

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 43

**Das kartellrechtliche Preis-
und Konditionenbindungsverbot
(§ 15 GWB)**

Von

Raimund Brühl



Duncker & Humblot · Berlin

RAIMUND BRÜHL

**Das kartellrechtliche Preis- und Konditionenbindungsverbot
(§ 15 GWB)**

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 43

**Das kartellrechtliche Preis-
und Konditionenbindungsverbot
(§ 15 GWB)**

Von

Dr. Raimund Brühl



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1982 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65
Printed in Germany
ISBN 3 428 05235 8

*Meinen Eltern
und
meiner Frau*

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung ist unter ihrem ursprünglichen Titel „Der kartellrechtliche Schutz der Vertragsgestaltungsfreiheit durch § 15 GWB“ von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen worden. In ihrem Bemühen, möglichst sämtliche im Zusammenhang mit dem Preis- und Konditionenbindungsverbot interessierenden Fragen zu behandeln, wendet sie sich vor allem auch an die Wirtschaftspraxis. Schrifttum und Entscheidungen der Kartellbehörden und -gerichte sind bis Juli 1982 eingearbeitet.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Professor Dr. Helmut Köhler, der mir die Anregung zu dieser Untersuchung gab und ihren Fortgang in großzügiger Weise unterstützte. Danken möchte ich auch Herrn Professor Dr. Volker Emmerich für seine Verbesserungsvorschläge sowie Herrn Senator Professor Dr. Broermann für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe „Schriften zum Wirtschaftsrecht“.

Bayreuth, im Juli 1982

Raimund Brühl

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-------------------------|----|
| Einleitung | 17 |
|-------------------------|----|

Erstes Kapitel

Systematische Stellung und gesetzlicher Zweck des § 15

| | |
|--|----|
| A. Die systematische Stellung des § 15 | 20 |
| I. Das Verhältnis von § 15 zu § 1 | 20 |
| II. Das Verhältnis von § 15 zu den anderen Vorschriften des Zweiten Abschnitts | 27 |
| 1. Überblick | 27 |
| 2. Das Verhältnis des § 15 zu § 18 | 28 |
| 3. Das Verhältnis des § 15 zu den §§ 20, 21 | 29 |
| III. § 15 und außervertragliche Eingriffe | 30 |
| B. Der Schutzzweck des § 15 | 31 |

Zweites Kapitel

Der Tatbestand des § 15

| | |
|---|----|
| A. Der Erstvertrag | 38 |
| I. Der Unternehmensbegriff | 38 |
| II. Verträge über Waren oder gewerbliche Leistungen | 41 |
| 1. Der Zusammenhang zwischen Wettbewerbsbeschränkung und Austauschvorgang | 41 |
| 2. Die Merkmale im einzelnen | 43 |
| a) Der Vertragsbegriff | 43 |
| b) Waren | 44 |
| c) Gewerbliche Leistungen | 46 |
| B. Der Zweitvertrag | 48 |
| I. Allgemeine Unterschiede zum Erstvertrag | 48 |
| II. Der Gegenstand des Zweitvertrages | 49 |
| 1. Die gelieferten Waren | 50 |
| 2. Andere Waren | 50 |
| 3. Gewerbliche Leistungen | 50 |

| | |
|---|----|
| <i>C. Die Beschränkung in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen</i> | 52 |
| I. Die Person des Gebundenen | 52 |
| II. Der Begriff der Beschränkung | 53 |
| 1. Grundlagen und Gefahren der Auslegung | 53 |
| 2. Die rechtliche Beschränkung | 55 |
| 3. Die wirtschaftliche Beschränkung | 55 |
| a) Das Wesen der wirtschaftlichen Beschränkung | 55 |
| b) Formen der wirtschaftlichen Beschränkung | 59 |
| c) Definition | 62 |
| III. Der Gegenstand der Beschränkung | 62 |
| 1. Preise | 62 |
| a) Der Begriff „Preise“ | 62 |
| b) Einzelfälle | 63 |
| aa) Festpreise | 63 |
| bb) Höchst- und Mindestpreise | 64 |
| (1) Preisuntergrenzen | 64 |
| (2) Preisobergrenzen | 65 |
| (3) Preisspannen | 67 |
| cc) Preisgleichheit | 67 |
| dd) Rabatte | 70 |
| ee) Rückvergütung | 71 |
| ff) Provision | 73 |
| gg) Zugaben gem. § 1 Abs. 2 Buchst. b und c ZugabeVO .. | 73 |
| hh) Richtlinien für die Bewertung in Zahlung genomme- ner Waren | 74 |
| ii) Kosten- und Gewinnbegrenzung | 75 |
| jj) Surrogationsstrategien zur Preisbindung | 75 |
| (1) Kalkulationsklauseln | 76 |
| (2) Werbungsklauseln | 78 |
| (3) Offenlegungs- und Mitspracheklauseln | 80 |
| kk) Meistbegünstigungsklauseln | 81 |
| (1) Der Streit um die Meistbegünstigung | 81 |
| (2) Die verschiedenen Arten der Meistbegünstigungs- klausel und ihre rechtliche Beurteilung | 82 |
| (a) Meistbegünstigungsklauseln ohne Zukunftswir- kung | 82 |
| (b) Das Verbot der Bevorzugung oder Gleichbe- handlung Dritter | 84 |

