

Christian Joerges
Eugen Hiller
Knut Holzscheck
Hans-W. Micklitz

Vertriebspraktiken
im Automobil-
ersatzteilsektor

Ihre Auswirkungen
auf die Interessen
der Verbraucher



Verlag Peter Lang

Frankfurt am Main · Bern · New York

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Vertriebspraktiken im Automobilersatzteilsektor :

ihre Auswirkungen auf d. Interessen d. Verbrauch=

cher / Christian Joerges . . . - Frankfurt am

Main ; Bern ; New York : Lang, 1985

(Frankfurter wirtschaftsrechtliche Studien ;

Bd. 4)

ISBN 3-8204-7488-9

NE: Joerges, Christian [Mitverf.]; GT

Bearbeitet haben:

Christian Joerges: Kap. 1, Kap. 3, Kap. 4, 2. u. 4.,
Kap. 5, Kap. 6, English Summary; Eugen Hiller: Kap. 2,
Kap. 4, 1.; Knut Holzschek: Kap. 2, Anhang; Hans-W.
Micklitz: Kap. 4, 3.

ISSN 0723-0427

ISBN 3-8204-7488-9

© Verlag Peter Lang GmbH, Frankfurt am Main 1985

Alle Rechte vorbehalten.

Nachdruck oder Vervielfältigung, auch auszugsweise, in allen Formen
wie Mikrofilm, Xerographie, Mikrofiche, Mikrocard, Offset verboten.

Druck und Bindung: Weihert-Druck GmbH, Darmstadt

VORWORT

Diese Studie entstand im Auftrag der Kommission der Europäischen Gemeinschaft in der Zeit vom Januar bis September 1983. Sie ist nach der Verabschiedung der GruppenfreistellungsVO für den Automobilsektor vom 12. Dezember 1984 überarbeitet worden und befindet sich auf dem Stand vom Februar 1985.

Unsere Untersuchung versteht sich als exemplarische Analyse der verbraucherpolitischen Bedeutung wettbewerbsrechtlicher Regelungen in praktisch-beratender Absicht. Aus diesen konzeptionellen und pragmatischen Zielsetzungen erklärt sich der gewählte Arbeitsansatz. Die Studie beschreibt die komplexen Marktverhältnisse beim Absatz von Kraftfahrzeugersatzteilen (Kap. 2); sie fragt sodann nach den wettbewerbs- und verbraucherpolitischen Grundlagen für die rechtliche Beurteilung des Selektivvertriebs im europäischen Wettbewerbsrecht (Kap. 3) und bietet eine rechtsvergleichende Übersicht zu einschlägigen gerichtlichen und administrativen Stellungnahmen in der Bundesrepublik, in Großbritannien, Frankreich und in den USA (Kap. 4); das 5. Kapitel schließlich setzt sich mit der neueren Grundlagendiskussion zu den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen auseinander. All diese rechtlichen, empirischen und theoretischen Überlegungen bilden die Grundlage für die Stellungnahme zu der GruppenfreistellungsVO der Kommission über Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge.

Kurze Arbeitsfristen entsprechen den Zwängen der praktischen Politik, aber sie sind mit den Bedürfnissen und dem Stil der Wissenschaft schwer vereinbar. Vor allem die Untersuchung der Marktverhältnisse beim Ersatzteilvertrieb ist ein zeitaufwendiges Geschäft. Viele Materialien sind zwar im Prinzip öffentlich zugänglich, aber sie müssen aufgespürt werden, und ihre Bedeutung erschließt sich vielfach erst im Gespräch mit betroffenen Akteuren. Es gibt andere Materialien und Daten, die für uns relevant gewesen wären, zu denen wir aber keinen Zugang fanden – ein Forschungsinstitut verfügt nicht über die Untersuchungsrechte amtlicher Stellen. Es gibt schließlich auch aus verbraucherpolitischer Sicht relevante Zusammenhänge, die erst durch eigene Erhebungen geklärt werden könnten – Zeit und Budget haben uns zur Beschränkung auf Sekundäranalysen der verfügbaren Daten gezwungen.

Die Anmerkungen vor allem zum 2. Kapitel dokumentieren, daß uns für unsere Arbeit vielfältige Hilfen zuteil geworden sind. Unsere Dankeschulden reichen aber noch weiter. Die Thematik der Studie war von Herrn Sidney Freedman (GD XI) angeregt worden; ihre Durchführung haben aber ebenso Herr Gerhard Lohan (GD III) und vor allem Herr Dr. Klaus H. Stöver (GD IV) gefördert. Es ist kaum möglich, alle diejenigen Gesprächspartner auf nationaler und europäischer

Ebene namentlich aufzuführen, die uns zu vielfältigen Interviews zur Verfügung standen oder eine Bearbeitung schriftlicher Anfragen auf sich genommen haben. Besonders hervorheben möchten wir die Kooperationsbereitschaft der deutschen Automobilhersteller, die, ohne jemals ihre eigenen Positionen zu verleugnen, jede nur denkbare Hilfestellung gewährt haben. Eine ebenso vorbehaltlose Unterstützung haben wir daneben – oder in Konkurrenz dazu – beim Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V. sowie bei der Interessengemeinschaft der Werksvertreter für Kfz-Teile e.V. gefunden. Herr Regierungsdirektor Curio vom Bundeskartellamt schließlich hat sich als eine schier unerschöpfliche Informationsquelle erwiesen.

Im Zentrum für Europäische Rechtspolitik hat sich über die gesamte verfügbare Zeit hin Eugen Hiller der Arbeit an der Studie mit größter Intensität gewidmet; sein Anteil beschränkt sich nicht auf die Abschnitte, die er selbst formuliert hat (Kapitel 2, Kapitel 4,1.). Knut Holzcheck war uns bei der Interpretation und Auswertung von Daten behilflich (Kapitel 2, Anhang A und B). Dr. Hans-W. Micklitz hat die Bearbeitung des französischen Rechts übernommen (Kapitel 4,3.), Jane L. Smith, LL. B. Hons., LL. M., hat an dem Abschnitt über Großbritannien (Kapitel 4,2.) beratend mitgewirkt.

Zu danken haben wir schließlich dem Amt für amtliche Veröffentlichung der Kommission für seine Unterstützung der Publikation und den Herausgebern der Frankfurter wirtschaftsrechtlichen Studien für die Aufnahme der Arbeit in ihre Schriftenreihe.

Bremen, im April 1985

Christian Joerges

INHALTSÜBERSICHT

Kapitel 1: Einführung in die Fragestellungen und den Aufbau der Studie	19
Kapitel 2: Phänomenologie des Marktes für Kraftfahrzeugersatzteile	29
Kapitel 3: Wettbewerbspolitische Kriterien und verbraucherpolitische Gesichtspunkte bei der Beurteilung selektiver Vertriebssysteme durch Gerichtshof und Kommission	95
Kapitel 4: Entwicklungstendenzen bei der Beurteilung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen in der Bundesrepublik Deutschland, in Großbritannien, in Frankreich und in den USA	141
Kapitel 5: Wettbewerbs- und verbraucherpolitische Kriterien zur Beurteilung selektiver Vertriebssysteme	267
Kapitel 6: Die GruppenfreistellungsVO für den Automobilsektor vom 12. Dezember 1984	317
Summary: The Commission Regulation (EEC) No 123/85 of 12. December 1984 on automobile distribution and servicing agreements: competition policy objectives and their implications for the consumer interest	353
Abkürzungsverzeichnis	387
Abgekürzt zitierte Schriften	390
Literaturverzeichnis	391

GLIEDERUNG

Kapitel 1: Einführung in die Fragestellungen und den Aufbau der Studie	19
1. Zusammenhänge zwischen Ersatzteilvertrieb, After Sales-Service und Neuwagenabsatz	20
2. Selektiver Vertrieb („vertikale Wettbewerbsbeschränkungen“) und Wettbewerbspolitik	21
2.1. Wettbewerbspolitische Grundlagendiskussion und typische Streitfragen	21
2.2. Konsequenzen für die Anlage der Studie	23
3. Selektiver Vertrieb und Verbraucherinteressen	25
3.1. Wettbewerbspolitik und Verbraucherpolitik	25
3.2. Verbraucherinteressen und Marktprozeß	25
3.3. Verbraucherpolitik und andere Politikbereiche	26
Kapitel 2: Phänomenologie des Marktes für Kraftfahrzeugersatzteile	29
1. Vorbemerkung	29
1.1. Informationsquellen.	29
1.2. Aufbau der Darstellung.	31
2. Produzenten von Kraftfahrzeugersatzteilen.	31
2.1. Der Eigenanteil der Automobilhersteller an der Ersatzteilproduktion	31
2.2. Die Kraftfahrzeugteile-Industrie	35
2.2.1. Historische Entwicklung und heutige Bedeutung der Kraftfahrzeugteile-Industrie	35
2.2.2. „Gebundene“ Zulieferanten	40
2.2.3. „Ungebundene“ Zulieferanten oder Teileproduzenten	40
2.2.4. Nachbauer von Kraftfahrzeugersatzteilen	44
3. Distributionssysteme auf dem Markt für Kraftfahrzeugersatzteile	48
3.1. Selektive Vertriebssysteme der Automobilhersteller	48

3.1.1.	Marktanteile	48
3.1.2.	Mittelbare (indirekte) Bezugsbindungen als Instrument der Absatzsteuerung.	51
3.1.3.	Argumente und Fakten zu den Ersatzteil- bezugsbindungen.	53
3.2.	Der Vertrieb von Ersatzteilen über den „unabhängigen“ Großhandel	61
4.	Selektive Vertriebssysteme der Automobilindustrie und ihre Auswirkungen auf der Endverbraucherstufe	64
4.1.	Preise	64
4.1.1.	Verbraucherendpreise im Neuwagenbereich	65
4.1.2.	Verbraucherendpreise im PKW-Ersatzteilmarkt	67
4.2.	Die Qualität von Kraftfahrzeuersatzteilen	73
4.3.	Die Versorgung des Verbrauchers mit Ersatzteilen	75
Anhang A: Preisentwicklung bei Ersatzteilen		80
1.	Fragestellungen der Untersuchung	80
2.	Methodik der Untersuchung	80
2.1.	Datenbasis	80
2.2.	Untersuchte Autotypen	80
2.3.	Auswahl der Teile	82
2.4.	Rechenmethodik	82
3.	Ergebnisse	83
Anhang B: Unterschiede von Automobilersatzteilpreisen in ausgewählten Ländern der EG		89
Kapitel 3: Wettbewerbspolitische Kriterien und verbraucher- politische Gesichtspunkte bei der Beurteilung selektiver Vertriebssysteme durch Gerichtshof und Kommission		95
1.	Zu den Fragestellungen der Analyse	95
1.1.	Rechtliche Prinzipien und wettbewerbspolitische Grundlagendiskussion.	95

1.2.	Zielsetzungen und Vorgehensweise	97
2.	Die Anwendbarkeit des Art. 85 Abs. 1 EWGV auf vertikale Bindungen	98
2.1.	Das Grundig/Consten-Urteil	98
2.2.	Begründungsschwächen	100
3.	Einschränkungen des Anwendungsbereichs des Art. 85 Abs. 1 EWGV	101
3.1.	Spürbarkeit der Beeinträchtigung	101
3.2.	Qualitative und quantitative Beschränkungen in selektiven Vertriebsystemen	102
3.2.1.	Beispiele qualitativer Selektionskriterien	103
3.2.2.	Quantitative Beschränkungen	105
3.2.3.	Das Metro/Saba-Urteil und die Bedeutung des Intrabrand-Wettbewerbs	106
3.2.4.	Die Parfüm-Fälle	109
3.2.5.	Das Verfahren gegen AEG-Telefunken	111
4.	Handelsfreiheit und Intrabrand-Wettbewerb	113
4.1.	Die Begründung der Regeln gegen Marktaufteilungen	113
4.2.	Die Problematik von Preisregulierung und Besteuerung	115
4.3.	Einwände	117
4.4.	Die Ford-Entscheidung	118
5.	Freistellungen nach Art. 85 Abs. 3 EWGV	121
5.1.	Die VO 67/67 und die neuen VO Nr. 1983 und 1984/83	121
5.2.	Einzelfreistellungen selektiver Vertriebssysteme	123
5.2.1.	Qualitätswettbewerb und selektiver Vertrieb	123
5.2.2.	Selektiver Vertrieb und Wettbewerbsverhältnisse	125
5.2.3.	Intrabrand-Wettbewerb und Handelsfreiheit	127
5.2.3.1.	Parallelimporte	127
5.2.3.2.	Geldbußen und Garantien	128
5.3.	Die angemessene Beteiligung der Verbraucher	129
5.4.	Zwischenergebnisse	130
6.	Die Bedeutung des Art. 86 EWGV für den selektiven Vertrieb	132

