

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 31

Werbung und Marktleistung

Zu einem Anwendungsfeld
für kartellrechtliche Wettbewerbsregeln

Von

Karl-Ernst Wirtz



Duncker & Humblot · Berlin

KARL-ERNST-WIRTZ

Werbung und Marktleistung

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 31

Werbung und Marktleistung

Zu einem neuen Anwendungsfeld
für kartellrechtliche Wettbewerbsregeln

Von

Dr. Karl-Ernst Wirtz



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1979 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1979 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 04483 5

Vorwort

Dieses Buch soll darauf aufmerksam machen, wie eine informativere und vergleichsfreundlichere Werbung die marktleistungsgesteuerte Erfolgsverteilung im Wettbewerbssystem unterstützen kann. Der Hinweis darauf erscheint nicht zuletzt deshalb angebracht, weil die wettbewerbspolitische Diskussion der letzten Jahre, soweit sie sich auch mit volkswirtschaftlichen Auswirkungen der Absatzwerbung befaßte, nahezu ausschließlich unter dem Blickwinkel des Verbraucherschutzes geführt wurde. Fast scheint darüber in Vergessenheit geraten zu sein, daß unternehmerische Werbung in einer Zeit immer geringer werdender Transparenz der Märkte für die Nachfrager auf die Position der Werbenden nicht nur in der quantitativen Form von Absatzsteigerungen oder -verlusten zurückwirken kann. Auch die branchendurchschnittliche *Qualität* von Werbemaßnahmen beeinflußt die funktionale Wirksamkeit der marktleistungsgekoppelten Einkommenssteuerung und wettbewerblichen Rangverteilung.

Die Hauptthese dieses Buches ist, daß die Position der Marktleistung (Preishöhe, Qualitätsrang, Relation zwischen beiden, Service etc.) im Gefüge der verschiedenen wettbewerblichen Erfolgsregulative durch bestimmte Werbeformen gestärkt oder geschwächt werden kann. Dabei liegt ihr im Einklang mit der administrativ akzeptierten Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs (J. M. Clark, E. Kantzenbach) zugrunde, daß die Marktleistung als Kriterium für Erfolg und Mißerfolg im Markt in einem funktionierenden Wettbewerbssystem eine hervorragende Stellung einzunehmen hat.

Die kartellrechtlichen Wettbewerbsregeln des § 28 Abs. 2 n. F. GWB sind in ihrer speziellen Form sog. Werberegeln oder -abkommen, die von Unternehmen einer Branche vereinbart und angewendet werden können, unter gewissen Voraussetzungen ein taugliches Mittel, die Bedeutung von Marktleistungen zu intensivieren. Für die praktischen Durchsetzungschancen dieses Instrumentariums spielt der Beitrag eine wichtige Rolle, den es zur Erreichung des langfristigen verbraucherpolitischen Ziels einer erhöhten Markttransparenz für die Umworbene leisten kann. Die offenkundige Zielkonvergenz von institutionellem Wettbewerbsschutz und Konsumentenpolitik gewährleistet sehr wahrscheinlich (Erfahrungen liegen noch nicht vor) eine absatzpolitisch günstige positive Aufnahme einer durch leistungsbezogene Regeln beeinflussten

Werbung, wenn sie für die Werbeerreichten hinreichend erkennbar ist.

Nichtsdestoweniger dürfte die Problematik dieser wie auch aller anderen Arten von Wettbewerbsregeln heute vornehmlich in der noch nicht genügend entwickelten Bereitschaft vieler Unternehmen und Unternehmensverbände zu sehen sein, sie verbindlich zu akzeptieren und anzuwenden. Dafür mag in der Mehrzahl der Fälle die relativ unklare gesetzliche Definition der Eintragungsfähigkeit leistungsbezogener Regeln ausschlaggebend sein. Sie aufzuhellen ist deshalb auch das rechtswissenschaftliche Anliegen dieser Studie.

