

RA Albrecht v. Graevenitz, Frankfurt a. M.\*

## Category Management und Kartellrecht

### INHALT

- I. Einführung
- II. Behördliche Befassung
- III. Kartellrechtliche Ansatzpunkte
- IV. Vorteile von Category Management-Vereinbarungen
- V. Die Bedeutung von Spürbarkeit, Billigkeit und Marktstellung bei der kartellrechtlichen Beurteilung
  - 1. § 1 GWB und Art. 101 AEUV
  - 2. Boykottverbot und Missbrauchsaufsicht
- VI. Allgemeine Grenzen des Category Management
  - 1. Vorgaben zur Preisen und Produktzusammensetzung, -positionierung sowie Marketing
  - 2. Exklusivität
  - 3. Informationsaustausch
- VII. Anforderungen an einen marktstarken oder marktbeherrschenden Category Captain
- VIII. Hinweise für die Praxis

*Der Eingriff von Herstellern in das Category Management, der Händler wird überwiegend positiv gesehen. Auch aus kartellrechtlicher Sicht ist diese Form der Einflussnahme erlaubt. Allerdings sind gewisse Grenzen unbedingt zu beachten.*

### I. Einführung

Zusammenstellung und Präsentation des Sortiments sind selbstverständliche Kerntätigkeiten des Einzelhandels. Diese Produktgruppenbewirtschaftung wird auch als Category Management bezeichnet. Beim Category Management stehen einzelne Hersteller Einzelhändlern oft beratend zur Seite. Beide Seiten versprechen sich davon eine Optimierung des Absatzes. Nicht nur im anglo-amerikanischen Bereich hat sich der Ansatz etabliert, einen bestimmten Lieferanten (oft einen Markenhersteller) zum „Category Captain“ zu machen und ihm die Bewirtschaftung einer bestimmten Produktgruppe zu übertragen. In der Regel bleibt zwar die Entscheidungshoheit beim Einzelhändler. Gleichwohl gewinnt der Hersteller Einfluss auf die Produktplatzierung und -auswahl beim Einzelhändler sowie dessen Marketing und dies auch bezogen auf die Produkte der Wettbewerber. Entsprechende Strategien etablieren sich seit einigen Jahren auch in Deutschland und anderen Teilen Europas. Die Einflussmöglichkeit des Category Captain auf die Vertriebstätigkeit der Einzelhändler kann jedoch kartellrechtlich problematisch sein.

Dieser Beitrag zeigt wichtige kartellrechtliche Aspekte des deutschen und des EU-Rechts auf, die im Rahmen einer Category Management-Vereinbarung zwischen Hersteller und Einzelhändler zu berücksichtigen sind. Er ist wie folgt gegliedert: Nach

einigen Hinweisen auf bisherige behördliche Befassungen mit dem Thema (II.) werden die hervorstechendsten kartellrechtlichen Problempunkte benannt (III.). Danach werden kartellrechtlich erhebliche Vorteile von Category Management-Vereinbarungen beleuchtet (IV.). Im Anschluss werden Faktoren wie Marktstellung, Billigkeit und Spürbarkeit diskutiert, die wettbewerbsbeschränkende Abreden zulässig machen können (V.). Es folgen eine Darstellung kartellrechtlicher Anforderungen an das Category Management, die unabhängig von Marktposition oder Spürbarkeit bestehen (VI.) sowie Ausführungen zu den Anforderungen an marktstarke Category Captains (VII.). Der Beitrag schließt mit ergänzenden Hinweisen für die Praxis (VIII.).

### II. Behördliche Befassung

Das Category Management rief über die letzten Jahre verschiedentlich Behörden (und vereinzelt auch Gerichte) auf den Plan.<sup>1)</sup> Soweit ersichtlich befasste sich die Europäische Kommission mit dem Thema in jüngerer Zeit zum ersten Mal vertieft im Jahre 2005 im Rahmen der Fusionskontrollentscheidung Procter & Gamble/Gillette.<sup>2)</sup> Deutlich wichtiger ist jedoch ihre Darstellung in den Vertikal-Leitlinien aus dem Jahr 2010.<sup>3)</sup> Etwa zeitgleich widmete sich auch die französische Autorité de la Concurrence dem Thema.<sup>4)</sup> Jüngster Meilenstein ist eine Empfehlung der französischen Commission d'examen des Pratiques Commerciales (CEPC), die auf Druck der Autorité de la Concurrence entstand<sup>5)</sup> und im November 2011 veröffentlicht wurde.<sup>6)</sup> Die CEPC

- 1) So war das Produktgruppenmanagement 2000/2001 Gegenstand einer Untersuchung der Federal Trade Commission (FTC) in den USA; ein Jahr später war eine entsprechende Vereinbarung der Anlass für ein US-Gericht, einen Schadenersatz in Höhe von mehr als US \$ 1 Mrd. festzusetzen (Conwood v. USTC). Die enorme Höhe des Schadenersatzes erklärt sich auch daraus, dass in dem Verfahren von der Möglichkeit des Gerichts Gebrauch gemacht wurde, den Schadenersatz zu verdreifachen (treble damages); in Großbritannien untersuchte das Office of Fair Trading (OFT) 2004 eine Konstellation des Category Management im Fall United Biscuits/Jacobs Bakery Ltd.; 2008 wurde das Category Management im Rahmen einer Untersuchung der Competition Commission zum Lebensmitteleinzelhandel beleuchtet (Darstellung nach Besen/Jorjas, BB 2010, 1099 f. und Waring, GRUR-Prax 2010, 332 ff.). Daneben war Category Management auch Gegenstand von Untersuchungen in Rumänien (2009) sowie – allerdings beschränkt auf spezielle Aspekte – in Finnland (2011); vgl. dazu ECN-Brief 5/2011. Die Entscheidung des Bundeskartellamts vom 17.03.2010 – B2-137/09, Pelikan/Herlitz, enthält Ausführungen zu Verräumungsdienstleistungen, die aber allenfalls begrenzt für die Beurteilung des Category Management herangezogen werden können (ebenso Besen/Jorjas, BB 2010, 1099, 1100).
- 2) Europäische Kommission, 27.05.2005 – COMP/M.3732, Procter & Gamble/Gillette, Rn. 134 ff.
- 3) Leitlinien der Europäischen Kommission für vertikale Beschränkungen vom 19.05.2010, ABl. EU C 130/1, dort Rn. 209 ff. Daneben gab es noch eine knappe Befassung der Europäischen Kommission in der Entscheidung vom 17.11.2010 – COMP/M.5658, Unilever/Sara Lee, Rn. 210, 1040.
- 4) Autorité de la Concurrence, Avis n°deg; 10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de „management catégorie!“ entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs. Die Untersuchung mit ihren Schlussfolgerungen fokussierte auf den Lebensmitteleinzelhandel und seine Zulieferer in Frankreich. Insoweit sind die Untersuchungsergebnisse und Ableitungen nur begrenzt allgemeingültig.
- 5) Autorité de la Concurrence, Avis n°deg; 10-A-25 (Fn. 4), Rn. 130.
- 6) CEPC, Recommandation n°deg; 11-01 relative à un code de bonne conduite en matière de management par catégorie, 28.09.2011, aktualisiert 07.11.2011. Ausgangspunkt dieser Empfehlung der CEPC ist die Untersuchung der Autorité de la Concurrence (Fn. 4). Da Letztere nur einen eingeschränkten Fokus hatte, dürfte auch der Empfehlung der CEPC keine Allgemeingültigkeit zukommen.