6.1.	General Motors und British Leyland	133
6.2.	Lieferpflichten gegenüber Reparaturunternehmen	134
6.3.	Diskriminierende Lieferbedingungen	136
6.4.	Marktsplaltungen marktbeherrschender Unternehmen	137

Kapitel 4:	Entwicklungstendenzen bei der Beurteilung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen in der Bundesrepublik Deutschland, in Großbritannien, in Frankreich und in den USA	141
-------------------	--	------------

1.	Die Kontinuität der Beurteilung des Ersatzteilvertriebs durch die deutsche Rechtsprechung	141
1.1.	Der Begriff „Original“-Ersatzteile und seine Anerkennung durch die deutsche Rechtsprechung	141
1.1.1.	Der „Feldmann“-Prozeß	142
1.1.2.	Der Rechtsstreit „Maaßen/DKW“	147
1.1.3.	Die „Ölfilter“-Entscheidung des BGH	149
1.2.	Die kartellrechtliche Beurteilung von Ausschließ- lichkeitsbindungen beim Ersatzteilbezug	151
1.2.1.	Zur rechtlichen Entwicklung vor 1945.	151
1.2.2.	Ausschließlichkeitsbindungen unter besatzungs- rechtlichen Kartellbestimmungen	152
1.2.3.	Zur rechtlichen Entwicklung unter der Geltung des GWB	153
1.2.3.1.	Die Anerkennung der Ersatzteil-Ausschließlichkeits- bedingungen durch die „Maaßen/DKW“-Entscheidung	153
1.2.3.2.	Die „VW-Original-Ersatzteile II“-Entscheidung des BGH als Bestätigung der in der „Maaßen/DKW“-Entscheidung aufgestellten Grundsätze	157
1.3.	Zur Frage von Ansprüchen der außerhalb der Vertrags- händlersysteme bestehenden Kraftfahrzeugwerkstätten auf Belieferung mit („Original“-)Ersatzteilen gegenüber den Automobilherstellern	161
1.3.1.	Zur Reichweite der Belieferungsansprüche von „freien“ Werkstätten gegenüber den Automobilherstellern.	162
1.3.1.1.	Zum Anspruch der „freien“ Werkstätten auf Belieferung mit „Eigenkonstruktionsteilen“ oder „Captive Parts“	162
1.3.1.2.	Zur Rechtslage bei wettbewerbsgefährdeten Teilen	168
1.3.2.	Zu den Belieferungsansprüchen von „Fremd“- Vertragswerkstätten.	169

2.	Aktuelle Stellungnahmen zu selektiven Vertriebssystemen in Großbritannien.	172
2.1.	Rechtliche Grundlagen	172
2.2.	Die Stellungnahme der Monopolies und Mergers Commission zum Ersatzteilvertrieb und ihre Umsetzung.	174
2.2.1.	Verfahren	174
2.2.2.	Empfehlungen der Kommission und ihre Umsetzung	176
2.2.3.	Der Bericht der Monopolkommission	177
2.2.3.1.	Besonderheiten des britischen Marktes.	178
2.2.3.2.	Gründe für den ausschließlichen Bezug von Ersatzteilen in der Hersteller-Vertragshändler-Beziehung	178
2.2.3.3.	Gründe außerhalb der Hersteller-Vertragshändler-Beziehung.	179
2.2.3.4.	Die Argumentation der Betroffenen und die Erhebungen der MMC zu den Preisen von Kfz-Ersatzteilen	180
2.2.3.5.	Monopolisierung und öffentliches Interesse.	181
2.2.4.	Kommentar	184
2.2.4.1.	Wettbewerbs- und verbraucherpolitische Bedenken	184
2.2.4.2.	Grenzen des Preisvergleichs	186
2.3.	„Refusal to Supply“: Raleigh Ltd, RE W.M. Still und Ford Motor Co. Ltd.	186
2.3.1.	Das selektive Vertriebssystem von Raleigh	187
2.3.1.1.	Der Bericht des DGFT	188
2.3.1.2.	Die Stellungnahme der MMC	189
2.3.2.	Das Ersatzteil- und Kundendienstsystem von Still & Sons Ltd.	189
2.3.3.	Die Untersuchung gegen die Ford Motor Co. wegen der Monopolisierung des „Body Parts“-Geschäfts	191
3.	Zivilrechtliche und kartellrechtliche Maßstäbe bei der Beurteilung selektiver Vertriebssysteme in Frankreich	194
3.1.	Besonderheiten des französischen Ersatzteilmarkts.	196
3.2.	Rechtliche Grundlagen der Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen in Frankreich	197
3.2.1.	Le Refus de Vente (Verkaufsverweigerung)	198
3.2.2.	Les Ententes Illicites (Kartellverbote)	203
3.2.3.	La Commission de la Concurrence – Kartellkommission.	205
3.3.	Beurteilung selektiver Vertriebssysteme unter dem Aspekt der Refus de Vente – Rechtsprechung und Lehre	208
3.3.1.	Anerkennung der Ausschließlichkeitsbindung – Concession exclusive – Das Brandt-Urteil vom 11.7.1962	209

3.3.2.	Ausdifferenzierung: Le Service rendu au Consommateur – Haute technicité, haute qualité et produits de marque	212
3.3.3.	Konkretisierung: das Gegenseitigkeitserfordernis in der Rechtsprechung – La réciprocité	214
3.3.3.1.	Gebietsschutzklauseln	215
3.3.3.2.	Konkurrenzverbot des Händlers	216
3.3.4.	Anerkennung der selektiven Vertriebsbindung – Die Duo-Entscheidung des Cour de Cassation Criminelle vom 3.11.1982.	217
3.4.	Beurteilung selektiver Vertriebssysteme unter dem Aspekt der Ententes Illicites in Rechtsprechung, Lehre und in den Gutachten der Commission de la Concurrence	219
3.4.1.	Anwendbarkeit des Art. 50 auf selektive Vertriebssysteme	220
3.4.2.	Auswirkung des Circulaire Fontanet in den Kriterien zur Beurteilung von Ausschließlichkeitsbindungen	222
3.4.2.1.	Gebietsschutzklauseln	224
3.4.2.2.	Marktmacht des Händlers/Lieferanten	226
3.4.2.3.	Preisbindung und Preisempfehlung in selektiven Vertriebssystemen	227
3.4.3.	Abkehr vom Circulaire Fontanet und Hinwendung zu qualitativen und quantitativen Beurteilungskriterien.	229
3.4.3.1.	Anerkennung qualitativer und quantitativer Beurteilungskriterien – Montres, 1.7.1982	229
3.4.3.2.	Ausdifferenzierung qualitativer und quantitativer Beurteilungskriterien – Parfums, 28.12.1984	231
3.5.	Beurteilung von Bezugsbindungsklauseln für Ersatzteile in Automobilhändlerverträgen – Pièces Détachées, 5.4.1984	233
3.5.1.	Sachverhalt und Entscheidungsgründe	233
3.5.2.	Stellenwert des Gutachtens im Kontext der Recht- sprechung und anderer Aktivitäten der Commission de la Concurrence zur Beurteilung von selektiven Vertriebsbindungen	235
3.6.	Einschätzung	237
3.6.1.	Verhältnis der Art. 37-1-a und Art. 50 zueinander	237
3.6.2.	Perspektiven der Fortentwicklung von selektiven Vertriebssystemen	238
3.6.3.	Verbraucherschutz in selektiven Vertriebssystemen	239
4.	Amerikanisches Antitrustrecht	241
4.1.	Die Politik der Reagan-Administration gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen	241

4.1.1.	Ökonomische Effizienz, Konsumentenwohlfahrt und die Preisbindung der Zweiten Hand	242
4.1.2.	Nicht-preisbezogene vertikale Wettbewerbsbeschränkungen	245
4.1.2.1.	Alleinvertrieb („Exclusive Dealing“)	245
4.1.2.2.	Koppelungsabreden („Tying Arrangements“)	246
4.1.2.3.	Gebietsschutz	248
4.2.	GTE Sylvania, Spray-Rite und Dr. Hyde	250
4.2.1.	GTE Sylvania	250
4.2.2.	Spray-Rite	252
4.2.3.	Dr. Hyde	253
4.3.	Neuere Rechtsprechung zum Vertrieb von Automobil-Ersatzteilen.	254
4.3.1.	Technical Learning Collecitve, Inc. and Lad Mills, Inc. v. Daimler-Benz Aktiengesellschaft and Mercedes-Benz of North America, Inc..	255
4.3.2.	United States v. Mercedes-Benz of North America, Inc..	257
4.3.3.	Metrix Warehouse, Inc. v. Daimler-Benz Aktiengesellschaft and Mercedes-Benz of North America, Inc..	258
4.3.4.	The Mozart Co. v. Mercedes-Benz of North America, Inc.	262
4.3.5.	General Motors Corp..	262

Kapitel 5: Wettbewerbs- und verbraucherpolitische Kriterien zur Beurteilung selektiver Vertriebssysteme 267

1.	Verbraucherprobleme im After Sales-Geschäft	267
1.1.	Sicherheitsinteressen	268
1.2.	Qualitätssicherung	269
1.3.	Preistransparenz	272
1.4.	Distribution	273
1.5.	Reparaturarbeiten	273
1.6.	Die Verkoppelung der Leistungskomponenten und die soziale Schichtung der Verbraucher	275
1.7.	Verbraucherprobleme und Wettbewerbspolitik	276
2.	Wettbewerbstheorie	277
2.1.	Ökonomische Effizienz und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen	278
2.1.1.	Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als Instrumente zur Förderung der Konsumentenwohlfahrt.	279

2.1.2.	O.E. Williamsons „Transaktionskostenanalyse“ und die „Economics of Governance Structures“	281
2.1.3.	Die Rezeption der New Economics im europäischen Wettbewerbsrecht	284
2.1.3.1.	Qualitative und quantitative Selektion.	284
2.1.3.2.	Koppelungsgeschäfte	285
2.1.3.3.	Der Schutz der unternehmerischen Freiheit des Handels und der Intra- und Inter-Gruppenkonflikte	286
2.1.3.4.	Preisdiskriminierung, Preisdifferenzierung und Exportverbote	286
2.1.4.	Kritik	287
2.1.4.1.	Ökonomische Effizienz und Konsumenteninteressen	288
2.1.4.2.	Die Transaktionskostenanalyse Williamsons	289
2.2.	Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit	290
2.2.1.	Die Kritik von Ausschließlichkeitsbindungen und Koppelungsverträgen	291
2.2.2.	Heidrichs Theorem vom „Superzeichen“	291
2.2.2.1.	Marktsplaltung als willkürliche Machtausübung.	292
2.2.2.2.	Die Funktion von vertikalen Bindungen im Austauschprozeß.	293
2.2.3.	Die pragmatische Variante des „marktprozeß-theoretischen“ Konzepts.	295
2.3.	Die Theorie des Gruppenwettbewerbs	297
2.3.1.	Kontraktmarketing und Wettbewerbspolitik	297
2.3.2.	Empirische Belege	299
2.3.3.	Einwände.	300
2.3.3.1.	Intra- und Inter-Gruppenkonflikte	301
2.3.3.2.	Verbraucherzufriedenheit	302
2.4.	Funktionsfähiger Wettbewerb	303
2.4.1.	Gesamtwirtschaftliche Beurteilungskriterien	304
2.4.1.1.	Indikatoren für Wettbewerbsstörungen	305
2.4.1.2.	Vorbehalte.	307
2.4.2.	Effective Competition	308
2.5.	Allgemeine Schlußfolgerungen zur Beurteilung selektiver Vertriebssysteme im europäischen Wettbewerbsrecht	309
2.5.1.	Qualitätswettbewerb, selektiver Vertrieb, Wettbewerbsintensität und der Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 1 EWGV.	310
2.5.1.1.	Legalisierungen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen ohne Freistellungsentscheidung	310
2.5.1.2.	Preisbindungen	312
2.5.1.3.	Absoluter Gebietsschutz	313