| | |
|---|-----|
| (c) Das Verbot der Benachteiligung des durch die Klausel Begünstigten | 84 |
| (aa) Der Meinungsstand | 85 |
| (bb) Die Tatbestandsmäßigkeit der Klausel ... | 87 |
| (cc) Ansätze zur Einschränkung der Nichtigkeitsfolge | 91 |
| (dd) Sonderfälle | 95 |
| (d) Die Meistbegünstigung der öffentlichen Hand | 98 |
| II) Baisse-Klauseln | 98 |
| 2. Geschäftsbedingungen | 100 |
| a) Der Begriff „Geschäftsbedingungen“ | 100 |
| b) Einzelfälle | 101 |
| aa) Durchlaufende Preisklauseln | 101 |
| bb) Zahlungsbedingungen | 102 |
| (1) Ratenzahlung | 102 |
| (2) Skonto | 103 |
| (3) Verzugsfolgen | 103 |
| (4) Inzahlungnahme | 104 |
| cc) Frachtbasis | 104 |
| dd) Zugaben gem. § 1 Abs. 2 Buchst. a und d bis g der ZugabeVO | 104 |
| ee) Kunden- und Werkstattdienst | 105 |
| ff) Garantie | 111 |
| gg) Beschränkungen bei Automatenaufstellverträgen (insbesondere der Zustimmungsvorbehalt) | 112 |
| hh) Selbstabholverbot | 116 |
| ii) Durchlaufende Abschlußbindungen | 117 |
| jj) Wettbewerbsverbote | 120 |
| kk) Eigentumsvorbehalt | 121 |
| (1) Einfacher Eigentumsvorbehalt | 121 |
| (2) Verlängerter Eigentumsvorbehalt | 121 |
| (3) Weitergeleiteter Eigentumsvorbehalt | 122 |
| II) Zentralregulierung | 125 |
| D. Die Inlands Klausel | 127 |

Drittes Kapitel

Die Rechtsfolgen

| | |
|--|-----|
| A. Die Nichtigkeit | 132 |
| B. Schadensersatz-, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche | 134 |

| | |
|--|-----|
| I. Die Schutzgesetzeigenschaft des § 15 | 134 |
| 1. Der Verbotscharakter | 134 |
| 2. Der Individualschutzzweck | 136 |
| a) Die Anspruchsberechtigung des gebundenen Unternehmens | 137 |
| b) Die Anspruchsberechtigung Dritter | 139 |
| aa) Die Notwendigkeit einer extensiven Schutzzweckbe- | |
| bestimmung | 139 |
| bb) Die Vertragspartner des gebundenen Unternehmens .. | 140 |
| cc) Die Mitbewerber des bindenden Unternehmens | 141 |
| dd) Die Mitbewerber des gebundenen Unternehmens | 141 |
| II. Schadensersatzansprüche | 142 |
| III. Unterlassungsansprüche | 144 |
| IV. Beseitigungsansprüche | 145 |
| V. Konkurrenz zu anderen Anspruchsgrundlagen | 145 |
| C. Öffentlich-rechtliche Sanktionen und Eingriffsmöglichkeiten | 146 |
| I. Die Ordnungswidrigkeiten | 146 |
| II. Das Untersagungsverfahren | 149 |