Ich danke Herrn Prof. Dr. Eckard Rehbinder, Frankfurt a. M., Herrn Dr. Heinz Goerke, Frankfurt a. M., dem Zentralausschuß der Werbewirtschaft e. V. (ZAW), Bonn, und dessen ehemaligem Mitarbeiter, Herrn Dr. Georg Wronka, Bonn, für die zahlreichen Anregungen und Hilfen, die mir von ihnen zuteil wurden.

Frankfurt a. M., im November 1978

K. E. W.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung: Zur Problemstellung	11
1.1.	Die Grundannahme: Mangelnde volkswirtschaftliche Funktionalität der Werbung	11
1.2.	Das Untersuchungsfeld: Prüfung der Erfolgsaussichten des kartellrechtlichen Instruments der leistungsbezogenen Werberegeln nach § 28 Abs. 2 n. F. GWB	12
1.3.	Der zugrunde gelegte Werbebegriff	15
2.	Die Zweite Kartellgesetznovelle und die WBRn	17
2.1.	Die Gesetzgebungsphase	17
2.2.	Vorgeschichte	19
2.2.1.	Der Vordergrund: Beseitigung von Auslegungsunklarheiten der alten Fassung	19
2.2.2.	Der Hintergrund: Wettbewerbspolitische Neuorientierung im BMWi	20
3.	Zur Auslegung des neuen § 28 Abs. 2	27
3.1.	Gleichsetzung von „Wettbewerb“ mit „Wettbewerbsverhalten“ ..	27
3.2.	Leistungsgerechtes Wettbewerbsverhalten	27
3.3.	Der Begriff der Wirksamkeit im Kontext des leistungsgerechten Wettbewerbs	33
3.4.	Zur Unterscheidung negativer und positiver leistungsbezogener Wettbewerbsregeln	34
3.5.	Zwischenergebnis	37
4.	Reaktionen der Praxis auf die Erweiterung von § 28 Abs. 2	39
4.1.	Seitens der Wirtschaft	39
4.2.	Seitens des BKartA	43
4.3.	Nach Inkrafttreten der Novelle am 4. Aug. 1973 registrierte leistungsbezogene Werberegeln	47

5.	Absatzwerbung und die Wirksamkeit des leistungsgerechten Wettbewerbs	50
5.1.	Absatzwerbung und Wettbewerb	50
5.1.1.	Absatzwerbung als Wettbewerbshandlung	52
5.1.2.	Marktbeeinflussung im Sinne des § 1 durch Absatzwerbung	59
5.1.2.1.	Werbung und Markttransparenz — die sog. Informationsfunktion der Werbung	60
5.1.2.2.	Werbung und Konzentration	67
5.1.2.3.	Zwischenergebnis	73
5.2.	Absatzwerbung als Faktor der Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbsverhaltens	73
5.2.1.	Der Einfluß der Absatzwerbung auf die Transparenz der Märkte und die Wirksamkeit des leistungsgerechten Wettbewerbs	73
5.2.2.	Markttransparenzneutrale Verdrängung von Leistungsargumenten aus einer Vielzahl von Kundenentscheidungen als Folge verschiedener Formen der sog. Wertwerbung	83
5.2.2.1.	Aggressive Wertwerbung	83
5.2.2.2.	Werbepreisausschreiben und Werberätsel	84
5.2.2.3.	Gratisverlosungen	85
5.2.2.4.	Insbesondere: Werbepreisausschreiben, -rätsel und Gratisverlosungen sowie sonstige aggressive Wertwerbung mit der Zielgruppe des Handels und seines Ein- und Verkaufspersonals	86
5.2.3.	Die Wirksamkeit eines leistungsgerechten Wettbewerbs unter dem Gesichtspunkt konzentrativer Werbeeffekte	87
6.	Werberegeln nach § 28 Abs. 2 als neue Möglichkeit zur selbstdisziplinären Unterstützung einer leistungsgerechten Erfolgsverteilung im Wettbewerbssystem	91
6.1.	Leistungsbezogene Werberegeln und rationales Kundenverhalten	91
6.2.	Werberegeln mit dem Zielobjekt der Markttransparenz	95
6.2.1.	Negativregeln	95
6.2.2.	Positivregeln	96
6.3.	Negativregeln gegen markttransparenzneutrale leistungsferne Wertwerbung	99
6.4.	Werberegeln zur Minderung werbungsbedingter Konzentration ..	101
6.5.	Werberegeln der neuen Art als Regulative der Werbung im Sinne der Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs	102
6.6.	Die Bedeutung des kartellbehördlichen Eintragungsermessens (§ 31 Abs. 1)	105
6.7.	Probleme der Durchsetzbarkeit eingetragener Werberegeln	109