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 884.

möchte Herstellern und Einzelhändlern damit Leitlinien an die Hand geben, wie sie sich im Rahmen einer Category Management-Vereinbarung zwischen Hersteller und Einzelhändler verhalten sollten, um kartellrechtliche Bedenken zu vermeiden. Auch wenn diese Handreichung sicher hilfreich ist, genügt ihre Anwendung allein nicht, um kartellrechtliche Fallstricke zu umgehen. Dies gilt für Deutschland umso mehr, als die Veröffentlichung der CEPC deutsches Recht nicht berücksichtigt.

### III. Kartellrechtliche Ansatzpunkte

Category Management-Vereinbarungen können im deutschen und EU-Kartellrecht unter einer Reihe von Aspekten von Bedeutung sein. Die vier wichtigsten sind (i) das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen gemäß § 1 GWB und Art. 101 AEUV, (ii) das Boykottverbot gemäß § 21 Abs. 1 GWB, (iii) das Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung bzw. von relativer Marktmacht gemäß §§ 19, 20 GWB und Art. 102 AEUV sowie (iv) das Verbot der Veranlassung kartellrechtswidrigen Verhaltens gem. § 21 Abs. 2 GWB.<sup>7)</sup>

Im Rahmen des § 1 GWB und von Art. 101 AEUV beziehen sich die Bedenken hinsichtlich des Category Managements<sup>8)</sup> vor allem auf (unzulässigen) Informationsaustausch und Kollusion zwischen unabhängigen Unternehmen. Betrachtet wird dabei nicht nur das Vertikalverhältnis zwischen Hersteller und Händler. Befürchtet wird auch eine indirekte Koordination zwischen den Händlern bzw. zwischen den Herstellern, auch als Radnabenproblematik oder „hub & spoke“ bezeichnet. Kartellrechtsverletzungen können auch bei Abschottungseffekten und der Behinderung von Wettbewerbern des Category Captain zugunsten von dessen Marke(n) entstehen.<sup>9)</sup> Schließlich wäre es erheblich, wenn der Einzelhändler durch die Category Management-Vereinbarung seine Preissetzungsunabhängigkeit verliere.

Bezogen auf § 21 Abs. 1 GWB (Boykottverbot) besteht die Befürchtung, der Category Captain beeinträchtigt seine Wettbewerber dadurch unbillig, dass er Händler zu vollständigen oder partiellen Bezugssperren auffordert. Category Management-Vereinbarungen sind vor allem deshalb sensitiv, weil im Rahmen des § 21 Abs. 1 GWB schon der (erfolglose) Versuch von Bedeutung sein kann. Dieser Aspekt ist besonders hervorzuheben, da er in den Vertikal-Leitlinien<sup>10)</sup> nicht behandelt wird: Das EU-Recht enthält einen dem § 21 Abs. 1 GWB vergleichbaren Tatbestand nicht.

Soweit die §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV einschlägig sind (dazu unter VII. mehr), liegen die kartellrechtlichen Bedenken vor allem bei Abschottungseffekten, bei der Behinderung von Wettbewerbern des Category Captain sowie bei etwaigen Diskriminierungstatbeständen.

7) Bedeutung erlangen können selbstverständlich auch andere Rechtsbereiche wie etwa das Lauterkeitsrecht nach dem UWG sowie (auch kartellrechtliche) Vorschriften anderer Länder bei grenzüberschreitenden Vereinbarungen, die aber im Rahmen dieses Aufsatzes nicht weiter beleuchtet werden.

8) Vgl. dazu v. a. Vertikal-Leitlinien (Fn. 3), Rn. 201-212; Europäische Kommission, 27.05.2005 – COMP/M.3732, Procter & Gamble/Gillette, Rn. 134 ff.; Autorité de la Concurrence, Avis n°deg; 10-A-25 (Fn. 4), Rn. 74 ff.

9) Soweit die Eigenmarken des Händlers von der Category Management-Vereinbarung mit einem A-Marken-Hersteller erfasst sind, wird vor allem befürchtet, dass Marken des mittleren Segments leiden könnten; Vertikal-Leitlinien (Fn. 3), Rn. 210 und Europäische Kommission, 27.05.2005 – COMP/M.3732, Procter&Gamble/Gillette, Rn. 142.

10) Vertikal-Leitlinien (Fn. 3).

11) Vgl. dazu das Schreiben des Bundeskartellamts vom 13.04.2010, teilweise bezeichnet als „Vorsitzendenschreiben“ bzw. „Handreichung“, veröffentlicht in WuW 2010, 786 ff. Das „Vorsitzendenschreiben“ ist nach hier vertretener Auffassung nicht verallgemeinerungsfähig, sondern muss in seinem konkreten Kontext verstanden werden (so auch *Schultze/Pautke/Wagener*, Vertikal-GVO Praxiskommentar, 3. Aufl. 2011, Rn. 567, 572). Dennoch enthält es ernstzunehmende Indizien dafür, wie das Bundeskartellamt mit der Thematik von Preisvorgaben und -empfehlungen sowie anderen Themen im Verhältnis Hersteller – Händler umgehen könnte, allerdings ohne ausdrücklichen Bezug auf das Category Management.

Unabhängig vom Marktanteil ist das Verbot des § 21 Abs. 2 GWB, zu kartellrechtswidrigem Verhalten Veranlassung zu geben, einschlägig.<sup>11)</sup> Soweit der Category Captain zu einem kartellrechtswidrigen Verhalten veranlassen möchte und dazu Nachteile androht oder Vorteile verspricht oder gewährt, kann bereits darin ein kartellrechtswidriges Verhalten liegen.

### IV. Vorteile von Category Management-Vereinbarungen

Vorstehendes bedeutet aber nicht, dass Category Management-Vereinbarungen in der kartellrechtlichen Diskussion durchgehend als schädlich angesehen werden, im Gegenteil. Namentlich die Europäische Kommission hebt hervor, dass Category Management-Vereinbarungen verbunden sein können mit (i) Effizienz-Gewinnen, z. B. bezogen auf die Sortimentsgestaltung oder -präsentation sowie auf Absatzsteigerung, (ii) Größenvorteilen für Händler oder (iii) einer besseren Auswahl im Regal und (iv) damit zu einer höheren Kundenzufriedenheit beitragen können.<sup>12)</sup> Weitere, möglicherweise wichtige Vorteile können sein (v) der Zugang des Händlers zu markenspezifischem Know-how,<sup>13)</sup> (vi) die Auslagerung kostenintensiver Marketingprozesse und (vii) ein optimierter Absatz. Die Europäische Kommission geht sogar noch weiter und erklärt, dass Category Management-Vereinbarungen „in den meisten Fällen unproblematisch“ seien, soweit die Entscheidungshoheit bei den Einzelhändlern verbleibe und die Position als Category Captain kein Schutz vor Auslistung darstelle.<sup>14)</sup>

### V. Die Bedeutung von Spürbarkeit, Billigkeit und Marktstellung bei der kartellrechtlichen Beurteilung

Die genannten Vorteile können bei der kartellrechtlichen Beurteilung eine Rolle spielen. Der übliche Einstieg für eine – untechnisch gesprochen – „Rechtfertigung“ sind indes Faktoren wie Marktstellung, Billigkeit und Spürbarkeit.