Viertes Kapitel

Ausnahmen

| | |
|---|-----|
| A. Gesetzliche Ausnahmevorschriften | 151 |
| I. Die Preisbindung für Verlagserzeugnisse, § 16 | 152 |
| II. Die Sonderregelung der §§ 20, 21 | 153 |
| III. Die kartellrechtlichen Bereichsausnahmen, §§ 99 ff. | 155 |
| 1. Die Verkehrswirtschaft, § 99 | 155 |
| 2. Die Landwirtschaft, § 100 | 156 |
| 3. Kredit- und Versicherungswirtschaft, § 102 | 157 |
| 4. Versorgungswirtschaft, §§ 103, 103 a | 158 |
| B. Unanwendbarkeit des § 15 infolge Nichtbestehens von Gestaltungs- | |
| freiheit | 158 |
| I. Die Geltung des § 15 im Rahmen von Absatzmittlungsverhältnis- | |
| sen | 159 |
| 1. Der Standort der Absatzmittlung als Ursache für die kartell- | |
| rechtliche Problematik | 160 |

| | |
|---|-----|
| 2. Die Subsumtion unter den Wortlaut des § 15 | 161 |
| 3. Die Auffassung des historischen Gesetzgebers | 163 |
| 4. Die rechtliche und wirtschaftliche Stellung der Absatzmittler | 164 |
| a) Der Handelsvertreter | 164 |
| b) Der Kommissionär und der Kommissionsagent | 165 |
| c) Der Vertragshändler | 166 |
| 5. Der privatrechtliche Lösungsansatz | 168 |
| 6. Die Beurteilung der Absatzmittlungsverhältnisse nach dem Gesetzeszweck des § 15 | 169 |
| a) Der Schutz der individuellen Gestaltungsfreiheit | 170 |
| b) Der Schutz des Wettbewerbs | 172 |
| c) Ergebnis | 174 |
| II. Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit durch kartellrechtliche Verbote | 175 |
| III. Vereinbarungen zur Verhinderung unlauteren Wettbewerbsver- haltens | 178 |
| IV. Handelsbräuche | 179 |
| V. Inhaltsbindung und Eigentümerstellung | 179 |
| VI. Inhaltsbindungen in Gebrauchsüberlassungsverträgen | 181 |
| VII. Sonderproblem: Das Verbot der Weitergabe von Mittlerprovisio- nen in der Werbewirtschaft | 183 |
| 1. Die tatsächlichen Gegebenheiten auf dem Werbungsmarkt ... | 183 |
| 2. Das Musterverfahren | 185 |
| 3. Die Diskussion in der Literatur | 188 |
| 4. Die kartellrechtliche Beurteilung des Rückvergütungsverbots | 189 |
| a) Die Subsumtion unter den Wortlaut des § 15 | 189 |
| b) Die Gestaltungsfreiheit der Werbungsmitler/Werbeagen- turen | 190 |
| c) Die Auswirkungen des Rückvergütungsverbots auf den Wettbewerb | 193 |
| <i>C. Einschränkungen des § 15 mit Rücksicht auf andere gesetzliche Wer- tungen</i> | 194 |
| I. Die Ausstrahlungswirkung des § 18 | 194 |
| II. Der Einfluß der §§ 20, 21 auf die Auslegung des § 15 | 196 |
| III. Die Bedeutung von Treu und Glauben im Rahmen des § 15 | 197 |
| <i>D. Weitere Einschränkungen aufgrund allgemeiner, insbesondere wirt- schaftspolitischer Erwägungen?</i> | 197 |
| Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse | 200 |
| Literaturverzeichnis | 204 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---------------|---|
| a. A. | anderer Ansicht |
| Abs. | Absatz |
| a. E. | am Ende |
| a. F. | alte Fassung |
| AG | Amtsgericht |
| AGBG | Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen |
| Anm. | Anmerkung |
| Art. | Artikel |
| AWD | Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters |
| BayObLG | Bayerisches Oberstes Landesgericht |
| BB | Der Betriebs-Berater |
| Bd. | Band |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BKartA | Bundeskartellamt |
| BKartA TB | Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamts |
| BT-Drucks. | Drucksachen des Deutschen Bundestages |
| Buchst. | Buchstabe |
| bzw. | beziehungsweise |
| DB | Der Betrieb |
| Diss. | Dissertation |
| DM | Deutsche Mark |
| e. G. | eingetragene Genossenschaft |
| EWG-Vertrag | Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957 |
| f., ff. | folgende Seite(n) |
| Frankf. Komm. | Frankfurter Kommentar. Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von Kaufmann, Rautmann, v. Hahn, Hoffmann, Frühauf, Lehmann, Erlinghagen und Huber, Köln ab 1958 |
| Fußn. | Fußnote |
| gem. | gemäß |
| Gem. Komm. | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht: Gemeinschaftskommentar, begründet von Hans Müller-Henneberg und Gustav Schwartz, herausgegeben von Werner Benisch, 3. Auflage ab 1972, 4. Auflage ab 1980 |
| GG | Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland |

| | |
|------------------|--|
| Grünekle | Bindungen von Geschäftsbedingungen nach deutschem und EWG-Wettbewerbsrecht, Köln, Berlin, Bonn und München 1966 |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GRUR Ausl. | Auslands- und internationaler Teil von Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) |
| HGB | Handelsgesetzbuch |
| h. M. | herrschende Meinung |
| i. V. m. | in Verbindung mit |
| JuS | Juristische Schulung |
| KartVO | Fünfter Abschnitt der Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26. Juli 1930 (Kartellnotverordnung) |
| KB | Kartellbericht |
| kg | Kilogramm |
| KG | Kammergericht |
| König | Vertikale Preis- und Konditionenbindung nach deutschem und EWG-Kartellrecht, Berlin und Frankfurt 1965 |
| KRT | Ergebnisse der Arbeitstagen der Kartellbehörden |
| LG | Landgericht |
| LKartB | Landeskartellbehörde |
| LKartB Bayern KB | Bericht über Aufgaben und Tätigkeiten der Landeskartellbehörde Bayern |
| MA | Der Markenartikel |
| m. w. N. | mit weiteren Nachweisen |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| Nr. | Nummer |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OWiG | Gesetz über Ordnungswidrigkeiten |
| Pfg/l | Pfennig pro Liter |
| RabattG | Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz) |
| Rdnr., Rdnrn. | Randnummer(n) |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| Rz. | Randziffer |
| S. | Satz, Seite |
| sog. | sogenannte |
| TB | Tätigkeitsbericht |
| Tz. | Textziffer |
| u. a. | und andere; unter anderem |
| usw. | und so weiter |

| | |
|----------|---|
| u. U. | unter Umständen |
| UWG | Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb |
| vgl. | vergleiche |
| v. H. | vom Hundert |
| Vorbem. | Vorbemerkung |
| VPöA | Verordnung PR Nr. 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen vom 21. November 1953 |
| WM/WA | Werbungsmittler/Werbeagenturen |
| WRP | Wettbewerb in Recht und Praxis |
| WuW | Wirtschaft und Wettbewerb |
| WuW/E | Entscheidungssammlung von Wirtschaft und Wettbewerb |
| z. B. | zum Beispiel |
| ZGR | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht |
| Ziff. | Ziffer |
| ZugabeVO | Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutze der Wirtschaft vom 9. März 1932, Erster Teil: Zugabewesen (Zugabeverordnung) |

Einleitung

§ 15 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)¹ bestimmt: „Verträge zwischen Unternehmen über Waren oder gewerbliche Leistungen, die sich auf Märkte innerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes beziehen, sind nichtig, soweit sie einen Vertragsbeteiligten in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen bei solchen Verträgen beschränken, die er mit Dritten über die gelieferten Waren, über andere Waren oder über gewerbliche Leistungen schließt.“

Diese gemeinhin als Verbot der vertikalen Preis- und Konditionenbindung bezeichnete Regelung zählt zu den zentralen Vorschriften des GWB. Ihre große praktische Bedeutung beruht darauf, daß sie die täglich unzählige Male abgeschlossenen gewerblichen Austauschverträge zum Gegenstand hat und mit ihrer Nichtigkeitsfolge unmittelbar auf die Rechtsbeziehungen einwirkt.

Die Erkenntnis, daß die unternehmerische Vertragsgestaltungsfreiheit als eine wesentliche Voraussetzung funktionsfähigen Wettbewerbs gesetzlich geschützt werden muß, ist nicht erst eine Entdeckung des bundesdeutschen Gesetzgebers. Auch schon vor Inkrafttreten des GWB am 1. Januar 1958 wurde dieser Teilbereich der Vertragsfreiheit in Deutschland durch Rechtsnormen geschützt.

Bereits § 1 Abs. 1 der Kartellnotverordnung von 1930² ermächtigte die Reichsregierung in Buchstabe a), „Verträge, ... die Verpflichtungen über die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten, für nichtig“ zu „erklären oder eine bestimmte Art ihrer Durchführung“ zu untersagen, sowie in Buchstabe b), „die Anwendung von Geschäftsbedingungen oder von Arten der Preisfestsetzung“ zu „untersagen, die jemanden in bezug auf die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen rechtlich oder wirtschaftlich beschränken“. Die daraufhin erlassene Ausführungsverordnung über Aufhebung und Untersagung von Preisbindungen vom 3. August 1930³ legte in § 1 Abs. 2

¹ Im folgenden sind alle Paragraphen ohne Gesetzesangabe solche des GWB.