7.	Zusammenfassung und Ausblick	118
	Literaturverzeichnis	123
	Sachregister	130

Abkürzungen

AfP	Archiv für Presserecht
BB	Betriebsberater
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BDZV	Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb
GK	Gemeinschaftskommentar
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Int	International
JbNST	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
MA	Der Markenartikel
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
PI	Produktinformation
RAL	Ausschuß für Lieferbedingungen und Gütesicherung
TB	Tätigkeitsbericht
Vol	Volume
WBR(n)	Wettbewerbsregel(n)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZAW	Zentralausschuß der Werbewirtschaft
ZfhF	Zeitschrift für betriebswissenschaftliche Forschung und Praxis
ZfbF	Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung
ZfNök	Zeitschrift für Nationalökonomie
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVP	Zeitschrift für Verbraucherpolitik

1. Einleitung: Zur Problemstellung

1.1. Die Grundannahme:

Mangelnde volkswirtschaftliche Funktionalität der Werbung

Nicht nur die Höhe¹ der Ausgaben der Unternehmungen in der Bundesrepublik Deutschland für ihre Absatzwerbung bestätigt den hohen Rang innerhalb der Gesamtheit der volkswirtschaftlichen Daten, den diese Form der Absatzförderung einnimmt. Auch die Eigenschaften des Absatzmittels „Werbung“, der Grad seines effektiven Einflusses auf den Absatzerfolg, seine Auswirkungen auf die Marktstellung des einzelnen Unternehmens und seine Konkordanz mit den verschiedensten rechtlichen Bestimmungen finden seit jeher das Interesse der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Disziplinen². Dabei überwog jedoch bislang im großen und ganzen betrachtet die Einzelfallanalyse wirtschaftlich bedeutsamer Eigenschaften der Werbung, sei es aus betriebsökonomischer oder aus gesamtwirtschaftlicher Sicht. Weitgehend vernachlässigt wurde hingegen die kartellrechtliche Würdigung des Wettbewerbsparameters „Werbung“, wie auch die Wettbewerbstheorie sich nur unzureichend mit seinen Markteffekten beschäftigt hat³. Erst die gegen Mitte der sechziger Jahre erstmals erkennbaren neuen wettbewerbspolitischen Akzente⁴ vor dem Hintergrund des Konzepts der Globalsteuerung⁵ führten zu einigen Neuansätzen⁶.

¹ Sie lag 1972 bei ca. 25 Mrd. DM (*Klein-Blenkers / Robl*, Mitteilungen des Instituts für Handelsforschung an der Universität zu Köln 1975, S. 61, 72).

² Vgl. nur aus jüngster Zeit die Arbeiten von *Blume* und *Röper* (Werbung für Markenartikel — Auswirkungen auf Markttransparenz und Preise, Göttingen 1976) sowie von *Loewenheim* (Suggestivwerbung, unlauterer Wettbewerb, Wettbewerbsfreiheit und Verbraucherschutz, GRUR 1975, S. 99).

³ Die letzten Beiträge zu diesem Problemkreis (*Jacob*, Werbung und Wettbewerb: eine theoretische Analyse; *Halbey*, Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Werbebeschränkungen nach § 1 GWB) datieren aus 1966 bzw. 1967.