#### 1. § 1 GWB und Art. 101 AEUV

Selbst wenn eine Category Management-Vereinbarung Wettbewerbsbeschränkungen i. S. v. § 1 GWB und Art. 101 Abs. 1 AEUV enthält, sind diese nicht zwingend unzulässig. Sie sind unproblematisch, wenn sie nicht spürbar sind oder wenn es für sie eine Freistellung gibt:

Zunächst werden von § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV nur spürbare Wettbewerbsbeschränkungen erfasst. Den meisten Wettbewerbsbeschränkungen mangelt es schon an Spürbarkeit, wenn die an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen niedrige Marktanteile aufweisen.<sup>15)</sup>

12) Vertikal-Leitlinien (Fn. 3), Rn. 213 sowie Europäische Kommission, 27.05.2005 – COMP/M.3732, Procter & Gamble/Gillette, Rn. 150 f. Bemerkenswert ist allerdings, dass die Autorité de la Concurrence, Avis n°deg; 10-A-25 (Fn. 4), Rn. 66, 83 f., kaum positive Effekte des ausgelagerten Produktgruppenmanagements zu sehen scheint. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Untersuchung nur einen begrenzten Fokus hatte (siehe Fn. 4).

13) Z. B. zur optimalen Anpassung der Listungszyklen an den Rhythmus der Entwicklung an die entsprechenden Trends bei den Verbrauchern.

14) Vertikal-Leitlinien (Fn. 3), Rn. 2010; Europäische Kommission, 27.05.2005 – COMP/M.3732, Procter & Gamble/Gillette, Rn. 138, 146; vgl. dazu auch *Besen*, Lebensmittelzeitung, 01.10.2010 S. 28, „Category Management bleibt erlaubt“.

15) Vgl. dazu etwa die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art. 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken (De-minimis) vom 22.12.2001, ABl. EU C 368/13 sowie die Bekanntmachung Nr. 18/2007 des Bundeskartellamts über die Nichtverfolgung von Kooperationsabreden mit geringer wettbewerbsbeschränkender Bedeutung („Bagatelldarstellung“) vom 13.03.2007.

## v. Graevenitz – Category Management und Kartellrecht

Darüber hinaus gelten Wettbewerbsbeschränkungen auch dann als zulässig, wenn sie durch die Vertikal-GVO<sup>16)</sup> freigestellt sind. Dies gilt auch für Category Management-Vereinbarungen,<sup>17)</sup> setzt aber voraus, dass die Anwendungsvoraussetzungen der Vertikal-GVO erfüllt sind.<sup>18)</sup> Gerade im Bereich des Produktgruppenmanagements gibt es dabei einige Fallstricke. So wird vertreten, dass im Rahmen der Vertikal-GVO nur bilaterale Vereinbarungen zwischen Hersteller und Einzelhändler möglich sind, nicht aber Vereinbarungen unter mehr als zwei Parteien.<sup>19)</sup>

Zudem dürfen der Marktanteil des Category Captain (als Anbieter) sowie der Marktanteil des Einzelhändlers (als Nachfrager) jeweils die Grenze von 30 % nicht übersteigen. Dies ist – gerade was den Category Captain angeht – oft nicht unproblematisch, da es mitunter gerade marktstarke Hersteller sind, die das Produktgruppenmanagement übernehmen wollen bzw. sollen. Zusätzlich stellt sich die Frage, auf welchen Markt für die Bemessung der Marktanteile abzustellen ist. Soweit das Category Management im Rahmen der Lieferbeziehung ohne spezifische Gegenleistung erfolgt, wird in der Regel auf den Markt bzw. die Märkte der gelieferten Produkte abzustellen sein.<sup>20)</sup> Nur in Ausnahmefällen dürfte ein gesonderter Markt für Category Management-Dienstleistungen zu betrachten sein.

Weitere Anwendungsvoraussetzung der Vertikal-GVO ist, dass die Vertragsparteien keine Wettbewerber sind. Dies ist in der Regel dann der Fall, wenn der Einzelhändler keine Produkte aus eigener Herstellung und/oder unter eigenen Marken vertreibt. Tritt der Einzelhändler auf Endkundenebene mit eigenen Produkten (bzw. Marken) in den Wettbewerb zu den Produkten des Category Captain, ist eine differenzierte Betrachtung erforderlich. Nach Art. 2 Abs. 4 lit. a der Vertikal-GVO findet diese auch auf vertikale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern Anwendung, wenn die Vereinbarung nicht gegenseitig ist und der Abnehmer kein Wettbewerber des Lieferanten auf Herstellerebene ist. In der Regel wird der Einzelhändler die Produkte, die er unter Eigenmarken vertreibt, nicht selbst herstellen. In den meisten Fällen werden dann sehr gute Gründe dafür sprechen, dass der Einzelhändler nicht als Hersteller gilt.<sup>21)</sup> Selbst wenn jedoch der Einzelhändler im Sinne des Art. 2 Abs. 4 lit. a der Vertikal-GVO als Hersteller einzustufen wäre, bliebe zu prüfen, ob in der konkreten Produktgruppe Hersteller-Marken und Einzelhandels-Marken tatsächlich zum selben Produktmarkt gehören.<sup>22)</sup>

Zu beachten ist allerdings, dass weder die Spürbarkeits-Ausnahme noch die Vertikal-GVO von sämtlichen wettbewerblichen Bedenken befreien. Bestimmte Beschränkungen gelten jedenfalls als spürbar.<sup>23)</sup> Andere gelten auch dann nicht als von der Vertikal-GVO freigestellt, wenn diese anwendbar ist. Bezogen auf das Category Management ist hier vor allem der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern zu nennen.<sup>24)</sup>

Selbst wenn die Vertikal-GVO nicht anwendbar ist und eine Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen einer Category Management-Vereinbarung als spürbar anzusehen ist, kann sie gleichwohl zulässig sein, wenn eine Selbstveranlagung im Rahmen von § 2 Abs. 1 GWB und Art. 101 Abs. 3 AEUV ergibt, dass die erzielten Effizienzgewinne eine (angemessene) Beschränkung des Wettbewerbs rechtfertigen.<sup>25)</sup> Dabei werden die oben unter IV. genannten möglichen Vorteile eine Rolle spielen.

## 2. Boykottverbot und Missbrauchsaufsicht

Im Rahmen der kartellrechtlichen Beurteilung nach § 21 Abs. 1 (Boykottverbot) sowie nach §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV wird es vor allem auf die Billigkeit der Maßnahmen ankommen. Auch dabei können die oben unter IV. genannten Vorteile von Bedeutung sein. Sprechen die Gesamtumstände gegen eine Unbilligkeit der relevanten Maßnahme, ist ein Verstoß unwahrscheinlich, wenn nicht ausgeschlossen. Im Rahmen der §§ 19, 20 GWB bzw. des Art. 102 AEUV tritt hinzu, dass für deren Anwendbarkeit Marktbeherrschung bzw. zumindest eine gewisse Marktstärke des Category Captain erforderlich ist.<sup>26)</sup> Das Verbot des § 21 Abs. 2 GWB, zu kartellrechtswidrigem Verhalten zu veranlassen, dürfte keine Rolle spielen, wenn sich der Category Captain auf Empfehlungen an den Einzelhändler beschränkt.

## VI. Allgemeine Grenzen des Category Management

In der Gesamtschau ergibt sich mithin ein breites Potential von Möglichkeiten, Category Management-Vereinbarungen kartellrechtsneutral zu gestalten. Bestimmte Aktivitäten bzw. Vereinbarungen sind aber – wie dargestellt – in der Regel als (i) spürbar und (ii) unabhängig vom Marktanteil nicht freistellungsfähig anzusehen. Damit ergeben sich Grenzen des Category Management, die in der Regel<sup>27)</sup> eingehalten werden sollten, um einen Kartellrechtsverstoß zu vermeiden.

16) Verordnung Nr. 330/2010 der Europäischen Kommission vom 20.04.2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl. EU L 102/1 vom 23.04.2010.