2.5.2.	Die Handhabung des Art. 85 Abs. 3 EWGV	314
2.5.2.1.	Vermachtete Märkte und uniforme Vertriebssysteme	314
2.5.2.2.	„Convenience Goods“ und „Non-Convenience Goods“	315
2.5.2.3.	Die „angemessene Verbraucherbeteiligung“ und das Verhältnis von Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik	316

Kapitel 6: Die GruppenfreistellungsVO für den Automobilsektor vom 12. Dezember 1984. 317

1.	Zur Entstehungsgeschichte der GruppenfreistellungsVO	318
2.	Der wettbewerbspolitische Regelungsansatz der GruppenfreistellungsVO	320
2.1.	Die allgemeine wettbewerbspolitische Problematik von GruppenfreistellungsVO	320
2.2.	Wettbewerbsverhältnisse und Marketingstrategien	321
2.2.1.	Wettbewerbsbedingungen und Marktabgrenzungen.	321
2.2.2.	Die „Bündeltheorie“ der Automobilhersteller und ihr Verhältnis zur GruppenfreistellungsVO	322
2.2.3.	Die Homogenität der Vertriebssysteme	324
3.	Der Exklusivvertrieb als Leitbild des Neuwagenabsatzes	325
3.1.	Die Rechtfertigung des Exklusivvertriebs	326
3.2.	Die wettbewerbs- und verbraucherpolitische Problematik des Exklusivvertriebs	326
4.	Der Ersatzteilvertrieb und der Wettbewerb im Reparaturgeschäft	328
4.1.	Die Öffnung der Vertragswerkstätten für konkurrierende Ersatzteilanbieter.	328
4.1.1.	Interessengegensätze auf der Anbieterseite	328
4.1.2.	Die wettbewerbs- und verbraucherpolitische Problematik der Bezugsbindung für wettbewerbsgefährdete Teile.	330
4.1.3.	Die Konfliktschlichtungsregel des Art. 3 Nr. 4.	331
4.1.4.	Rabatte	333
4.1.5.	Einseitige Vorausschätzungen und Hinweispflichten.	333
4.1.6.	Alternativen	334
4.1.6.1.	Bezugsfreiheit und Hinweispflicht.	334
4.1.6.2.	Preisobergrenzen	335
4.1.6.3.	Einwände.	336

4.2.	Die Wettbewerbsfähigkeit nicht-gebundener Werkstätten.	337
4.2.1.	Die Vertriebsregelungen der GruppenfreistellungsVO für Eigenkonstruktionsteile	338
4.2.2.	Die Belieferung unabhängiger Werkstätten	338
4.2.3.	Reaktionsmöglichkeiten des europäischen Wettbewerbsrechts . . .	339
5.	Händlerschutz und Intrabrand-Wettbewerb.	341
5.1.	Die wettbewerbspolitische Begründbarkeit von Händlerschutzregelungen.	341
5.2.	Schutz des Intrabrand-Wettbewerbs und Vertragsgerechtigkeit	343
6.	Territoriale Preisdifferenzierungen und der Preiswettbewerb im Automobilsektor	345
6.1.	Neuwagen	345
6.1.1.	Die Vorschriften zur Sicherung der Freiheit des innergemeinschaftlichen Handels.	345
6.1.2.	Die integrations- und wettbewerbspolitische Problematik des ursprünglichen Entwurfs und der jetzigen Regelung.	347
6.2.	Territoriale Preisdifferenzen bei Ersatzteilen.	349
6.2.1.	Wettbewerbsgefährdete Teile	350
6.2.2.	Angebotsmonopole bei Ersatzteilen	352

<i>Summary: The Commission Regulation (EEC) No 123/85 of 12. December 1984 on Automobile Distribution and Servicing Agreements: Competition Policy Objectives and their Implications for the Consumer Interest.</i>	<i>353</i>
---	------------

1.	Consumer policy objectives and competition policy: some preliminary remarks.	353
1.1.	Consumer problem and economics of information	354
1.2.	Consumer policy	355
1.3.	Competition policy	356
1.3.1.	Economic analysis of vertical restraints	356
1.3.2.	Competition as a „discovery procedure“	358
1.3.3.	„Workable“ and „effective“ competition.	358
1.4.	Consumer interests, competition policy and other policy objectives	359

2.	The manufacturers' marketing strategy, consumer interests, and competition policy.	361
2.1.	The manufacturers' marketing concepts.	361
2.2.	The „package“ theory, competition policy and the consumer interest.	362
2.3.	The Commission's position	364
2.3.1.	Competitive conditions in the car market.	365
2.3.2.	Competitive conditions in the spare parts market.	365
3.	Exclusive distribution schemes.	366
3.1.	Exclusive dealing and the consumer interest	367
3.2.	Exclusive dealing and competition policy.	368
4.	After-sales services.	369
4.1.	Consumer problems	369
4.2.	The access of competing spare parts suppliers to authorized dealers networks	370
4.2.1.	Conflicts of interest	371
4.2.2.	The settlement of conflicts by Art. 3 No 4.	372
4.2.3.	The customer's interest in price competition.	373
4.3.	The competitive position of non-authorized workshops	376
4.3.1.	The supply of non-authorized workshops.	376
4.3.2.	Possibilities for a reaction by European competition law.	377
5.	Dealer protection	379
6.	Price differentials in the car sector	380
6.1.	The shift in the Commission's position	380
6.2.	Safeguards for personal imports	382
6.3.	Industrial policy, competition policy and consumer interests.	383
7.	Price differentials in the spare parts market	383
7.1.	Competitive parts	384
7.2.	Captive parts	386

Kapitel 1:

EINFÜHRUNG IN DIE FRAGESTELLUNGEN UND DEN AUFBAU DER STUDIE

Die Aufgabe dieser Studie ist, gelinde gesagt, komplex. Dies gilt zunächst für ihren Gegenstand: Für den Vertrieb von Kfz-Ersatzteilen haben sich unterschiedliche Distributionsformen herausgebildet, deren Vielfalt sich wechselseitig bedingt und deren Ausgestaltung überdies sowohl mit den Vertriebssystemen für Neuwagen als auch mit dem Reparaturservice zusammenhängt. Dies gilt aber auch für die Entwicklung von Beurteilungskriterien: Für den Aufbau von Vertriebssystemen sind Marketingüberlegungen ausschlaggebend, die den Absatz der einzelnen Unternehmen bis zur Endverbraucherstufe hin zu planen haben. Die Frage, ob oder in welchem Ausmaß die Wettbewerbspolitik die Planungsspielräume respektieren soll, die von den Unternehmungen mit ihren Marketingstrategien in Anspruch genommen werden, berührt Grundfragen der Wettbewerbstheorie und -politik. Und die Antworten auf diese Fragen sind zugleich von entscheidender Bedeutung für die Aufgaben der Verbraucherpolitik: In dem Maße, in dem die Wettbewerbspolitik die Planungsinteressen der Hersteller respektiert, stellt sich für die Verbraucherpolitik die Anschlußfrage, ob sie diese Enthaltensamkeit durch einen Ausbau spezifisch verbraucherpolitischer Maßnahmen kompensieren muß. Damit ist zugleich die dritte Problemdimension dieser Studie angesprochen: Während die Marketingstrategien, die den Aufbau der Vertriebssysteme bestimmen, sich längst von nationalstaatlichen Bindungen gelöst haben, verfügt das Recht nur in den Wettbewerbsregeln der EG über ein genuin transnationales Regulierungsinstrument. Deshalb wird diese Studie auch der Frage nachzugehen haben, ob eine Aufgabenteilung zwischen Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik, wie sie in den nationalen Rechtsordnungen möglich oder gar empfehlenswert ist, auch für das Europarecht in Betracht kommt oder ob nicht vielmehr dessen Wettbewerbsregeln stärker als das staatliche Recht auf spezifisch verbraucherpolitische Anliegen Rücksicht zu nehmen haben. — Alle diese Vorüberlegungen sind gewiß noch sehr abstrakt. Aber sie dürften die Themen dieses einleitenden Kapitels hinlänglich bezeichnen und die Notwendigkeit einer solchen Einleitung zur Genüge dartun: Es geht im folgenden um eine systematische Übersicht zu den in dieser Studie behandelten Fragen und um eine Begründung des gewählten Aufbaus, die zugleich den inhaltlichen Zusammenhang der einzelnen Kapitel erläutern soll.

1. Zusammenhänge zwischen Ersatzteilvertrieb, After-Sales Service und Neuwagenabsatz

Die Frage nach den Auswirkungen der Vertriebssysteme von Kraftfahrzeug-Ersatzteilen auf die Interessen von Verbrauchern berechtigt zu einer wichtigen Eingrenzung: diese Studie befaßt sich mit den Ersatzteilen für PKW und vernachlässigt den gesamten Markt für Nutzfahrzeuge. Diese Eingrenzung trägt dem Umstand Rechnung, daß die Verbraucherpolitik sich nicht für die Wettbewerbsverhältnisse und Absatzbedingungen eines Wirtschaftssektors insgesamt, sondern für die spezifischen Probleme privater Endverbraucher zu interessieren pflegt. Die Konzentration auf diese Problematik hat die weitere Konsequenz, daß auch der PKW-Bereich nur gleichsam selektiv erfaßt wird, daß also namentlich die Ersatzteilversorgung für kommerziell genutzte PKW vernachlässigt wird. Diese Einschränkung hat ihren sachlichen Grund. Der Informationsstand und das Entscheidungsverhalten, das auf seiten der Anbieter und ihrer „professionellen“ Abnehmer vorausgesetzt werden darf, kann von dem „typischen“ Konsumenten nicht ohne weiteres erwartet werden.

Den genannten Eingrenzungen, die sich aus dem Untertitel dieser Studie ergeben, stehen für deren Obertitel unvermeidbare Erweiterungen gegenüber. Vor allem die Automobilhersteller – aber nicht nur diese, sondern auch ein großer Teil der einschlägigen Literatur – machen geltend, daß die Ersatzteilversorgung als Teil des After-Sales Service und dieser wiederum im Zusammenhang mit dem Neuwagenabsatz gesehen werden müsse, daß es sich hier nur um drei Komponenten eines abgestimmten und insofern einheitlichen Leistungsangebots handle. Unabhängig davon, was von dieser Argumentation zu halten sein mag, läßt sich jedenfalls nicht bestreiten, daß sie de facto von den PKW-Herstellern mehr oder weniger konsequent beim Aufbau ihrer Vertriebssysteme befolgt wird und dadurch die Einheitlichkeit des „Leistungsbündels“ zu den realia des Ersatzteilvertriebs gehört, mit dem die konkurrierenden Vertriebsformen sich praktisch auseinandersetzen müssen, die aber auch jede theoretische Analyse zur Kenntnis zu nehmen hat. Damit soll nun aber keine Überschreitung des Arbeitsauftrags dieser Studie angekündigt werden: Dies ist keine Untersuchung des Vertriebssystems für Neuwagen und ebensowenig eine Auseinandersetzung mit den Dienstleistungs-Komponenten des After-Sales Service. Die Zusammenhänge dieser Komponenten interessieren vielmehr nur, soweit sie die Ausgestaltung der Vertriebssysteme für Ersatzteile in dem „gebundenen“ Teil des Marktes unmittelbar prägen und sich mittelbar in den anderen Marktsegmenten auswirken.

2. Selektiver Vertrieb („vertikale Wettbewerbsbeschränkungen“) und Wettbewerbspolitik

Selektive Vertriebssysteme sind unternehmerische Antworten auf Entscheidungsprobleme, die für zahllose Güter vor allem des sog. aperiodischen Bedarfs gefunden werden müssen. Die „Selektivität“ des Absatzweges und alle Maßnahmen, die zur näheren Ausgestaltung des Angebots ergriffen werden, haben m.a.W. aus der Sicht des Herstellers einen bloß instrumentellen Charakter: sie stehen im Dienst einer spezifischen Marketingstrategie. Die Frage, ob und in welchem Ausmaß die Wettbewerbspolitik sich diese Sichtweise zu eigen machen soll, ist seit Jahren Gegenstand intensiver theoretischer und praktischer Auseinandersetzungen.

