren wohlfahrtsökonomischer Berechtigung bestehen.