17) Vertikal-Leitlinien (Fn. 3), Rn. 209.

18) Unter bestimmten Umständen kann der Vorteil der Vertikal-GVO auch entzogen werden; vgl. dazu *Besen/Jorjas*, BB 2010, 1099, 1101 mit dem Beispiel einer kumulativen Wirkung paralleler Exklusivitätsvereinbarungen im Rahmen von Category Management-Verträgen, die einen Großteil des Marktes abdecken.

19) *Schultze/Pautke/Wagener* (Fn. 11), Rn. 50; nicht eindeutig *Wiring*, GRUR-Prax 2010, 332 ff., der rein bilaterale Vereinbarungen empfiehlt.

20) So auch *Besen/Jorjas*, BB 2010, 1099, 1102.

21) *Schultze/Pautke/Wagener* (Fn. 11), Rn. 48. Vgl. dazu auch Vertikal-Leitlinien (Fn. 3), Rn. 27 a. E.

22) Vgl. dazu z. B. Bundeskartellamt, 28.10.2010 – B2-52/10, Edeka/trinkgut, S. 43; Fallbericht vom 19.04.2010 – B2-117/09; Sektoruntersuchung Milch, Endbericht Januar 2012, Rn. 47.

23) Vgl. etwa die in Fn. 15 benannten Bekanntmachungen: Diese stellen hinsichtlich der Spürbarkeit v. a. auf die Marktanteile der beteiligten Unternehmen ab, identifizieren aber Abstimmungsgegenstände, die auch bei geringen Marktanteilen spürbar sein dürften (teils als Kernbeschränkungen bezeichnet). Nach hier vertretener Auffassung können aber auch solche Kernbeschränkungen im Einzelfall de minimis (nicht spürbar) sein. Dies setzt allerdings eine eingehende Analyse der mit der Beschränkung üblicherweise verbundenen Bedenken voraus.

24) Siehe dazu unten VI. 3.

25) Vgl. hierzu v. a. Vertikal-Leitlinien (Fn. 3) Rn. 209 ff und unten VII.

26) Gegenstand der Betrachtung dieses Aufsatzes sind zweiseitige Category Management-Vereinbarungen zwischen einem Hersteller und einem Händler. In den meisten Fällen spielt die Frage der Marktstärke nur in Bezug auf den Category Captain eine Rolle. Allerdings können auch die Händler marktstark sein und dies absatzseitig und (gegenüber dem Category Captain und seinen Wettbewerbern) nachfrageseitig. Das Bestehen von beherrschender Nachfragemacht wird vom Bundeskartellamt etwa in Bezug auf die großen deutschen LEH-Unternehmen erwogen und derzeit im Rahmen einer Sektoruntersuchung näher betrachtet. Gilt der Händler als marktstark oder gar marktbeherrschend bzw. als Teil eines Oligopols, kann dies zu weiteren Aspekten für eine Category Management-Vereinbarung unter §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 102 AEUV führen, denen im Rahmen dieses Aufsatzes nicht weiter nachgegangen wird.

27) Die kartellrechtliche Beurteilung hängt vom Einzelfall ab. Dabei zeigen sich die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt zunehmend für eine erweiterte wirtschaftliche Argumentation offen. Es ist also gut denkbar, dass die im Folgenden aufgezeigten Grenzen in bestimmten Einzelfällen überschritten werden können, ohne sich kartellrechtswidrig zu verhalten. Allerdings würde dies eine eingehende Analyse der konkreten Umstände notwendig machen. Auf solche Sonderfälle geht dieser Beitrag nicht ein, da dies den Rahmen der Darstellung sprengen würde.

### 1. Vorgaben zur Preisen und Produktzusammensetzung, -positionierung sowie Marketing

Der dabei wichtigste Aspekt ist das Verbot der Preisbindung der zweiten Hand.<sup>28)</sup> Vorgaben des Category Captain, wie der Einzelhändler seine Preise (bzw. Preisfaktoren) gestalten soll, sind zu vermeiden.<sup>29)</sup> Dies gilt nicht nur für feste Vorgaben von Fest- oder Mindestpreisen. Namentlich das Bundeskartellamt legt in den letzten Jahren diesbezüglich eine hohe Sensitivität an den Tag.<sup>30)</sup> So können schon Preisempfehlungen kartellrechtlich problematisch werden, wenn sie wiederholt thematisiert werden, mit Druck- oder Lockmitteln verbunden oder von Überwachungsmaßnahmen flankiert werden. Problematisch kann etwa auch die Übermittlung von Kalkulationshilfen oder von Marketingmaterial mit Preisaufdrucken sein. Es ergibt sich damit, dass der Category Captain mit Stellungnahmen zum Endkundenpreis äußerst vorsichtig sein muss, im Zweifel darauf verzichten und sich in jedem Fall auf unverbindliche Empfehlungen beschränken sollte.<sup>31)</sup>

Unter dem Aspekt des Boykottverbots aus § 21 Abs. 1 GWB ist zu beachten, dass der Category Captain nur mit Bedacht zu Produktzusammensetzung, -positionierung sowie Marketing Stellung nehmen sollte, insbesondere soweit Handelsmarken und Marken von Wettbewerbern des Category Captain betroffen sind. Wichtig ist insbesondere, dass sich der Category Captain auf unverbindliche Empfehlungen gegenüber dem Einzelhändler beschränkt.<sup>32)</sup> Optimalerweise liegt ein Benchmark des Einzelhändlers vor, in dessen Grenzen sich der Category Captain bei seinen Empfehlungen hält. Empfehlungen zu Promotion-Aktionen sollten nur allgemein erfolgen (z. B. Zahl/Art), nicht aber bezogen auf einzelne Produkte, Marken, Wettbewerber etc.<sup>33)</sup>

Allgemein gilt für entsprechende Empfehlungen, dass sie weder mit Druck noch mit Anreizen für bestimmte Maßnahmen verbunden sein sollten.<sup>34)</sup> Soweit sich ein Hersteller mit Zahlungen an den Händler in die Position des Category Captain „einkauft“, kann darin ein Indiz dafür gesehen werden, dass der Händler seine Unabhängigkeit ein Stück weit verliert. Daher sollte die Entscheidung für einen Category Captain nicht auf einer solchen Grundlage erfolgen und sollten solche Zahlungen vermieden werden. Kriterien und Ausgangsdaten, auf denen die Empfehlungen beruhen, sollten objektiv, nachvollziehbar und neutral sein.<sup>35)</sup> Der Category Captain sollte die Beratung dokumentieren. Erhöhte Sensitivität ist erforderlich, wenn der Category Captain besonders marktstark ist und/oder der Händler konkurrierende Handelsmarken im Portfolio hat.

28) Vgl. dazu Art. 4 Abs. 1 Vertikal-GVO. Das weitgehende Verbot der Vorgabe von Fest- und Mindestpreisen gilt allerdings auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Vertikal-GVO.

29) CEPC, Recommendation n°deg; 11-01 (Fn. 6) 2.2.2.

30) Vgl. etwa „Vorsitzendenschreiben“ (Fn. 11).

31) Nicht ganz so groß ist die Sensitivität bei Höchstpreisvorgaben bzw. -empfehlungen: Allerdings sind auch diese nicht völlig frei von wettbewerblichen Bedenken, vgl. etwa Vertikal-Leitlinien (Fn. 3) Rn. 226 ff. Um sicher zu gehen, sollte sich der Category Captain zumindest enthalten, Höchstpreisvorgaben oder -empfehlungen in Bezug auf Wettbewerberprodukte bzw. Handelsmarken zu machen.