2.1. Wettbewerbspolitische Grundlegendiskussion und typische Streitfragen

Die Themen dieser Auseinandersetzung sind – ungeachtet aller nationalen Differenzen der Kartell-, Antitrust- und Wettbewerbsrechte – weitgehend identisch. Das ist gerade im hier interessierenden Sektor alles andere als überraschend. Die Absatzplanung der Unternehmungen orientiert sich, wenn auch in differenzierender Weise, an einem internationalen Markt und die den Automobilherstellern beim Ersatzteilvertrieb gegenüberstehenden Konkurrenten erfüllen ökonomisch im Prinzip gleichartige Funktionen.

Zu den international am heftigsten diskutierten Streitpunkten gehört die „Autonomie“ der Distributionsebene: Soll die Wettbewerbspolitik die Eigenständigkeit des Handels schützen und dadurch die Entwicklung neuer Distributionsformen fördern oder soll sie die Ausgestaltung der Distribution der Herstellerseite überlassen? Die Auseinandersetzung um diese Frage hat den Neuwagenabsatz selbst in Europa bislang kaum insgesamt erreicht. Aber sie ist für die Stellungnahme zu den Bindungen relevant, die den Vertragshändlern durch die Hersteller im After-Sales Geschäft, vor allem beim Bezug von Ersatzteilen, auferlegt werden. Die Bündelung von Neuwagenabsatz, Ersatzteilvertrieb und Reparaturservice in der Marketingphilosophie der Automobilhersteller berührt eine zweite, nicht nur für die Wettbewerbstheorie, sondern darüber hinaus für die Mikroökonomie allgemein relevante Problematik. Aus der Sicht der Hersteller fügen sich alle drei genannten Komponenten zu einem „Gut“ (einer einheitlichen Angebotsleistung) zusammen. Aus der Sicht der Teileindustrie, die diese umfassende Angebotsleistung nicht erbringt und nicht erbringen kann, bilden dagegen Ersatzteile selbständige Güter, und im Reparaturbereich existieren Anbieter, die mit ihren Dienstleistungen (und nicht mit dem Ersatzteilhandel) konkurrieren. Die Wettbewerbspolitik kommt daher nicht umhin, zu diesen kontroversen Bestimmungen von Gütern und Märkten Stellung zu nehmen: Nur dann, wenn man an der Selbständigkeit der Komponenten des Leistungsangebots festhält, kann man

dessen Verkopplung als potentielle Wettbewerbsbeschränkung bezeichnen. Eine dritte hiermit zusammenhängende Problematik betrifft die Strategie der Produktdifferenzierung. Die selektiven Vertriebssysteme sollen ja ein spezifisches Angebotsprofil gegenüber den Konsumenten zur Geltung bringen und dabei nicht nur die technische Funktionstauglichkeit, sondern auch den das Produkt begleitenden Service und dessen Image sichern. Wettbewerbspolitische Maßnahmen gegen selektive Vertriebssysteme, die diese Funktionen des selektiven Vertriebs gefährden, nehmen unweigerlich auf die „Qualität“ des Wettbewerbsprozesses selbst Einfluß. Überschreitet dabei die Wettbewerbspolitik ihre theoretisch legitimierbaren und judiziell kontrollierbaren Aufgaben?

Auf diese drei allgemeinen Probleme der Entscheidungsautonomie des Handels, der Bestimmung von Gütern und Märkten und der qualitativen Beurteilung des Wettbewerbsprozesses lassen sich alle Detail-Auseinandersetzungen um einzelne Vertriebsbindungen im Automobilsektor zurückführen. Dies gilt für einzelstaatliche Rechtsordnungen und dies gilt für die vertriebspolitischen Maßnahmen, zu denen die GruppenfreistellungsVO der Kommission¹ Regelungen trifft: So bedeuten die Bestimmungen, die das Recht des Händlers zum Bezug von qualitätsgleichen Ersatzteilen gewährleisten sollen (vgl. Art. 4 Nr. 4), die den Händler gegen eine Einsetzung weiterer Vertragshändler und gegen eine Kündigung in begrenztem Umfang Schutz bieten (vgl. vor allem Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 b und Nr. 2) sowie die Vorkehrungen gegen Gesamtumsatzrabatte (Art. 5 Abs. 1 Nr. 2 c) eine Anerkennung der unternehmerischen Eigenständigkeit des Händlers und zugleich der Selbständigkeit des Ersatzteilmarktes. Demgegenüber kommt die GruppenfreistellungsVO, soweit sie „qualitative“ Anforderungen und auch „quantitative“ Begrenzungen akzeptiert (vgl. vor allem Art. 4) den Bedürfnissen nach einer „vertikalen“ Kooperation entgegen und trägt insoweit zugleich den Argumenten der „Bündeltheorie“ Rechnung. Das Verbot der Preisbindung (Art. 6 Nr. 2) sowie die kontroversen Vorschriften gegen territoriale Marktaufteilungen (vgl. vor allem Art. 10 Nr. 2-4) haben gleichermaßen eine die Autonomie des Handels und die Intensität des Wettbewerbsprozesses sichernde Funktion.

Zu sämtlichen angesprochenen allgemeinen Problemen und konkreten Einzelfragen gibt es eine internationale wettbewerbstheoretische Diskussion, in der trotz aller einzelstaatlichen Besonderheiten der Marktverhältnisse und des Rechts überall die gleichen Argumentationsmuster zur Geltung kommen. Dabei kann man drei Hauptströmungen unterscheiden: (1) Die in der literarischen Diskussion in den USA derzeit dominierende ökonomische Analyse des Kartellrechts,

1 Verordnung (EWG) Nr. 123/85 der Kommission vom 12.12.1984 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf die Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, ABl. L. 15 v. 18.1.1985, 16.

die der Wettbewerbspolitik die Beschränkung auf den Schutz des Interbrand-Wettbewerbs empfiehlt und grundsätzlich alle vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen für unbedenklich hält² – dieser Ansatz hat vor allem in Großbritannien Anhänger gefunden, die dort die Praxis der Monopolies and Mergers Commission und des Director General of Fair Trading, aber auch die Wettbewerbspolitik der Kommission und die Rechtsprechung des EuGH kritisieren³; (2) die in der Bundesrepublik einflußreichen Konzepte der „Wettbewerbsfreiheit“ und des „Gruppenwettbewerbs“, die in ihren praktischen Folgerungen mit den Empfehlungen der Vertreter der ökonomischen Analyse weitgehend übereinstimmen⁴; (3) Analysen, als deren gemeinsame Grundlage man ein Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs bezeichnen kann, weil sie zum einen komplexe wettbewerbspolitische Zielsetzungen befürworten und praktische Empfehlungen stärker von den konkreten Marktbedingungen abhängig machen – ohne dabei zu einem ähnlich geschlossenen Meinungsbild kommen zu können wie die zuerst genannten Richtungen⁵.

2.2. Konsequenzen für die Anlage der Studie

Im Rahmen dieser Studie, die zu wichtigen Elementen einer rechtspolitisch umstrittenen Regulierung Stellung nehmen soll, kann die internationale wettbewerbspolitische Grundlagendiskussion nicht unberücksichtigt bleiben. Sowohl theoretische als auch praktische und nicht zuletzt spezifisch rechtliche Gesichtspunkte sprechen jedoch dafür, diese Studie nicht mit einer grundsätzlichen Auseinandersetzung zu beginnen: (1) Alle wettbewerbstheoretischen und wettbewerbspolitischen Analysen argumentieren auf der Grundlage von Annahmen über Marktverhältnisse und Verhaltensweisen von Marktteilnehmern. Zu diesen Prämissen läßt sich sinnvoll erst nach einer entsprechenden Untersuchung Stellung nehmen – eine solche Untersuchung ist Gegenstand des zweiten Kapitels. (2) Die Wettbewerbstheorie eignet sich keineswegs zu einer unvermittelten „Anwendung“ durch die Praxis, sei es der Legislative, sei es der Verwaltung oder der Rechtsprechung. Vor allem legislative Akte sind überdies vielfältigen Einflüssen ausgesetzt, die eine konsequente Durchsetzung einer spezifischen Konzeption auszuschließen pflegen. Rechtsprechungsakte reagieren auf konkrete „Fälle“ und haben auf kontroverse Positionen einzugehen. Aus all diesen Gründen beschränkt sich der Einfluß wettbewerbspolitischer Grundsatzdebatten in der Regel auf die Anordnung und die Gewichtung von Einzelargumenten, kommt aber selten in einer abrupten Richtungsänderung zur Geltung. Bereits diese Gesichtspunkte sprechen dafür, zunächst die einschlägige Praxis auszuwer-

2 Vgl. Kap. 4, 4.1. sowie Kap. 5, 2.1.

3 Vgl. Kap. 4, 2.2.4. und 3.5. sowie Kap. 5, 2.1.3.

4 Vgl. Kap. 5, 2.2.2. und 2.3.

5 Vgl. Kap. 5, 2.2.3. und 2.4.

ten. Hinzu kommt, daß all jene wettbewerbspolitischen Argumentationen, die man dem Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs zurechnen kann, den konkreten Rahmenbedingungen einer wettbewerbspolitischen Stellungnahme erhebliche Bedeutung beimessen. Die einschlägige Praxis ist danach auch als Informationsquelle unverzichtbar. Demgemäß wird die Schilderung dieser Praxis viel Raum einnehmen müssen (Kap. 3 und 4). (3) Die Möglichkeiten der untersuchten Rechtsordnungen, die von der Wettbewerbstheorie entwickelten Argumente aufzunehmen, unterscheiden sich erheblich. So ist es für das europäische Recht seit langem ganz herrschende Meinung, daß vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, die über „qualitative“ Restriktionen hinausgehen, dem Verbot des Art. 85, Abs. 1 EWGV unterfallen und daß im übrigen die integrationspolitischen Zielsetzungen des EWGV in die Administration der Wettbewerbspolitik eingehen sollen. Hält man an diesen Prämissen fest, so können die Argumente etwa der ökonomischen Analyse des Antitrust-Rechts vielfach nur im Rahmen entsprechend großzügiger Einzel- oder Gruppenfreistellungen Berücksichtigung finden. Im deutschen Recht haben sich nicht die unmittelbar auf vertikale Verträge zugeschnittenen §§ 15 ff. GWB, sondern das Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB als *sedes materiae* in den Auseinandersetzungen um unterschiedliche Distributionsformen erwiesen; hierbei kommt dann alles auf die Analyse und Bewertung der beteiligten Interessen an⁶. Im britischen Recht wiederum findet sich eine – wenn auch in der Handhabung umstrittene – Differenzierung zwischen Wettbewerbsbeschränkung und öffentlichem Interesse, wobei dessen Bestimmung einerseits auch spezifisch wettbewerbspolitische Gesichtspunkte einbegreift, andererseits aber auch Erwägungen Raum geben kann, die anderswo z.B. der Struktur- oder Industriepolitik zugewiesen werden⁷. Im Recht der USA wiederum ist zwischen den Anwendungsfeldern der *Rule of Reason* und der *per se*-Verbote zu unterscheiden, wobei aber die *per se*-Verbote keineswegs rigide gehandhabt werden müssen⁸. All diese materiell-rechtlichen Differenzen, zu denen noch wichtige Unterschiede im Verfahren hinzukommen, schließen die bruchlose Übernahme von Argumenten von einer in die andere Jurisdiktion aus. Andererseits bedeuten sie aber eben auch keine „Verwertungssperre“: Alle Rechtsordnungen verfügen über höchst flexible Reaktionsmöglichkeiten. Es kommt nur darauf an, diese „Flexibilität“ freizulegen, um zum einen die Übereinstimmung von Argumentationsmustern und zum anderen die Grenzen einer Rezeption wettbewerbspolitischer Vorstellungen zu erkennen.

6 Vgl. Kap. 4, 1.

7 Vgl. Kap. 4, 2.1.1. und 2.2.3.5.

8 Vgl. Kap. 4, 4.3.

3. Selektiver Vertrieb und Verbraucherinteressen

Verbraucherpolitische Kriterien zur Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen lassen sich aus mehreren Gründen nicht unabhängig von wettbewerbspolitischen Untersuchungen entwickeln. Zunächst einmal ist es ohnehin ausgeschlossen, Aussagen über Verbraucherinteressen ohne Rücksicht auf den jeweils betroffenen Aspekt der Konsumproblematik und dessen ökonomische und rechtliche Strukturen zu begründen. Dieser Kontext weist im hier interessierenden Zusammenhang eine ganz spezifische „Verfassung“ auf: Die Frage nach den Interessen von Verbrauchern gegenüber Vertriebspraktiken betrifft den Verbraucher in seiner Position als Marktteilnehmer.