⁴ Im wesentlichen handelt es sich um das veröffentlichte Ergebnis der Diskussion über das wettbewerbspolitische Leitbild der „Arbeitsgruppe Wettbewerbspolitik“ beim BMWi (abgedruckt bei *Kartte*, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, S. 93 ff.).

⁵ Vgl. zu den Zusammenhängen zwischen der im „Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft“ vom 8. Juni 1967 manifestierten neuen Wirtschaftspolitik der *Globalsteuerung* und dem *GWB Kartte*, Ein neues Leitbild, S. 36 ff., sowie die dort (S. 37 f.) auszugsweise zitierte Rede des damaligen Bundeswirtschaftsministers *Schiller* vom 11. Jan. 1968; ferner *Schlecht*, MA 1976, S. 465.

⁶ Dazu sind neben der Arbeit von *Jacob* (Fn. 3) vor allem *Michaelis*, Wech-

Im Zentrum der allerdings nicht sehr zahlreichen Abhandlungen steht, analog der funktionalen Betrachtung des Wettbewerbs durch die offizielle Wettbewerbspolitik, eine Differenzierung zwischen volkswirtschaftlich erwünschten und negativen Wirkungen der Werbung auf den Zustand der Märkte. Werbeinduzierte Konzentration und Marktintransparenz durch suggestive Werbung, die in den Entscheidungsprozeß der Abnehmer unökonomische Kriterien einfließen läßt, geben dabei wichtige Stichworte ab. Die der Werbung zuteilgewordene wettbewerbstheoretische Beurteilung hat insgesamt ergeben, daß die funktionale Beziehung zwischen Werbung und Wettbewerb nicht immer positiv eingeschätzt wird, sondern teilweise den Zielen der neuen Wettbewerbspolitik ausgesprochen zuwiderläuft⁷.

1.2. Das Untersuchungsfeld: Prüfung der Erfolgsaussichten des kartellrechtlichen Instruments der leistungsbezogenen Werberegeln nach § 28 Abs. 2 n. F. GWB

Ein Schlüsselbegriff der Wettbewerbsdiskussion ist seit jeher der des Leistungswettbewerbs⁸. Wurde er zunächst lediglich im Kontext mit dem Schutz des laueren Wettbewerbs verwendet, bediente man sich seiner im Laufe der Zeit mehr und mehr zur Umschreibung positiver ordnungspolitischer Zielvorstellungen⁹. Der Wettbewerb mit der Leistung in ihren marktmäßigen Erscheinungsformen Preis, Qualität, Service, Lieferbedingungen und dergleichen gilt schlechthin als ideale Form der Konkurrenz und nicht zu zählen sind die Forderungen, diese Art des Wettbewerbs zu sichern und ihr gesetzlich den Vorrang vor leistungsferneren Wettbewerbsformen zu verschaffen¹⁰.

Der Werbung, so wird ausgeführt¹¹, falle dabei vornehmlich die Aufgabe zu, auf die vorhandenen Leistungen der Werbenden hinzuweisen, selwirkungen zwischen wirtschaftlicher Konzentration und Konsumgüterwerbung, Diss. Berlin 1970, und *Gieseler*, Konsumgüterwerbung und Marktstruktur, Freiburg (Brsg.) 1971, zu rechnen.

⁷ Dazu grundlegend *Jacob*.

⁸ Zu diesem Begriff *Ohm*, Definitionen des Leistungswettbewerbs, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik N. F., Bd. 18 (1960), S. 239 ff.; *Freitag*, Der Leistungswettbewerb als rechtliche Denkfigur, Diss. iur. Göttingen 1968; *Dörinkel*, Leistungswettbewerb — Rechtsbegriff oder Schlagwort?, DB 1967, S. 1883 ff.

⁹ Vgl. *Kunisch*, Eintragungsfähigkeit, rechtliche und wirtschaftliche Bedeutung von Wettbewerbsregeln gemäß §§ 28 ff. GWB, Diss. Darmstadt 1968, S. 30 ff. unter Hinweis auf *Böhm* und *Eucken*.