32) Wiring, GRUR-Prax 2012, 332 ff.; CEPC, Recommendation n°deg; 11-01 (Fn. 6) 2.2.1. Besen/Jorjas, BB 2010, 1099, 1100 und Schultze/Pautke/Wagener (Fn. 11), Rn. 53 vertreten zu Recht, dass solche Empfehlungen bei Anwendbarkeit der Vertikal-GVO als freigestellt gelten. Gilt die Vertikal-GVO nicht, sind besonders die Grenzen der Billigkeit zu betrachten; siehe dazu unten VII. Allerdings ist auch bei Einschlägigkeit der Vertikal-GVO wegen der parallelen Anwendbarkeit des Boykottverbots nach § 21 Abs. 1 GWB das Element der Billigkeit zu beachten.

33) Nach dem „Vorsitzendenschreiben“ (Fn. 11), S. 9 f., liegt in der Abstimmung von Sortiment, Verkaufsstrategie und Werbung zwischen Lieferant und Handel das Risiko einer indirekten Abstimmung zwischen den Handelsunternehmen. Daher sollte diese Abstimmung unterbleiben. Vgl. dazu auch unten VII., letzter Absatz, und dort v. a. Fn. 67.

34) „Vorsitzendenschreiben“ (Fn. 11).

35) Vgl. auch Autorité de la Concurrence, Avis n°deg; 10-A-25 (Fn. 4) Rn. 85 ff.

### 2. Exklusivität

Im Rahmen einer Category Management-Vereinbarung ist es denkbar, dass sich der Händler für eine bestimmte Produktgruppe exklusiv an einen Category Captain bindet. Aus kartellrechtlicher Sicht hat eine solche Bindung Vor- und Nachteile. So verringert eine solche Vereinbarung das hub & spoke-Risiko bezüglich einer Koordination auf Herstellerebene. Allerdings kann sie den Einfluss des Category Captain auf die Absatztätigkeiten des Händlers vergrößern. In den meisten Fällen werden solche Exklusivitätsvereinbarungen als spürbar gelten, da die Marktanteile des Category Captain die relevanten Grenzwerte überschreiten.<sup>36)</sup> Dann ist die Anwendbarkeit der Vertikal-GVO zu prüfen. Diese würde die beschriebene Ausschließlichkeitsregelung bis zu einer Laufzeit von fünf Jahren legitimieren, wenn keine automatische Verlängerung vorgesehen ist. In allen anderen Fällen ist die Frage der Laufzeit der exklusiven Bindung eingehend zu prüfen. Im Zweifel sollte darauf verzichtet werden.

Eine ausschließliche Bindung eines Category Captain an einen Händler, also der umgekehrte Fall, ist eher ungewöhnlich. Auch er bietet aus kartellrechtlicher Sicht Vor- und Nachteile. Insbesondere würde bei dieser Konstellation das Risiko einer indirekten (hub & spoke-) Vereinbarung zwischen verschiedenen Händlern reduziert. Hinsichtlich der Frage der Spürbarkeit gelten die oben beschriebenen Kriterien. Im Rahmen der Vertikal-GVO sollte eine solche Exklusivität möglich sein. Ist die Vertikal-GVO allerdings nicht anwendbar, muss im Einzelfall geprüft werden, inwieweit Exklusivität überhaupt möglich ist oder zumindest zeitlich beschränkt werden sollte.

### 3. Informationsaustausch

Wie bereits oben dargestellt, wird bei einer Category Management-Vereinbarung vor allem das Risiko eines unzulässigen Informationsaustauschs gesehen. Befürchtet werden – daraus resultierend – insbesondere Kollusion und Marktverschlusswirkungen. Vor allem der (direkte oder indirekte) horizontale Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern kann problematisch sein, aber auch der Informationsaustausch im Vertikalverhältnis hat Grenzen.

Auf horizontaler Ebene bestehen die Bedenken vor allem in der Reduktion des Geheimwettbewerbs. Zumindest theoretisch bietet eine Category Management-Vereinbarung die Möglichkeit, auf zwei Ebenen horizontal Informationen auszutauschen (wenn auch nur indirekt): (i) Zwischen dem Category Captain und anderen Herstellern und/oder (ii) zwischen dem Händler, mit dem der Category Captain die Category Management-Vereinbarung geschlossen hat, und anderen Händlern. Bei einer zweiseitigen Produktmanagement-Vereinbarung – so der Verdacht – ist ein Austausch „über Bande“ möglich. So könnte etwa der Category Captain als Marktinformationssystem für verschiedene Händler agieren. Umgekehrt könnten verschiedene Hersteller über einen (oder mehrere) Händler sensitive Daten austauschen.<sup>37)</sup>

36) Soweit weder Category Captain noch Händler eine besondere Marktstellung (Marktstärke) aufweisen und ihre Marktanteile auf den relevanten Märkten unter 5 % liegen, dürfte indes eine entsprechende Bindung in der Regel unproblematisch sein. Je nach Umständen können sogar Marktanteile von knapp 10 % oder knapp 15 % erreicht werden, ohne in einen kartellrechtlich sensitiven Bereich vorzudringen. Siehe dazu die in Fn. 15 genannten Spürbarkeits-Bekanntmachungen.

37) Dabei ist, wie die Autorité de la Concurrence, Avis n°deg; 10-A-25 (Fn. 4) beobachtet hat, auch denkbar, dass mehre Hersteller einen Händler beim Category Management für die selbe Produktgruppe beraten. In diesem Fall ist das Risiko eines indirekten Austauschs zwischen Wettbewerbern noch einmal höher.

## v. Graevenitz – Category Management und Kartellrecht

Als sensitiv gelten unter anderem Daten über Preise (z. B. aktuelle und künftige Preise, Preisnachlässe und -erhöhungen, -senkungen und Rabatte, Margen), Kundenlisten, Produktionskosten, Mengen, Umsätze, Verkaufszahlen, Kapazitäten, Qualität, Marketingpläne, Risiken, Investitionen, Technologien, sowie FuE-Programme.<sup>38)</sup> Die Übermittlung von öffentlichen Daten, die aber aufgearbeitet wurden, kann bei besonderer Qualität der Aufarbeitung bedenklich sein. Gleiches gilt auch für die Weitergabe von Kaufdaten. Die Zulässigkeit ihrer Übermittlung hängt von ihrem Preis sowie der Zugänglichkeit ab.<sup>39)</sup>

Aus Sicht der Europäischen Kommission ist die Schwelle zu einer – kartellrechtlich sensitiven – „abgestimmten Verhaltensweise“ sehr niedrig und sogar „stillschweigend“ möglich.<sup>40)</sup> Eine einseitige Informationsübermittlung (z. B. durch Veröffentlichung) kann genügen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie hat im Jahr 2009 in einer gemeinsamen Stellungnahme mit dem Bundeskartellamt die Auffassung vertreten, dass ein entsprechender Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern im Rahmen einer Category Management-Vereinbarung nicht von der Vertikal-GVO gedeckt ist.<sup>41)</sup> Auch die Europäische Kommission neigt dieser Auffassung zu.<sup>42)</sup>