3.1. Wettbewerbspolitik und Verbraucherpolitik

Wegen der Bedeutung von Marktverhältnissen und der auf diese Marktverhältnisse einwirkenden Wettbewerbspolitik für die Position des Verbrauchers haben die Kontroversen innerhalb der Wettbewerbstheorie und der Praxis der Wettbewerbspolitik eine eminente verbraucherpolitische Bedeutung. Wettbewerbskonzepte, die sich, wie die ökonomische Analyse, am Kriterium ökonomischer Effizienz orientieren, oder die, wie das Konzept der Wettbewerbsfreiheit, die Wettbewerbspolitik grundsätzlich auf die Festsetzung von per se-Regeln im „Parallelprozeß“ der Anbieterseite beschränken, ohne die „Qualität“ des Wettbewerbsprozesses kontrollieren zu wollen, bestreiten den Bedarf oder die Legitimität spezifisch verbraucherpolitischer Zielsetzungen für die Wettbewerbspolitik und fordern, soweit sie besondere Schutzbedürfnisse des Konsumenten überhaupt anerkennen, daß die Verbraucherpolitik sich grundsätzlich auf Normen zum Schutz der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers zu konzentrieren habe. Demgegenüber befürworten Vertreter des Konzepts des funktionsfähigen Wettbewerbs häufig auch Schutzmaßnahmen gegen einen „Ausbeutungsmißbrauch“ im „Austauschprozeß“ zwischen Anbietern und Verbrauchern, relativieren derartige Schutzanliegen andererseits aber auch durch die Anerkennung weiterer wettbewerbspolitischer Zielsetzungen. Diesen wechselseitigen Abhängigkeiten von Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik wird die Studie sowohl bei der Analyse der Praxis als auch in dem konzeptionellen Kapitel 5 genauer nachzugehen haben.

3.2. Verbraucherinteressen und Marktprozeß

Dem Untersuchungskontext dieser Studie entspricht eine grundsätzlich formale Bestimmung des Verbraucherinteresses: In ihrer Rolle als Marktteilnehmer sind Verbraucher definitionsgemäß bloß daran interessiert, ihre je individuellen Präferenzen zur Geltung zu bringen. Formal ist eine solche Konzeptualisierung, weil sie von inhaltlichen Aussagen zum Verbraucherinteresse absieht. Aber dieser formale Ansatz schließt es keineswegs aus, höchst konkrete Aufgabenbereiche

der Verbraucherpolitik zu bezeichnen. Dies soll – parallel zur wettbewerbstheoretischen und -politischen Diskussion – in zwei Untersuchungsschritten geschehen. Die Analysen der Marktstrukturen und der Vertriebssysteme für Kraftfahrzeigersatzteile beschreiben nicht nur die Marketingstrategien der Anbieterseite, sondern kennzeichnen zugleich die dem Verbraucher offerierten Leistungen bzw. Leistungsbündel: die Relationen von (funktioneller) Qualität, Preis und Verfügbarkeit von Ersatzteilen. Diese Untersuchungen beschreiben ferner Verhaltensweisen, allgemeine Kennzeichen der Entscheidungssituation und namentlich die Informationsprobleme von Verbrauchern. Sie bilden daher den rechtstatsächlichen Bezugspunkt der konzeptionellen Überlegungen zu den Aufgaben der Verbraucherpolitik, in denen das formale Konzept der Wahlfreiheit des Konsumenten durch die systematische Analyse von Informationsschwierigkeiten, ökonomischen Interessen und auch im Hinblick auf soziale Disparitäten in der Verbraucherschaft mit konkreteren Inhalten zu füllen sein wird¹⁰.

3.3. Verbraucherpolitik und andere Politikbereiche

Die Konzentration auf die Marktposition des Verbrauchers bringt spezifische Eingrenzungen der Kategorie des Verbraucherinteresses und der Anlage verbraucherpolitischer Maßnahmen mit sich. So würde eine ausschließliche Fixierung auf den Verbraucher als Marktteilnehmer bedeuten, daß auch Sicherheitsinteressen grundsätzlich dem Marktprozeß überantwortet werden – obwohl doch die Verbraucherpolitik seit jeher gegen die damit verbundenen Gefahren Front gemacht hat, ohne sich dabei bloß auf Theorien des Marktversagens zu berufen. Unbefriedigend ist diese Gleichsetzung auch, weil sie die umweltpolitischen Dimensionen des privaten Konsums und das problematische Verhältnis des marktbezogenen Verbraucherschutzes zur Wirtschaftspolitik im allgemeinen und zur Arbeitsmarktpolitik im besonderen nicht berücksichtigt – obwohl doch eine Auseinandersetzung mit diesen Problemkomplexen heute zu den dringendsten theoretischen und praktischen Fragen der Verbraucherpolitik gehört. Zu rechtfertigen sind diese Verkürzungen nur mit den Aufgaben dieser Studie und einem diesen Aufgaben Rechnung tragenden Pragmatismus.

Sicherheitsinteressen von Verbrauchern werden im Automobilsektor teils durch weitgehend harmonisierte Produktnormierungen, teils durch zusätzliche Vorkehrungen in den nationalen Rechtsordnungen geschützt, so daß sich die Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik auf die Frage beschränken können, ob diejenigen Sicherheitsinteressen, die nicht bereits als unabdingbare Anforderungen gelten und deshalb dem Marktprozeß ohnehin entzogen worden sind, „privat“, eben

¹⁰ Zu all dem näher Kap. 5, 1.1.

mit Hilfe von wettbewerbsbeschränkenden Abreden, verfolgt werden dürfen¹¹. Wirtschafts- und arbeitsmarktpolitische Argumente sind geradezu klassische Einwände nicht nur gegen verbraucherpolitische, sondern vor allem gegen wettbewerbspolitische Maßnahmen, und solche Argumente sind denn auch in den Auseinandersetzungen um die rechtspolitisch brisantesten Bestimmungen der GruppenfreistellungsVO, nämlich die Regelungen zur Sicherstellung eines freien innergemeinschaftlichen Handels, ins Feld geführt worden. Indessen hat die Kommission ihre ursprünglichen Regelungsvorstellungen erheblich zurücknehmen müssen und zugleich sind die Wirkungszusammenhänge, die einer tendenziellen Angleichung der Wettbewerbsbedingungen im Wege stehen sollen, derart gründlich analysiert worden, daß sich eine pragmatische Vorgehensweise durchaus rechtfertigen läßt: Es wird sich zeigen, daß im hier interessierenden Kontext die Rationalitätskriterien der Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik durchaus genügen, um zu den einschlägigen Bestimmungen der GruppenfreistellungsVO Stellung zu beziehen¹².

11 Vgl. näher Kap. 5, 1.1.

12 Vgl. näher Kap. 6.6.

PHÄNOMENOLOGIE DES MARKTES FÜR KRAFTFAHRZEUG-ERSATZTEILE

1. Vorbemerkung

Für eine Analyse und Stellungnahme zu rechtlichen Regelungen, wettbewerbspolitischen Konzepten und verbraucherpolitischen Maßnahmen, die sich auf die Distribution von Kfz-Ersatzteilen beziehen, ist eine Untersuchung der komplexen Marktverhältnisse dieses Wirtschaftssektors unerlässlich. Die Komplexität dieser Marktverhältnisse ergibt sich zum einen aus der Heterogenität der Anbieterseite auf der Produktions-, auf der Distributionsstufe und im Reparaturbereich, zum anderen aus einem dicht gewobenen Netz direkter Kontakte der „großen“ Akteure, der zahlreichen, häufig auch gegensätzliche Interessen vereinenden Verbände, der eigenständigen Organisationen des Kfz-Sektors und der Automobilindustrie sowie nicht zuletzt der Haftpflichtversicherer – „den Markt“ konstituieren eben nicht nur objektive Daten, sondern ebenso marktpolitische Entscheidungen, wechselseitige Zurechnungen und bloße Einschätzungen.

1.1. Informationsquellen

Es ist alles andere als einfach, verlässliche Daten über die Marktverhältnisse im Ersatzteilsektor zu gewinnen. Da der zeitliche Rahmen und das finanzielle Budget dieser Studie eigene Primärerhebungen ausschlossen, haben wir uns um eine Auswertung der verfügbaren wissenschaftlichen und juristischen und ökonomischen Literatur sowie einschlägiger Verbandszeitschriften bemüht und im übrigen zahlreiche Kontakte mit Unternehmen, Verbänden und Behörden hergestellt und ausgewertet.

- In einem Rundschreiben an sämtliche Automobilhersteller und -importeure in der Bundesrepublik haben wir u.a. darum gebeten, uns die Vertragshändlerverträge (auch die in Großbritannien und in Frankreich geltenden) sowie die Neuwagenverkaufs- und Garantiebedingungen zugänglich zu machen, Fragen zur Preisgestaltung, zur Qualitätssicherung und zur Logistik des Ersatzteilvertriebs gestellt – mit einer überwiegend erfreulichen und, was die deutschen Hersteller angeht, ungemein konstruktiven Resonanz.
- In einer Reihe schriftlich vorbereiteter, jeweils vielstündiger Interviews wurden die Positionen der konkurrierenden Marktbeteiligten mit der Bayeri-

schen Motorenwerke AG, der Daimler-Benz AG, der Volkswagenwerk AG, dem Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweiradgroßhändler e.V., der Interessengemeinschaft der Werksvertreter e.V. erörtert.

- Im Anschluß hieran standen uns Mitarbeiter des Bundeskartellamts, der Kommission der EG, des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung, der Allianz Versicherungs AG, des Allgemeinen Deutschen Automobilclubs, des Bureau Européen des Unions de Consommateurs, des Verbindungskomitees der Automobilindustrie der Länder der Europäischen Gemeinschaften, des Deutschen Kraftfahrzeugüberwachungsvereins, der Deutschen Automobil-treuhand GmbH sowie einzelne Automobilvertrags Händler und Rechtsanwälte zu z.T. langen Gesprächen zur Verfügung.
- Daneben haben wir vielfältige schriftliche Antworten auf unsere Bitten um Informationen erhalten. Dies gilt für die Kraftfahrzeugimporteure, für einzelne Unternehmen der Zulieferindustrie, für den Zentralverband des Kraftfahrzeug-Gewerbes, den Verband der Deutschen Automobilindustrie, für einzelne Werkstatketten, für inländische und ausländische Verbraucherorganisationen (Stiftung Warentest, which?, Institut National de la Consommation), den Verband der Importeure für Kraftfahrzeuge, den Deutschen Kraftfahrzeugüberwachungsverein, die Hanns W. Schwacke GmbH, eine Reihe „grauer“ Importeure, das Comité Européen des Assurances.

Entgegen unseren ursprünglichen Erwartungen hat sich die Durchsicht von in der Bundesrepublik Deutschland, in Frankreich und in Großbritannien durchgeführten Tests und Preisvergleiche lediglich als mühevoll, überwiegend aber als unergiebig erwiesen. Vor allem die in zahlreichen deutschen und ausländischen Automobilzeitschriften publizierten Tests vermittelten lediglich punktuelle Einblicke, erlauben aber keine methodisch gesicherten und verallgemeinerungsfähigen Aussagen zu den relevanten Wettbewerbsparametern. Dies ist im Hinblick auf die im Anhang zu diesem Kapitel am Beispiel des Vergleichs von Ersatzteilpreisen dargestellten Schwierigkeiten verständlich. Empirische Erhebungen erfordern einen zeitlichen und finanziellen Aufwand, den nur entsprechend große Organisationen tragen können. Das gilt nicht nur für den Vergleich von Ersatzteilpreisen, sondern erst recht für einen Vergleich der Qualität und der Kosten der Arbeitsleistungen von ungebundenen und gebundenen Werkstätten. Hiervon hebt sich positiv vor allem der von der Stiftung Warentest im Oktober 1983 durchgeführte Vergleich gebundener und freier Werkstätten heraus, wenngleich auch dieser Test nur begrenzte Schlußfolgerungen zuläßt. Noch nicht verfügbar sind uns die Ergebnisse der von der britischen Consumers' Association vielversprechend vorbereitete Untersuchungen über die Erhältlichkeit und die Preise von Ersatzteilen, die Ende März 1985 abgeschlossen worden sein soll. Als nicht realisierbar hat sich die von uns geplante Auswertung von Reparaturrechnungen erwiesen; zu den verfügbaren Materialien erhielten wir keinen Zu-

gang, so daß wir nicht einmal eine Aussage darüber machen können, ob sie sich für die von uns geplante Untersuchung geeignet hätten.