¹⁰ Beispiele sind die Bemühungen um ein „Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs“ im Vorfeld der Verabschiedung des GWB (dazu *Röper*, Zur Verwirklichung des Leistungswettbewerbs, S. 275 ff.) sowie aus neuerer Zeit die „Gemeinsame Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft“ vom Okt. 1975 (MA 1975, S. 464 f.).

¹¹ So zuletzt die *Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel* in

damit potentielle Kunden sich rational im Wege des ökonomisch-sachlichen Vergleichs der Vor- und Nachteile der Angebote entscheiden könnten.

In ausgesprochenem Gegensatz dazu stehe die häufige Praxis der emotionalen Stimulierung und des Versuchs, wirtschaftliche Denkweisen ihrer Adressaten durch subtile Strategien der Verdrängung objektiver leistungsbezogener Marktdaten aus den individuellen subjektiven Entscheidungsprozessen unwirksam werden bzw. erst gar nicht entstehen zu lassen¹². Werbung könne auf diese Weise nicht nur die individuell-ökonomische Entscheidung der Wirtschaftssubjekte, sondern auch die Leistungsbewertung des Wettbewerbs verfälschen. Diese positive Funktion der Auswahl der besten Leistungen durch die Marktgegenseite beruhe auf den leistungsbezogenen, rationalen, kurz: auf den ökonomisch determinierten Wirtschaftsakten der einzelnen Nachfrager. Die wettbewerbliche Steuerungsfunktion der Auswahl der besten angebotenen Leistungen mit ihren vielfältigen Nebeneffekten wie dem Zwang zur Qualitäts- und Preisanpassung und zur Ausschöpfung innovativer Kapazitäten der Unternehmungen könne durch bestimmte Formen der Werbung wesentlich beeinträchtigt werden¹³.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach den Möglichkeiten, mit den vorhandenen gesetzlichen Instrumenten das wettbewerbspolitische Anliegen der Sicherung und Förderung leistungsgerechter Werbung, mehr als bisher geschehen, zu realisieren. Diese Frage drängt sich um so mehr auf, als von der Wirtschaft selbst gerade innerhalb der letzten Jahre Vorstöße unternommen worden sind, entweder selbstdisziplinär oder im Wege des Appells an den Gesetzgeber der Leistungsauslese des Wettbewerbs zu größerer Wirksamkeit zu verhelfen¹⁴.

Hinzu kommt die von der Bundesregierung und allen relevanten politischen Kräften in zunehmendem Maße erkannte Notwendigkeit, die wettbewerblichen Ausgangsbedingungen des unternehmerischen Mittelstandes zu verbessern¹⁵. Die erweiterten Kooperationsmöglichkeiten für

ihrem Gutachten „Wirtschaftlicher und sozialer Wandel in der Bundesrepublik Deutschland“, Göttingen 1977, S. 411 (Förderung der Verbraucherinformation in der Werbung).

¹² Vgl. *Loewenheim*, GRUR 1975, S. 99, insbes. S. 105.

¹³ Ähnlich *Loewenheim*.

¹⁴ So zuletzt mit der zitierten (Fn. 10) „Gemeinsamen Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft“, MA 1975, S. 464, sowie den WBRn des *Markenverbands*, MA 1976, S. 207 (vgl. dazu *Gries*, Hauptgeschäftsführer des Markenverbands, MA 1976, S. 205 ff.). Hierhin gehört auch die Forderung eines gesetzlichen allgemeinen Diskriminierungsverbots innerhalb des „Strukturpolitischen Sofortprogramms“ der *Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels*, vgl. dazu den TB des BKartA für 1975 (BT-Drucks. 7/5390).

¹⁵ Vgl. z. B. die „Grundsätze einer Strukturpolitik für kleine und mittlere Unternehmen“ vom 29. 12. 1970 (BT-Drucks. VI/1666).