Der Austausch von Informationen im Vertikal-Verhältnis, d. h. hier zwischen Category Captain und Händler, gilt dagegen als weniger problematisch (soweit nicht die oben beschriebene hub & spoke-Problematik betroffen ist). Es ist selbstverständlich, dass bei einer vertikalen Lieferbeziehung ebenso wie bei einer Category Management-Vereinbarung im Vertikalverhältnis Informationen ausgetauscht werden müssen. Allerdings, sind die Grenzen hier nicht abschließend bestimmt: Der Austausch nicht-sensitiver Daten sollte immer möglich sein. Dies sind insbesondere allgemein zugängliche, ausreichend aggregierte oder historische Daten.<sup>43)</sup> Darüber hinaus sollte die Übermittlung solcher Informationen zulässig sein, die für die Durchführung der Vereinbarung zwingend notwendig sind. Dies gilt selbstverständlich nur, soweit Ziel und Wirkung der Informationsübermittlung im Einklang mit dem Kartellrecht stehen. Die Übermittlung von sensitiven Daten, die für das Category Management weder notwendig noch sinnvoll oder hilfreich sind, dürfte unzulässig sein. Fraglich ist, ob die Übermittlung von Daten zulässig ist, die für das Category Management zwar nicht zwingend erforderlich, aber hilfreich sind.<sup>44)</sup> Zu dieser Frage gibt es keine abschließende Entscheidungspraxis. In der Literatur wird der

sinnvolle Vorschlag gemacht, nach einem „anzuerkennenden Interesse“ abzugrenzen.<sup>45)</sup>

In den meisten Fällen dürfte es sinnvoll sein, wenn der Händler dem Category Captain die endkundenseitig angewendeten Preise und Konditionen nicht kommuniziert. Gleiches gilt für die Preise und Konditionen, die der Händler einkaufsseitig mit anderen Anbietern aushandelt. Händler sollten zudem bei der Übermittlung von POS-Daten zu den Produkten der Wettbewerber des Category Captain zurückhaltend sein. Soweit die Daten allerdings ausreichend historisch sind,<sup>46)</sup> könnten diese nicht mehr sensitiv und ihre Übermittlung damit unproblematisch sein. Seine Marketingpläne und sonstige Verkaufsfördermaßnahmen sollte der Händler in der Regel nicht dem Category Captain kommunizieren.<sup>47)</sup>

Im Zusammenhang mit Empfehlungen oder Vorgaben für Weiterverkaufspreise ergeben sich weitere Beschränkungen des vertikalen Informationsaustauschs: Nach dem „Vorsitzendenschreiben“ besteht etwa eine Grauzone, wenn der Hersteller vom Händler sensible Informationen wie z. B. Preisspiegel oder Kassensbons einfordert oder der Hersteller dem Händler Kalkulationshilfen zur Verkaufspreisberechnung zur Verfügung stellt.<sup>48)</sup> Das Bundeskartellamt sieht darin Indizien für wettbewerbsbeschränkende Absprachen in Bezug auf die Preisbindung der zweiten Hand, d. h. einer unzulässigen Preisabsprache zwischen Hersteller und Händler.

Weitere Grenzen können sich ergeben, wenn der Händler mit eigenen Handelsmarken auf dem Endkundenmarkt tätig ist und so in Wettbewerb zu den Marken des Category Captain tritt.<sup>49)</sup> Dies gilt jedenfalls, wenn die Vertikal-GVO nicht anwendbar ist. Es wird jedoch vertreten, dass die Vertikal-GVO – selbst wenn sie grundsätzlich anwendbar ist – den Informationsaustausch in diesem Fall nicht abdeckt.<sup>50)</sup> Nach hier vertretener Auffassung lässt sich aus Art. 2 Abs. 4 der Vertikal-GVO sowie einem Rückschluss aus den in Fn. 41 und 42 genannten Äußerungen von Bundeswirtschaftsministerium und Europäischer Kommission argumentieren, dass die Vertikal-GVO, wenn sie denn anwendbar ist, den Informationsaustausch zwischen Category Captain und Händler auch dann freistellen sollte, wenn diese zwar Wettbewerber sind, aber die Ausnahme von Art. 2 Abs. 4 lit. a Vertikal-GVO greift. Aber selbst bei dieser Sichtweise wird die Vertikal-GVO keinen umfassenden Schutz darstellen, wenn man dem oben beschriebenen Ansatz des „anzuerkennenden Interesses“ folgt. Insgesamt dürfte es bei dieser Konstellation ratsam sein, den Austausch von Daten zu vermeiden, die zwischen Wettbewerbern als sensitiv gelten, insbesondere Informationen über (geplante) Preisgestaltung, Verkaufsfördermaßnahmen und Marketing.<sup>51)</sup>

Soweit hinsichtlich der Zulässigkeit der Übermittlung bestimmter Daten Zweifel verbleiben, sollte erwogen werden, zusätzliche

38) Leitlinien der Europäischen Kommission zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. EU C 11/1 vom 14.01.2011, Rn. 86; vgl. auch Autorité de la Concurrence, Avis n°deg; 10-A-25 (Fn. 4), Rn. 108.

39) Horizontal-Leitlinien (Fn. 38), Rn. 92. Ausführliche Informationen zu den Grenzen des Informationsaustauschs zwischen Wettbewerbern finden sich in diesen Leitlinien (Fn. 38), Rn. 55 bis 110 und bei Dreher/Hoffmann, WuW 2011, 1181 ff.

40) Vertikal-Leitlinien (Fn. 3) Rn. 25.

41) Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie und des Bundeskartellamtes zum Entwurf einer Verordnung der Europäischen Kommission über die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (Vertikal-GVO) vom 08.10.2009, S. 9.

42) Vertikal-Leitlinien (Fn. 3), Rn. 212 mit Fn. 1 auf S. 43. Die Europäische Kommission bezieht sich in der Fn. 1 nur auf den „direkten Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern“. Gleichwohl besteht ein erhebliches Risiko, dass auch der indirekte Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern (hub & spoke) als nicht von der GVO abgedeckt angesehen werden würde; so wohl auch Schultze/Pautke/Wagener (Fn. 11), Rn. 55.

43) Vgl. dazu Horizontal-Leitlinien (Fn. 38), Rn. 89 ff. und Dreher/Hoffmann, WuW 2011, 1181, 1193 f.

44) Schultze/Pautke/Wagener (Fn. 11), Rn. 59.

45) Wiemer, WuW 2009, 750 ff.; Schultze/Pautke/Wagener (Fn. 11), Rn. 56, 440; zumindest in die gleiche Richtung deutend Autorité de la Concurrence, Avis n°deg; 10-A-25 (Fn. 4), Rn. 98. Der Ansatz des „anzuerkennenden Interesses“ bezieht sich allerdings nur auf Fälle, in denen die Vertikal-GVO greift. Außerhalb des Anwendungsbereichs der GVO ist daher besondere Vorsicht geboten. Allerdings sollte insoweit ein vergleichbarer Ansatz gelten. Im Fall einer Einzelfreistellung nach § 2 Abs. 1 GWB bzw. Art. 101 AEUV kann ebenfalls das Kriterium des „anzuerkennenden Interesses“ ein-

schlägig sein. Wird eine Lösung über das Argument der mangelnden Spürbarkeit gesucht, müsste die entsprechende Beurteilung auch den Informationsaustausch mit einschließen.

46) Je nach Industrie kann das z. B. bei POS-Daten schon nach wenigen Wochen der Fall sein.

47) Aus Sicht der Autorité de la Concurrence, Avis n°deg; 10-A-25 (Fn. 4), Rn. 91 ff., liegt die Problematik vor allem im Informationsvorsprung, den der Category Captain durch das Category Management gegenüber anderen, konkurrierenden Herstellern hat, wenn er vom Händler exklusiv Informationen erhält, die öffentlich nicht oder nicht ohne weiteres zugänglich sind, und er sich damit – auf seiner Absatzseite – gegenüber den anderen Herstellern einen Vorteil verschaffen kann; vgl. dazu auch Dreher/Hoffmann, WuW 2011, 1181, 1193 f.

48) „Vorsitzendenschreiben“ (Fn. 11), v. a. S. 8 f.