1.2. Aufbau der Darstellung

Die Untergliederung dieses Kapitels nach Herstellern, Handel und Endabnehmern folgt den Marktstufen des Ersatzteilgeschäfts. Auf der Endabnehmerstufe werden die für die Verbraucher wichtigsten Parameter getrennt aufgeführt: die Preise, die Qualitätsproblematik und die Logistik. Die Materialien dieses Kapitels werden in den Darstellungen und Analysen der rechtlichen Beurteilung selektiver Vertriebssysteme immer wieder herangezogen. Die rechtlichen Untersuchungen des 3. und 4. Kapitels können sich indessen ebenso wenig wie die konzeptionelle Stellungnahme zu den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen im 5. Kapitel stets auf die Spezifika eines bestimmten Marktsektors beschränken.

2. Produzenten von Kraftfahrzeuersatzteilen

2.1. Der Eigenanteil der Automobilhersteller an der Ersatzteilproduktion

Die Automobilhersteller fertigen die von ihnen für die Neuwagenproduktion und das Ersatzteilgeschäft benötigten Ersatzteile nur zum Teil selbst. Zu den von ihnen selbst produzierten Teilen gehören in aller Regel diejenigen Teile, bei denen einerseits Ersatzteilbedarf relativ selten anfällt und die andererseits aufgrund ihrer enormen hersteller- und modellspezifischen Verschiedenheit (bspw. unterschiedliche Karosserien oder spezielle, komplizierte „herstellertypische“ Technik) aus wirtschaftlichen Gründen eine arbeitsteilige Verlagerung der Produktion auf die Teile-Industrie nicht sinnvoll erscheinen lassen, da sie nicht kostengünstiger wäre. Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, daß aus eben diesen Gründen eine solche durch hersteller- oder auch modellspezifische Verschiedenheiten geprägte Teile-Industrie nicht nur oder nur in ganz geringem Umfang existiert.

Der Anteil der von den europäischen Automobilherstellern eigengefertigten Teile am Gesamtumsatzwert eines neu produzierten Personenkraftwagens soll in der Regel ungefähr 50 % betragen¹. Einer anderen Quelle zufolge soll dieser Anteil

1 Bhaskar, *The Future of the U.K. Motor Industry*, 1979, 303; Tietz, 150; Monopolies and Mergers Commission, para. 2.6.; Monopolkommission, Sondergutachten 7, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1977, Ziffer 133; Schweizerische Kartellkommission, 97, 98; Verband der Kraftfahrzeugteile und Zweirad-Großhändler e.V./ Interessengemeinschaft der Werksvertreter für Kfz-Teile e.V., 4, 8, 25; Maurus, [Prési-

sich im europäischen Durchschnitt nur auf ungefähr 40 % belaufen². Nach den Schätzungen einer EG-Studie sollen die britischen, deutschen und französischen Automobilhersteller einschließlich ihrer Tochtergesellschaften sogar durchschnittlich 60 % der Teile, die sie für den Bau eines neuen Automobils benötigen, selbst produzieren³. Ganz aus dem Rahmen fällt jedoch der italienische Automobilhersteller Fiat (einschließlich der Tochtergesellschaften)⁴, dessen Anteil an eigengefertigten Teilen sogar bei 80 - 85 % liegen soll⁵. Damit dürfte die Situation in Italien, zumal die Aktivitäten Alfa-Romeos in die gleiche Richtung zielen, auch der Situation in Japan⁶ – in der gleichfalls eine hohe finanzielle und kaufmännische Verflochtenheit der Zuliefer- mit der Automobilindustrie besteht – vergleichbar sein⁷. Diese Situation weicht von der in Deutschland, Frankreich und Großbritannien, wo die Teile-Industrie weitgehend von der Automobilindustrie unabhängig ist, ab⁸, wenn man einmal davon absieht, daß die zwei dominierenden französischen Autoproduzenten Renault und Peugeot mit ihren z.T. gemeinsamen Tochtergesellschaften und gebundenen Zulieferanten einen Anteil in Höhe von 24,2 % am Ersatzteilgeschäft der Teile-Industrie haben sollen⁹.

Typische eigengefertigte Kfz-Teile sind Achsen, Antriebswellen, Blechteile, Bremsscheiben bzw. -trommeln, Karosserie-Teile, Kurbelwellen, Nockenwellen,

dent de la Fédération des Syndicats de la Distribution Automobile (FEDA)], in der Pressekonferenz vom 8. November 1979, abgedruckt in *Le Distributeur Automobile* No. 29, 1980, 11; Meyerhöfer, Geml, Würfl, *Der Markt für Kraftfahrzeug-Ersatzteile und -Zubehör unter besonderer Berücksichtigung der Großhandelsstufe*, 1971, 21; Waibel, *Warenzeichenrechtliche und wettbewerbsrechtliche Fragen des Ersatzteil-, Zubehör- und Reparaturgewerbes*, 1977, 12, 18; Meyerhöfer, *Der Markt für Kraftfahrzeugersatzteile*, ifo-Schnelldienst 1 - 2/1982, 19; Genth, *Qualität und Automobile*, 1981, 107 („über 50 % der 6.000 Teile eines Automobils stammen von Lieferanten“).

- 2 Knibb, *OE Supplier Prospects in Western Europe During the 1980s*, in *EIU – The Economist Intelligence Unit / Kearney Conference Proceedings, The Automotive Industry of the 1980s: Strategy for Revival*, 1983, 51.
- 3 Marfels, *Concentration, Competition, and Competitives in the Automobile Industries and the Automotive Components Industries of the European Community*, 119, in: *Commission of the European Communities; Evolution of Concentration and Competition Series: Collection: Working Papers Nr. 57 – IV/645/82 – EN*.
- 4 Meyerhöfer, Geml, Würfl, a.a.O. (Fn 1), 21; Schweizerische Kartellkommission, 98; Waibel, a.a.O. (Fn. 1), 13.
- 5 Marfels, a.a.O. (Fn. 3).
- 6 *Bulletin der Europäischen Gemeinschaften*, Beilage 2/81, *Die europäische Automobilindustrie, Stellungnahme der Kommission*, Ziff. 51.
- 7 *EIU (The Economist Intelligence Unit)-Report, Comparative Economic Study of the Automotive Components Industry in the European Community and Japan*, 1981, 161.
- 8 *EIU-Report*, a.a.O. (Fn. 7), 161.
- 9 Marfels, a.a.O. (Fn. 3), 150, 151.

Lenkungen, Motorblöcke, Wasserpumpen und Zylinderblöcke¹⁰. Der Anteil der von den Automobilherstellern eigengefertigten Teile an dem dem Neuwagengeschäft folgenden Ersatzteilgeschäft muß aufgrund der relativen Schwergängigkeit dieser Teile naturgemäß geringer sein.

Offenbar ist die früher angenommene Relation, nach der mit 20 % der von den Automobilherstellern vorrätig gehaltenen Ersatzteilpositionen 80 % des Umsatzes im After Sales-Bereich zu erzielen sind¹¹, überholt. Angenommen wird von der Daimler-Benz AG, daß heute mit ca. 13 % der Ersatzteilpositionen 95 % des Ersatzteilumsatzes erzielt werden¹².

Nach Angaben der BMW AG¹³ soll sich das Verhältnis von Ersatzteilpositionen zu Umsatz- und Lagerbestandsanteilen wie folgt zusammensetzen (Stand: 10.02.83):

Gesamtsortiment (Ersatzteile)

Positionen

46.059 (= 100 %)

Umschlagshäufige Positionen

Positionen

2.061 (= 4,47 %)

Umsatzanteil

77,1 %

Lagerbestandsanteil

53,3 %

Positionen mit geringem Umschlag

Positionen

32.448 (= 70,45 %)

Umsatzanteil

22,3 %

Lagerbestandsanteil

33,2 %

Bevorratung für ausgelaufene Modelle

Positionen

11.550 (= 25,08 %)

Umsatzanteil

0,06 %

Lagerbestandsanteil

13,5 %

10 Interview mit der IGWV (Interessengemeinschaft der Werksvertreter) vom 1. Febr. 1983; Marfels, a.a.O. (Fn. 3), 117; Unterlagen der BMW AG, überreicht am 18. Febr. 1983 anlässlich eines Interviews; Meyerhöfer, a.a.O. (Fn. 1), 19; Meyerhöfer, Geml, Würtl, a.a.O. (Fn. 1), 21; Schweizerische Kartellkommission, 97.

11 Monopolies and Mergers Commission, para. 4.38; Price Commission, Prices, Costs and Margins in the Manufacture and Distribution of Car Parts, para. 3.39, HMS 1979; Schweizerische Kartellkommission, 156.

12 Hofer, Bei Daimler-Benz ist man der Meinung: Ersatzteilversorgung ist mehr als Teileverkauf, Autohaus 1981, 24; Tietz, 171; Interview mit der Daimler-Benz AG vom 28. Jan. 1983.

13 Interview mit der BMW AG vom 18. Febr. 1983.

Die in dieser Aufstellung genannten (prozentualen) Relationen dürften in etwa auch auf die Verhältnisse von Ersatzteilpositionen, Umsatz- und Lagerbestandsanteilen bei den übrigen Automobilherstellern bzw. -importeuren übertragbar sein. So hat beispielsweise die Volkswagenwerk AG 1982 mit 900 von 94.500 vorrätig gehaltenen VW- und Audi-Ersatzteilsortimentpositionen 60 % ihres wertmäßigen Ersatzteilumsatzes erzielt¹⁴. Da — nach BMW-Angaben — die in der obigen Aufstellung genannten „umschlagshäufigen“ Ersatzteilpositionen in der Regel auch vom „freien“, d.h. automobilherstellerungebundenen Kfz-Teile-Großhandel bevorratet und angeboten werden, wird es sich bei diesen Teilen überwiegend um „Verschleiß“-Teile handeln, die von der Zulieferindustrie hergestellt werden, wohingegen es sich bei den Positionen „mit geringem Umschlag“ und bei denen, die für ausgelaufene Modelle vorrätig gehalten werden, überwiegend um Eigenkonstruktionsteile und solche handeln dürfte, die nicht oder nur schlecht auf dem automobilherstellerungebundenen Markt zu erhalten sein dürften, da sie in der Regel von nur für die Automobilhersteller produzierenden kleinen und mittleren Teileherstellern stammen. Nach den Zahlen, die die Monopolies and Mergers Commission in ihrem „Car Parts“-Report¹⁵ nennt, produzieren inländische (britische) Automobilproduzenten danach für ihr Ersatzteilgeschäft ungefähr 20 % der benötigten Ersatzteile selbst, während sie den Rest von spezialisierten Teileherstellern beziehen, um diesen dann über ihre Vertriebsnetze in den Markt zu schleusen. Wie hoch letztlich der Anteil der von den Automobilherstellern eigengefertigten Teile an ihrem Ersatzteilgeschäft ist, läßt sich für den deutschen Markt nicht zuverlässig schätzen, da die in der Literatur und in diversen Studien¹⁶ gehandelten Daten entweder darüber keine Auskunft geben oder aus dem Grund, daß sie die für die Neuwagenproduktion geltenden Daten, nach denen der Anteil eigengefertigter Teile am Gesamtumsatz eines Neuwagens etwas über 50 % beträgt, unzulässigerweise auf das Ersatzteilgeschäft übertragen¹⁷.

Nach inoffiziellen Informationen, die der „Arbeitskreis Freier Kfz-Teile-Markt“ aus Kreisen der Automobilindustrie erhalten haben will¹⁸, soll der Anteil der Eigenkonstruktionsteile am Umsatz des Ersatzteilgeschäftes der Automobilhersteller ca. 45 % betragen. Dieser (wertmäßige) Umsatzanteil läßt sich auch aus Angaben der Daimler-Benz AG errechnen¹⁹. Angesichts der oben von der BMW

14 Interview mit der Volkswagenwerk AG im Zentralen Ersatzteillager Kassel vom 26. Aug. 1983.

15 Monopolies and Mergers Commission, para. 3.8.

16 Meyerhöfer, Geml, Würl, a.a.O. (Fn. 1), 19; Waibel, a.a.O. (Fn. 1), 12, 18.

17 Schweizerische Kartellkommission, 97, 98.

18 Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V./Interessengemeinschaft der Werksvertreter für Kfz-Teile e.V., 56.