² Fünfter Abschnitt der Verordnung des Reichspräsidenten zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände vom 26. Juli 1930 — Reichsgesetzblatt I S. 328.

³ Reichsanzeiger vom 30. August 1930.

fest: „Die Anwendung von Geschäftsbedingungen wird untersagt, soweit sie den Abnehmer einer Ware

a) für Waren anderer Art oder Herkunft
oder

b) für gewerbliche Leistungen

in bezug auf die Art der Preisfestsetzung und die Forderung von Preisen rechtlich oder wirtschaftlich beschränken.“

Nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs setzten die Besatzungsmächte dieses Prinzip fort, indem sie mittels Dekartellisierungsgesetz übereinstimmend die Festlegung von Preisen und Geschäftsbedingungen verboten⁴. Strenger waren diese Bestimmungen insoweit, als sie auch die Bindung nicht preisbeeinflussender Geschäftsbedingungen für unzulässig erklärten. Bei der praktischen Anwendung erfuhr das Verbot aber nicht unerhebliche Einschränkungen durch die rule of reason und die ancillary clauses⁵. Auch nach der ursprünglichen Fassung des GWB war dem Grundsatz des § 15 die Schärfe dadurch genommen, daß der Gesetzgeber den Herstellern von Markenwaren durch § 16 gestattete, ihre Abnehmer an feste Wiederverkaufspreise zu binden. Erst die Zweite Kartellgesetznovelle von 1973 hat mit der Aufhebung dieses Privilegs der Regelung des § 15 nahezu umfassende Geltung verschafft.

Wettbewerbsrechtliche Vorschriften zum Schutz der Vertragsgestaltungsfreiheit finden sich auch in anderen Rechtsordnungen. Hingewiesen sei nur auf sec. 1 Sherman-Act für die Vereinigten Staaten, § 2 des British Competition Act 1980 sowie auf Art. 50 der Französischen Preisverordnung vom 30. 6. 1945 in der seit 1967 gültigen Fassung. Besondere Beachtung verdient Art. 85 Abs. 1 EWG-Vertrag, der auch auf Preis- und Konditionenbindungsverträge deutscher Unternehmen anwendbar sein kann⁶.

In der Rechtspraxis wie in der Wissenschaft hat die Bestimmung des § 15 lange Zeit ein Schattendasein geführt, weil ihr Anwendungsbereich auf die klassischen Fälle der Preisbindung reduziert wurde. Erst in den letzten Jahren haben neu ersonnene Bindungsstrategien den Kartellbehörden eine gewandelte Einstellung zu dieser Regelung abverlangt und die wissenschaftliche Diskussion belebt. Infolge des geschärften Problembewußtseins sind denn auch einige langjährig unangefochten prak-

⁴ Siehe im einzelnen die Nachweise bei *Grüneklee*, Bindungen von Geschäftsbedingungen in Austauschverträgen nach deutschem und EWG-Wettbewerbsrecht, 1966, S. 68.

⁵ Vgl. *Grüneklee*, S. 68 ff. und *Büntig*, BB 1954, 581.

⁶ Eingehend dazu *Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt*, Kartellgesetz, 6. Auflage 1982 (im folgenden *Langen*), § 15 Rz. EG 76—86; *Grüneklee*, S. 85 ff.; *König*, Vertikale Preis- und Konditionenbindung nach deutschem und EWG-Kartellrecht, 1965, S. 28 ff.

tizierte Abreden im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit § 15 ins Gespräch gekommen. Gleichwohl erscheint der Anwendungsbereich des § 15 noch lange nicht voll ausgeschöpft. Angesichts der zentralen Bedeutung der Vertragsgestaltungsfreiheit sowohl für die Funktionsfähigkeit einer vom Wettbewerb bestimmten Wirtschaftsordnung als auch für unsere von der Privatautonomie getragene Privatrechtsordnung ist zu hoffen, daß die Kartellrechtspraxis sich auch weiterhin neuen Entdeckungen gegenüber offen zeigt.

Die vorliegende Schrift möchte dabei Hilfestellung leisten, indem sie auf der Grundlage einer Bestandsaufnahme der bisherigen Anwendungsfälle über eine kritische Würdigung dieses Materials im Hinblick auf den Gesetzeszweck einerseits und die ökonomischen Gründe und Auswirkungen der betreffenden Abreden andererseits versucht, der Anwendung des § 15 ein sicheres dogmatisches Fundament zu geben.