49) Wiring, GRUR-Prax 2010, 332 ff.

50) Schultze/Pautke/Wagener (Fn. 11), Rn. 57.

51) Schultze/Pautke/Wagener (Fn. 11), Rn. 57. Siehe auch oben die Ausführungen zu weiteren Themen, die im Horizontalverhältnis zwischen Wettbewerbern in der Regel als sensitiv gelten.

Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Zum einen sollte sichergestellt und dokumentiert werden, dass die beim Category Captain eingehenden Daten nur projektbezogen, also für das Category Management verwendet werden. Eine Möglichkeit ist die Einrichtung eines sogenannten Clean-Teams, also einer organisatorischen Trennung des Category Managements für Dritte beim Category Captain von dessen operativen Vertriebstätigkeiten, insbesondere eine personelle Trennung.<sup>52)</sup> Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass zumindest die Autorité de la Concurrence in Frankreich die Wirksamkeit ähnlicher, von ihr untersuchter Maßnahmen zu bezweifeln scheint.<sup>53)</sup> Zudem gehen die Kartellrechtsbehörden mitunter von der Vermutung aus, dass der Erhalt sensibler Daten mit deren Verwendung für wettbewerbliche Zwecke einhergeht; der entsprechende Gegenbeweis ist nur schwer zu führen.<sup>54)</sup> Schließlich vertreten die Europäische Kommission und das Bundeskartellamt das Dogma, dass das Vorhandensein von Compliance-Vorkehrungen keinen Schutz vor Bußgeldern darstellt (nicht einmal einen Grund zu deren Reduktion), wenn dennoch ein Kartellrechtsverstoß geschieht.

Beim Austausch von Informationen ist daher insgesamt Zurückhaltung sinnvoll.<sup>55)</sup> In jedem Fall ist sicherzustellen, dass ein indirekter Informationsaustausch zwischen verschiedenen Händlern bzw. zwischen dem Category Captain und seinen Wettbewerbern ausgeschlossen ist.<sup>56)</sup>

## VII. Anforderungen an einen marktstarken oder marktbeherrschenden Category Captain

Es ist nicht selten, dass gerade die marktstarken oder gar marktbeherrschenden Hersteller versuchen, bei möglichst vielen Händlern die Rolle des Category Captain einzunehmen. Solche Unternehmen unterliegen gesteigerten kartellrechtlichen Risiken.

Zum einen ist die Vertikal-GVO nicht anwendbar, wenn der Marktanteil des Herstellers die 30 %-Grenze überschreitet.<sup>57)</sup> Zwar ist auch außerhalb der Vertikal-GVO eine Freistellung wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen möglich. Doch ist insoweit eine Selbstveranlagung nach § 2 Abs. 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV erforderlich, die in der Regel sehr aufwendig ist.<sup>58)</sup> Soweit nicht mit mangelnder Spürbarkeit argumentiert werden kann, muss im Rahmen der Selbstveranlagung nachgewiesen werden, dass die wettbewerbsbeschränkenden Elemente des Category Management zu Effizienzgewinnen führen, bei denen die Verbraucherbeteiligung angemessen und der Wettbewerb nicht ausgeschlossen ist. Zudem muss die Unerlässlichkeit nachgewiesen sein. Faktoren bei der wettbewerbsökonomischen Beurteilung dieser Fragen sind die Marktstruktur, der Grad der Marktmacht des Category Captain, seiner Wettbewerber sowie der Händler (als Nachfrager), etwaige parallele Category Management-Tätigkeiten von Wettbewerbern, die Abdeckung des Marktes durch den marktstarken Category Captain,

faktische oder vertragliche Exklusivitäten, die Intensität des Markenwettbewerbs oder Umstellungskosten der Verbraucher.<sup>59)</sup>

Zum anderen tritt bei marktstarken Unternehmen der Aspekt der Missbrauchsaufsicht stärker in den Vordergrund. Ist das Unternehmen marktbeherrschend im Sinne des § 19 Abs. 2, 3 GWB (was auch von den Marktanteilen abhängen kann<sup>60)</sup>) oder zumindest relativ marktbeherrschend im Sinne des § 20 Abs. 2 GWB, unterliegt es den entsprechenden Anforderungen. Allerdings ist die Handlungsfreiheit von (absolut oder relativ) marktbeherrschenden Unternehmen nicht vollständig eingeschränkt. Auch im Rahmen des Category Management sollte die Daumenregel gelten, dass objektive, angemessene Maßnahmen, die nicht unbillig und nicht diskriminierend sind, in der Regel zulässig sein dürften.

Im Rahmen des Category Management liegen die Hauptbedenken darin, dass die Produktgruppen-Vereinbarung dazu führen kann, dass der Markt abgeschottet wird oder Wettbewerber des Category Captain diskriminiert werden. Die Risiken sollten allerdings gering sein, wenn die folgenden Maßgaben beherzigt werden: (1) Kein Verschluss oder Erschwerung des Zugangs der Wettbewerber des Category Captain zum Einzelhändler,<sup>61)</sup> (2) keine Diskriminierung zwischen verschiedenen Händlern durch den Category Captain, (3) keine exklusive Bindung des Händlers an den Hersteller als Category Captain,<sup>62)</sup> (4) Maßhalten bei der Quote der mittels Category Management betreuten Einzelhändler,<sup>63)</sup> (5) keine verpflichtenden Vorgaben durch den Category Captain gegenüber dem Händler, nur Empfehlungen basierend auf objektiven, nachvollziehbar neutralen Kriterien,<sup>64)</sup> (6) Dokumentation der Tätigkeit als Category Captain und (7) Minimierung des Informationsaustauschs.<sup>65)</sup>

Soweit der marktstarke Hersteller mehrere Händler als Category Captain betreut, erhöht dies das Risiko der (stillschweigenden<sup>66)</sup>) Kollusion zwischen den entsprechenden Händlern.<sup>67)</sup> Soweit der Category Captain jedoch die Quote der mittels Category Management betreuten Händler gering hält (und die oben beschriebenen Grenzen des Informationsaustauschs beachtet), sollten entsprechende Vorwürfe unwahrscheinlich sein. In jedem Fall ist es wichtig, dass der Category Captain mit seinen Empfehlungen gegenüber den Händlern nicht zu einer Verein-

60) *Wiring*, GRUR-Prax 2010, 332 ff. ist der Ansicht, dass sich eine Marktbeherrschung allein aus der Position des Category Captain nicht ergeben kann. Zumindest für den unwahrscheinlichen Fall, dass ein eigener Markt für Category Management-Leistungen angenommen wird, ist dies aber nicht völlig auszuschließen. Wenn man auf den Markt für die Produkte abstellt, die der Category Captain an den Händler liefert, kann die Position des Category Captain ein Element zur Begründung der Marktbeherrschung sein. Vgl. dazu Europäische Kommission; 17.11.2010 - COMP/M.5658, Unilever/Sara Lee, Rn. 210, 1040.

61) Die Europäische Kommission klassifiziert die Abschottungswirkung als Markenzwang. Entsprechende Überlegungen enthalten die Vertikal-Leitlinien (Fn. 3), Rn. 210, 132 bis 141.

62) In dem unwahrscheinlichen Fall, dass der Händler unter diesen Umständen auf den Rat mehrerer Hersteller beim Category Management zugreift, mag es ein erhöhtes Risiko der Kollusion zwischen diesen Herstellern geben.

63) Nochmals erhöhte Vorsicht ist geboten, wenn sich kumulative Effekte ergeben, insbesondere wenn der gesamte Markt durch Category Management-Vereinbarungen der großen Hersteller überzogen ist.