19 Schreiben der Daimler-Benz AG vom 27. Juli 1983; Daimler-Benz AG, Die Versorgung des Ersatzteilmarktes durch die Daimler-Benz AG, Arbeitspapier anlässlich des Besu-

AG und der britischen Monopolies and Mergers Commission genannten Zahlen und angesichts zusätzlicher Informationen der BMW AG²⁰, wonach drei Viertel der umschlagshäufigen Ersatzteilpositionen das Sortiment ausmachen, das auch der freie Kfz-Ersatzteil-Großhandel vertreibt (was bedeutet, daß es sich bei den umschlagshäufigen Positionen um Produkte der Kfz-Teile-Industrie handelt), kann vermutet werden, daß der Wert von 45 % für den wertmäßigen Anteil der Eigenkonstruktions- (oder, so DB: Haus-)teile zu hoch gegriffen ist. Auch nach Angaben des Direktors des Ford European Parts Headquarters ist der Anteil der Zulieferteile am Ersatzteilgeschäft der europäischen Automobilhersteller höher und liegt bei 65 %²¹. Eine gesicherte Aussage zum Verhältnis von Eigenkonstruktionsteilen zu Zulieferteilen im Ersatzteilgeschäft der Automobilhersteller zu versuchen, erscheint jedoch als wenig aussichtsreich, weil alle Aussagen hierzu sich letztlich auf Angaben der Automobilhersteller stützen und neutrale Daten nicht zur Verfügung stehen²².

2.2. Die Kraftfahrzeugteile-Industrie

2.2.1. Historische Entwicklung und heutige Bedeutung der Kraftfahrzeugteile-Industrie

Bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts setzte die Entwicklung einer lebhaften Kraftfahrzeugteile-Industrie ein. Mit der zunehmenden Industrialisierung, die zu einer verstärkten Benutzung von Maschinen und auch Kraftfahrzeugen führte, wuchs auch die Nachfrage nach Ersatzteilen²³. Findige Industrielle machten sich

ches des Diskussionskreises Mittelstand der CDU/CSU-Fraktion bei der Daimler-Benz AG in Würth am 29. Juni 1983 (nach Angaben der Daimler-Benz AG beträgt der Marktanteil dieser am Ersatzteilgeschäft mit Eigenkonstruktions- oder Hausteilen 60 - 62 %, ohne Hausteile 45 - 46 %).

20 Interview mit der BMW AG vom 8. Juli 1983.

21 Jones, Supply Strategy for the Aftermarket, in: EIU - The Economist Intelligence Unit / Kearney Conference Proceedings, The Automotive Industry of the 1980s: Strategy for Revival, 1983, 83, 85; vgl. Price Commission, a.a.O. (Fn. 11).

22 Interessant ist - wegen der ähnlichen Problematik -, daß in einem US-amerikanischen Gerichtsverfahren ein gegen die Daimler-Benz AG klagender freier Großhändler vortrug, daß Mercedes-Benz of North America mit 3.000 Ersatzteilpositionen, die als „fast-moving-parts“ bekannt seien, 80 % ihres wertmäßigen Umsatzes im Ersatzteilgeschäft mache und daß 85 % der Teile, die Mercedes-Benz of North America vertreibt, für die Daimler-Benz AG hergestellt worden seien. Mercedes-Benz hingegen hat hier wiederum vorgetragen, daß der Anteil der zugelieferten Kfz-Teile an ihrem Ersatzteilgeschäft nur etwa die Hälfte ausmache. vgl. Metrix Warehouse, Inc. v. Daimler-Benz AG and Mercedes-Benz of North America, Inc., CCH Trade Cases 1982-2, 64, 861, (72, 278 und 283); vgl. zu diesem Verfahren Kap. 4,4.3.3.

23 Waibel, a.a.O. (Fn. 1), 1.

diese Situation zunutze, indem sie diese – aufgrund von Verschleiß – zu ersetzenden Teile gewinnbringend nachbaute. Insbesondere die europäische Automobilindustrie, die damals überwiegend alle benötigten Teile selbst produzierte, versuchte, die Nachbauer mit politischen und rechtlichen Mitteln zu bekämpfen. Sie führte damals wie heute das Argument, daß ein minderwertiges oder mangelhaftes Nachbauteil den Goodwill ihres Gesamtproduktes gefährden könne, ins Feld²⁴. Vor allem aber sahen die Automobilhersteller ihr lukratives Ersatzteilgeschäft – das sie „als ihr natürliches Vorrecht“²⁵ ansahen, da sie es erst durch ihre Fahrzeugproduktion hervorgerufen hatten – durch die neuen Konkurrenten als gefährdet an. Insbesondere Fiat zeigte sich in dieser Auseinandersetzung sehr engagiert. So forderte der Automobilhersteller Fiat auf Kongressen der Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle (AIPPI) in Budapest (1930) und London (1932) den Gesetzgeber auf, Maßnahmen gegen den Nachbau von Ersatzteilen zu ergreifen, da der Schutz der gültigen Patent- oder Gebrauchsmustergesetze unzureichend sei²⁶. Doch ging die industrielle und produktionstechnische Entwicklung schon in den dreißiger Jahren über diese Forderung hinweg. Die Entwicklung der Serienproduktion brachte es mit sich, daß die Einschaltung der spezialisierten Teile-Industrie aufgrund von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen immer mehr Platz griff²⁷. Im Laufe der Zeit führte diese Entwicklung zum Erstarken der Teile-Industrien in den europäischen Ländern. Dieses gilt insbesondere für Deutschland, Frankreich und Großbritannien, wo zahlreiche Kraftfahrzeugteile produzierende Betriebe existieren, angefangen von kleinen Familienbetrieben bis hin zu bedeutenden Großbetrieben, die vornehmlich in Deutschland und Großbritannien und weniger in Frankreich – wo große multinationale Teileproduzenten, wie etwa Bosch, GKN und Lucas fehlen²⁸ – anzutreffen sind. Die relative Stärke der britischen Teile-Industrie mag angesichts des Niedergangs der britischen Automobilindustrie²⁹, deren Zukunft allerdings wieder optimistischer eingeschätzt wird³⁰, überraschen. Zu erklären ist dieser Umstand damit, daß im Gegensatz zur allgemeinen Schwäche seiner Personenkraftwagen-Industrie, Großbritannien als Nutzfahrzeugproduzent mit 27 % Marktanteil (1980)³¹ Marktführer in Westeuropa ist³².

24 Waibel, a.a.O. (Fn. 1), 1.

25 Waibel, a.a.O. (Fn. 1), 2.

26 Waibel, a.a.O. (Fn. 1), 6.

27 Waibel, a.a.O. (Fn. 1), 10; Bhaskar, a.a.O. (Fn. 1), 309.

28 Marfels, a.a.O. (Fn. 3), 147.

29 Dunnet, *The Decline of the British Motor Industry*, 1980; vgl. auch Turnball, *Opening Address*, in: EIU – *The Economist Intelligence Unit/Kearney Conference Proceedings, The Automotive Industry of the 1980s: Strategy for Revival*, 1983, 5.

30 Vgl. hierzu Hinweise in: *Der Spiegel*, Nr. 28 vom 11. Juli 1983, 112, Weg vom Abgrund.

31 Knibb, a.a.O. (Fn. 2), 55.

32 Im einzelnen: Großbritannien 27 %, Deutschland 22 %, Italien 19 %, Frankreich 17 %,

Eine Übersicht über die allgemeine Gründe, die (heutzutage) zur Einschaltung von Teileherstellern als Zulieferer der Automobilindustrie führen, gibt die Aufstellung von Laleike³³:

„1. Allgemeine Gründe der Arbeitsteilung

- Ausnutzung des technischen Wissens von Spezialfirmen, der Beherrschung der Produktionsprozesse, Qualitätsgarantien
- Ausnutzung der Auflagendegression bei Zulieferanten, Wirtschaftlichkeitsüberlegungen
- Übertragung von Lagerfunktionen – Verringerung der Lagerkosten, Transportkosten (innerbetriebliche Transporte)

2. Übertragung des Marktrisikos

- größere Elastizität: Abruf der Zulieferungen nach Bedarf und eigener Absatzlage, Abbau von Fixkosten zugunsten von variablen Kosten
- Weiterwälzung des Lohn-, Material- und Streikrisikos durch langfristige Verträge
- Risikostreuung durch (vertragliche) Lieferbeziehungen mit mehreren Zulieferanten
- Prinzip der Multisources

3. Investitionersparnisse, sei es

- erzwungen, infolge Kapitalmangels
- freiwillig, infolge besserer Verwendung freigesetzten Kapitals, z.B. Schwerpunktverlagerung auf reine Montage, Typisierung: Anfertigung von Sonderwünschen durch die Teile-Zulieferer

4. Konzernkonsolidisierung – Erhöhung der Übersichtlichkeit des Konzernaufbaus

5. Mangel an spezialisierten Facharbeitern.

Der allgemeinen Leistungsfähigkeit und Innovationstätigkeit der Kraftfahrzeugteile-Industrie, ebenfalls der kleineren Betriebe ist hohe Bedeutung zuzumessen³⁴, auch von Seiten der Automobilindustrie wird der Zulieferindustrie ein

Spanien 8 %, Schweden 3 %; im Vergleich die Marktanteile bei der Personenkraftwagenproduktion: Großbritannien 9 %, Deutschland 33 %, Frankreich 28 %, Italien 14 %, Spanien 10 %, Schweden und die Niederlande 3 %; Angaben für 1980 aus Knibb, a.a.O. (Fn. 2), 56.

33 Laleike, Struktur und Wettbewerbsprobleme der Kraftfahrzeugteile-Wirtschaft, Diss. rer. pol. Aachen 1965, 120, 121.

34 Berg, Die Automobilindustrie der Bundesrepublik Deutschland: Marktstruktur, Marktverhalten, Marktergebnis, Diskussionsbeiträge aus dem Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Universität Essen Nr. 33, Jan. 1982, 22; Marfels, a.a.O. (Fn. 3), 154;

hoher Standard bescheinigt. So gewährleiste sie die sichere Versorgung der Fertigung mit qualitativ hochwertigen Materialien und Einzelteilen und die termingerechte Durchführung von anspruchsvollen Investitionsprogrammen³⁵. Um mit der technologischen Entwicklung Schritt halten zu können, sei eine weitgehende Arbeitsteilung mit hochqualifizierten Zulieferbetrieben unerlässlich³⁶. Auch steigt aus der Sicht der Automobilindustrie die „Attraktivität eines Lieferanten mit seiner Fähigkeit, sich an die logistischen Systeme des Abnehmers anzupassen“³⁷. Durch immer enger werdende Anbindungen der Teileproduzenten an die Steuerungssysteme der Automobilhersteller wurden letztere in den Vorjahren in die Lage versetzt, ihre kostenintensiven Produktionsvorratslager – zuungunsten ersterer – weitgehend abzubauen³⁸. Da aufgrund des im Automobilbereich gehandhabten „Quoten-Systems“ den verschiedenen Zulieferanten in Jahresverträgen lediglich prozentuale „Quoten“ ohne feste Bezugsgröße zugeteilt werden und die Abrufe der Zulieferteile durch die Automobilindustrie, produktionstechnisch bedingt, nur mit einer relativ kurzen Vorlaufzeit erfolgen, sind sie mitunter gezwungen, um ihre Lieferfähigkeit garantieren zu können, relativ umfangreiche Vorratslager anzulegen³⁹.

Nach Hutzel⁴⁰ geht es allerdings in den Beziehungen industrieller Abnehmer, z.B. der Automobilindustrie, zu ihren Lieferanten weniger um den Einsatz von Machtmitteln zur Erweiterung der eigenen Machtbasis, sondern überwiegend um den Einsatz von Macht zur Sicherung der eigenen Leistungsfähigkeit.

White, (Managing Director, Overseas Division Armstrong Equipment PLC) Moderner Wettbewerb, Ansprache auf dem 28. FIGIEFA-Kongreß 1983, 1. - 5. Juni 1983 in Stratford-upon-Avon.