64) Vgl. Fn. 32.

65) Siehe dazu oben VI. 3. und insbesondere Fn. 45.

66) Vgl. Autorité de la Concurrence, Avis n&deg; 10-A-25 (Fn. 4), Rn. 107, 119.

67) Autorité de la Concurrence, Avis n&deg; 10-A-25 (Fn. 4), Rn. 104. Streng genommen besteht dieses Risiko auch dann, wenn ein Hersteller mit geringen Marktanteilen bzw. ohne besondere Marktstärke als Category Captain mehrere Händler betreut. Es tritt allerdings bei marktstarken Herstellern in der Regel häufiger auf, da diese häufiger als kleine Anbieter mehrere Händler betreuen. In den Vertikal-Leitlinien (Fn. 3), Rn. 211 sieht die Europäische Kommission dieses Risiko insbesondere dann, wenn ein Category Captain „alle oder fast alle“ konkurrierenden Händler eines Marktes betreut. *Schuitze/Pautke/Wagener* (Fn. 11), Rn. 68 weisen zu Recht darauf hin, dass dabei offen bleibt, was mit „fast alle“ gemeint ist.

52) Entsprechende Maßnahmen beim Händler erscheinen in der Praxis schwerer zu implementieren als beim Category Captain.

53) Autorité de la Concurrence, Avis n&deg; 10-A-25 (Fn. 4), Rn. 110, 119. Dabei ist allerdings offen, ob es nicht Modelle der Abgrenzung gibt, die auch die Autorité de la Concurrence akzeptieren würde.

54) Vgl. dazu *Dreher/Hoffmann*, WuW 2011, 1181, 1185-1188.

55) Ebenso *Schuitze/Pautke/Wagener* (Fn. 11), Rn. 59; Autorité de la Concurrence, Avis n&deg; 10-A-25 (Fn. 4), Rn. 118. Ähnlich CEPC, wenn auch mit tendenziell anderer Begründung *Recommandation n&deg; 11-01* (Fn. 6) 2.1.2: „L'accès à l'information doit être limité à l'objectif recherché, de façon à ne pas créer d'inégalités entre les fournisseurs et les distributeurs.“

56) CEPC, *Recommandation n&deg; 11-01* (Fn. 6) 2.2.4.

57) Auf die Frage, ob der Hersteller marktbeherrschend ist, kommt es insoweit nicht an.

58) Vgl. etwa Fn. 45 zum Informationsaustausch.

59) Vgl. u. a. Vertikal-Leitlinien (Fn. 3), Rn. 209 ff. und Europäische Kommission, 27.05.2005 - COMP/M.3732, Procter & Gamble/Gillette, Rn. 134 ff.



## Meyer – Briefkastenwerbung in Plastikfolie und Gratiszeitungen

heitlichung von deren Absatztätigkeit (namentlich bezogen auf das Marketing) beiträgt.<sup>68)</sup>

## VIII. Hinweise für die Praxis

In den meisten Fällen dürfte es im Zusammenhang mit Category Management-Vereinbarungen sinnvoll sein, darüber hinaus die folgenden Empfehlungen zu beherzigen, um kartellrechtlichen Vorwürfen vorzubeugen oder um sich bei einem kartellrechtlich motivierten Angriff besser verteidigen zu können: (1) Abschluss eines schriftlichen Vertrages mit dem Händler über die Tätigkeit des Category Captain,<sup>69)</sup> (2) Benchmark-Vorgaben des Händlers, die der Category Captain strikt einhält, (3) dauernder Hinweis des Category Captain gegenüber dem Händler, dass er ausschließlich (nicht bindende) Empfehlungen ausspricht (insbesondere, was Wettbewerberprodukte angeht), (4) Beibehaltung der Autonomie des Händlers,<sup>70)</sup> (5) Dokumentation der Tätigkeit als Category Captain, (6) niedrige Beratungsfrequenz, (7) Einführung von Sicherungsmaßnahmen<sup>71)</sup> und (8) Compliance-Schulungen.

Die französische CEPC schlägt in ihren Leitlinien darüber hinaus vor, dass die Existenz eines Category Captain den anderen Marktteilnehmern transparent gemacht wird.<sup>72)</sup> Die Autorité de la Concurrence regt sogar an, schon die Suche nach einem Category Captain öffentlich zu machen.<sup>73)</sup> Diese Maßnahmen können sicher helfen, dem Verdacht kartellrechtswidrigen Verhaltens zuvorzukommen, sollten aber nicht in jedem Fall erforderlich sein.

Wie in diesem Aufsatz dargestellt, ist die Übernahme von Category Management-Tätigkeiten durch Hersteller schon für sich

nicht frei von kartellrechtlichen Bedenken. Wird das Category Management mit anderen Maßnahmen des Vertriebs verbunden, kann es zu weiteren problematischen Effekten kommen.<sup>74)</sup> Allerdings ist daran zu erinnern, dass die Europäische Kommission dem Category Management grundsätzlich positiv gegenübersteht. Soweit die Spielregeln des Kartellrechts beachtet werden, sollte Category Management daher weiterhin sinnvoll möglich bleiben.

68) Vgl. Vertikal-Leitlinien (Fn. 3), Rn. 211; „Vorsitzendenschreiben“ (Fn. 11) S. 9.

69) Autorité de la Concurrence, Avis n&deg; 10-A-25 (Fn. 4), Rn. 129.

70) Dabei sollte dem Leitbild eines „informierten Händlers“ (*Besen/Jorias*, BB 2010, 1099, 1100) gefolgt werden, der sich nicht nur auf die Empfehlungen des Category Captain stützt, sondern auch auf Informationen aus eigenen Quellen. Vgl. dazu Europäische Kommission, 27.05.2005 – COMP/M.3732, Procter & Gamble/Gillette, Rn. 143 ff. Dort hob die Europäische Kommission als positives Indiz hervor, dass sich die Händler in vielen Fällen nicht an die Empfehlungen des Category Captain gehalten haben. Vgl. auch Autorité de la Concurrence, Avis n&deg; 10-A-25 (Fn. 4), Rn. 106 und „Vorsitzendenschreiben“ (Fn. 11); S. 9.

71) Z. B. Vorgaben an die mit dem Category Management für Händler betrauten Mitarbeiter des Category Captain, wie sie auf bestimmte Situationen reagieren, etwa wenn unzulässige Informationen eingehen. Das Unternehmen selbst könnte durch ergänzende Maßnahme die Tätigkeiten der Mitarbeiter überwachen, z. B. durch regelmäßig durchgeführte Audits. In der Regel dürfte es sinnvoll sein, Art, Umfang und Modalitäten der Category Management-Beziehung vor Einführung von einem juristischen Fachmann begleiten und in regelmäßigen Abständen überprüfen zu lassen. Eine Einpassung in etwaige schon bestehende Compliance-Systeme der betreffenden Unternehmen ist unerlässlich.

72) CEPC, Recommandation n&deg; 11-01 (Fn. 6) 2.1.1: „Le principe de la liberté contractuelle et le simple bon sens conduisent à l'idée que des collaborations renforcées ne peuvent être instaurées qu'entre partenaires désireux de travailler ensemble, sans qu'ils aient à motiver leur choix. En revanche, il paraît sage de prévoir que l'existence de MC avec capitaine de catégorie, quelle qu'en soit la forme, dès lors qu'ils ont une certaine ampleur, soit portée à la connaissance du marché.“

73) Autorité de la Concurrence, Avis n&deg; 10-A-25 (Fn. 4), Rn. 102, 128.

74) „Vorsitzendenschreiben“ (Fn. 11).