35 Volkswagenwerk AG, Bericht über das Geschäftsjahr 1982, 15.

36 Volkswagenwerk AG, Bericht über das Geschäftsjahr 1983, 37.

37 Schulz (Leiter Zentrale Programmplanung, AUDI, NSU, AUTO UNION AG), Gestaltung logistischer Schnittstellen aus der Sicht eines Unternehmens der Automobilindustrie, Zeitschrift für Logistik 1983, 77, 78.

38 Berg, a.a.O. (Fn. 34), 24; Der Spiegel, Nr. 50 vom 12. Dez. 1983, 77, Gnadenloses System; Firlgau, Wenn im Auto-Puzzle etwas fehlt, ADAC motorwelt 7/84, 34, 36; Geck/Petry, Nachfragemacht gegenüber Zulieferern, FIW-Schriftenreihe Heft 104, 1983, 40; Industriemagazin, Sept. 1979, 18, Automobilzulieferer: Machtzuwachs durch Elektronik; Simsa, Produktionskrise durch Lieferanten, mot – Die Autozeit-schrift vom 4. Juli 1984, 96, 100.

39 Berg, a.a.O. (Fn. 34), 24; Industriemagazin, a.a.O. (Fn. 38); vgl. a. Geck/Petry, a.a.O. (Fn. 38), 40.

40 Hutzel, Große und kleine Zulieferer – Eine Untersuchung zur Nachfragemacht industrieller Abnehmer, 1981, 176; ähnlich auch Geck/Petry, a.a.O. (Fn. 38), 41, 55, die in dem Bestreben der großindustriellen Produzenten, wie z.B. der Automobilindustrie, die Lagerhaltung-(skosten) ihren jeweiligen Zulieferanten aufzubürden, keinen Ausdruck von mißbräuchlichem Einsatz von Nachfragemacht sehen.

Die BMW AG, die ihr dichtgeknüpftes Logistiksystem als „führend“⁴¹ bezeichnet, das den von der japanischen Automobilindustrie geschaffenen um nichts mehr nachstehen soll, sieht ihre enge Zusammenarbeit mit der Zulieferindustrie „als wesentliche Basis“ ihres geschäftlichen Erfolges an.

Die aufgezeigte enorme Vorteilhaftigkeit der Einschaltung von Teilezulieferanten läßt es auch als weitgehend ausgeschlossen erscheinen, daß die Automobilhersteller ihre Fertigungstiefe vergrößern und verstärkt zur Eigenproduktion übergehen⁴². Die gegenteilige Behauptung⁴³ kann somit als wenig überzeugend bewertet werden.

Bei der Auswahl ihrer Zulieferanten stellen die Automobilhersteller folgende Prioritäten auf: 1. Qualität, 2. Liefersicherheit, 3. Preis. Auf die Einhaltung der zu 1. und 2. genannten Prioritäten legen die Automobilhersteller ganz besonderen Wert⁴⁴, denn werden diese Kriterien nur unzureichend erfüllt, kann es aufgrund der geringen Produktionsvorlaufzeiten zum Stillstand der gesamten Neuwagenproduktion kommen.

Auch durch die jüngsten Streiks in der deutschen Zulieferindustrie ist deutlich geworden, daß die europäische Autoindustrie und ihre Zulieferanten „ein gewaltiges grenzüberschreitendes Netzwerk“ darstellen und „eine Störung an wenigen Knotenpunkten ... das ganze Gefüge lahmlegen“⁴⁵ kann. Die enge Verzahnung zwischen Automobilherstellern und Teileindustrie – sowie die wechselseitige Abhängigkeit – zeitigt für die Auseinandersetzung über die Problematik der Bezugsbindungen für Ersatzteile eine unangenehme Folge. So sind Zulieferanten in dieser Auseinandersetzung nur äußerst selten, wenn überhaupt, dann nur halbherzig und inoffiziell, bereit, zu der Argumentation der Automobilindustrie, nur Bezugsbindungen könnten Sicherheit und gleichbleibende Qualität von Ersatzteilen sicherstellen, Stellung zu nehmen.

41 Interview des WDR I in der Rundfunk-Sendung „Marktplatz Wirtschaft: erklärt – erzählt“ vom 29. Mai 1984 mit dem BMW-Vorstandsvorsitzenden v.Kuenheim; Interview mit der BMW-AG vom 18. Febr. 1983.

42 Monopolkommission, a.a.O. (Fn. 1), Ziff. 150; vgl. a. Geck/Petry, a.a.O. (Fn. 38), 42, 62, 101.

43 v.Brunn, Wettbewerbsprobleme der Automobilindustrie, FiW-Schriftenreihe Heft 87, 1979, 70; Monopolies and Mergers Commission, para. 5.46.

44 Interview mit Herrn Curio (BKartA) vom 1. Juni 1983; Schulz, a.a.O. (Fn. 37), 77, 78.

45 Firgau, a.a.O. (Fn. 43), 34; vgl. ams Heft 14. vom 11. Juli 1984, 164, Eisenre Reserve – Wie sich deutsche Zulieferer und ausländische Autofirmen während des Streiks arrangieren.

2.2.2. „Gebundene“ Zulieferanten

Zu den sogenannten „gebundenen“ Zulieferanten gehören zumeist kleinere und mittlere Unternehmen der Kraftfahrzeugeile-Industrie, die man – etwas verkürzt – als „verlängerte Werkbank“ der Automobilhersteller bezeichnet, da sie überwiegend entweder aufgrund von vertraglichen oder gesetzlichen Rechten der Automobilhersteller ausschließlich für diese produzieren und nicht einen zweiten Vertriebsweg nutzen können⁴⁶.

Diese vertraglichen Rechte resultieren zumeist daraus, daß die Automobilhersteller das „know how“ oder die zur Herstellung erforderlichen technischen Einrichtungen den Zulieferanten zur Verfügung stellen⁴⁷ oder sie ganz oder teilweise finanzieren und auf diese Weise Eigentum oder auch nur Miteigentum erwerben. Eine Eigenanschaffung wäre aber auch in vielen Fällen gerade für kleinere und mittlere Zulieferer zu kostspielig⁴⁸ und auch zu risikoreich, denn sie könnte im Falle eines Rückgangs der Bestellquoten oder gar eines Lieferantenwechsels von seiten des Automobilherstellers zum finanziellen Ruin des Zulieferers führen. Die gesetzlichen Rechte resultieren aus urheberrechtlichen und sonstigen gewerblichen Schutzrechten der Automobilhersteller.

Im übrigen wäre aber auch zweifelhaft, ob der sogenannte „Freie“ Großhandel die Produkte dieser Zulieferanten – im Falle der Abwesenheit von Bindungen – abnehmen würde, da es sich bei diesen oftmals um (relativ) schwergängige Artikel handelt, deren Vertrieb sich aus betriebswirtschaftlichen Gründen für ihn nicht oder kaum lohnen würde. So produzieren diese Unternehmen ganz überwiegend für die Erstausrüstung und für den von den Automobilherstellern angeforderten Ersatzbedarf.

2.2.3. „Ungebundene“ Zulieferanten oder Teile-Produzenten

Die Bedeutung der „ungebundenen“ Zulieferanten oder Teile-Produzenten ist weitaus größer als die der „gebundenen“ Zulieferanten. Sie werden hier „ungebunden“ genannt, weil sie – im Gegensatz zu den „gebundenen“ Teile-Produzenten – keinerlei direkter Einflußnahme auf ihre Geschäftspolitik von seiten der Automobilhersteller ausgesetzt sind. Jedoch gilt diese Feststellung mehr für Deutschland und Großbritannien und weniger für Frankreich⁴⁹.

Bei den sogenannten „ungebundenen“ Zulieferanten oder Teile-Produzenten handelt es sich zumeist um mittelgroße, große und z.T. auch multinationale

46 Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 4.4.

47 Meyerhöfer, Geml, Würl, a.a.O. (Fn. 1), 33; v.Brunn, a.a.O. (Fn. 43), 65.

48 Waibel, a.a.O. (Fn. 1), 19.

49 EIU-Report, a.a.O. (Fn. 7), 180.

Unternehmen. Die zwanzig größten Teilehersteller der Europäischen Gemeinschaft hielten 1979 zusammen 46,3 % der Kraftfahrzeugsatzteilproduktion⁵⁰. In Großbritannien betrug der Anteil der zwanzig größten Kraftfahrzeugteilehersteller 1979 sogar 77 %, während der Anteil der jeweils zwanzig größten Teilehersteller in Deutschland 42 % und in Frankreich 48 % betrug⁵¹. Die deutlich höhere Konzentration in Großbritannien ist auf die überragende Stellung und Stärke der Marktführer GKN und Lucas zurückzuführen, die 1979 zusammen einen Marktanteil von ca. 33 % hielten⁵².

„Ungebundene“ Zulieferanten – von der britischen Price Commission „proprietary parts manufacturers“ genannt⁵³ – verfügen über ein besonders großes Maß an Leistungsfähigkeit und Innovationskraft, das in den spezialisierten Bereichen sogar das der Automobilproduzenten bei weitem übersteigen kann. Kennzeichnend ist für sie weiterhin, daß sie in der Lage sind, einen Teil ihrer Produktion an den Vertriebssystemen der Automobilhersteller vorbei in den „freien“ Ersatzteilmarkt zu liefern⁵⁴, wenngleich sie in der Regel den ungleich größeren Teil ihrer Produktion für die Neuwagenproduktion und das Ersatzteilgeschäft der Automobilhersteller liefern. Für einige der führenden deutschen, französischen und italienischen Kraftfahrzeugteileproduzenten ist sogar festzuhalten, daß sie 64 - 90 % ihrer Produktion an die Automobilhersteller liefern⁵⁵. Auch aus diesen Zahlen läßt sich erahnen, warum selbst bedeutende Unternehmen der Kraftfahrzeugteileindustrie sich in der Debatte um die Zulässigkeit von vertikalen Bezugsbindungen im Ersatzteilvertrieb der Automobilindustrie kaum zu Wort melden und den Kampf gegen Beschränkungen weitgehend dem automobilhersteller-ungebundenen Großhandel überlassen.

Ca. 50 - 58 % der Ersatzteil- (nicht Erstausrüstungs-)produktion sollen nach verschiedenen Angaben⁵⁶ an den Automobilherstellern vorbei in den Ersatzteil-

50 Marfels, a.a.O. (Fn. 3), 130, 132.

51 Marfels, a.a.O. (Fn. 3), 154.

52 Marfels, a.a.O. (Fn. 3), 157.

53 Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 4.4., 4.13.

54 Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 4.4.

55 EIU-Report, a.a.O. (Fn. 7), 185.

56 Daimler-Benz AG, Schriftsatz vom 27. Juli 1983; Daimler-Benz AG, Die Versorgung des Ersatzteilmarktes, a.a.O. (Fn. 19); Commission de la Concurrence, Décision No 84-2/DC relative à des pratiques par lesquelles des importateurs d'automobiles se réservent le monopole d'approvisionnement de leur réseau de distribution par certaines pièces détachées, in: B.O.C.C. vom 5. April 1984, 106; Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 3,16; Ebel, Wirtschaftsrechtliche Rahmenbedingungen für mittelständische Unternehmen in der Kfz-Branche, in: VGK-Nachrichten, Dezember 1982, Heft 6, S. 34, 35; Tietz, 149.

markt gehen. Da – entgegen Riehle⁵⁷ – sich aus den von der britischen Monopolies and Mergers Commission ermittelten Daten nicht errechnen läßt, wie hoch der (wertmäßige) Anteil der Eigenkonstruktionsteile am Ersatzteilgeschäft der Automobilindustrie insgesamt (einschließlich der Importeure) in Großbritannien ist, kann auch nicht aus den von der britischen Monopolies and Mergers Commission ermittelten Daten gefolgert werden, wie hoch der Anteil der Ersatzteilproduktion der Teile-Produzenten ist, den diese an den Automobilherstellern vorbei in den Ersatzteilmarkt liefert. Auch aus den beim Internationalen JAK-Treffen in Birmingham genannten Zahlen⁵⁸ – wonach sich das Ersatzteilgeschäft wie folgt aufteilt: Autohersteller 50 % (davon 20 % Eigenkonstruktionsteile oder Captive Parts, 30 % Zulieferteile von der „ungebundenen“ oder „unabhängigen“ Teile-Industrie), „ungebundene“ oder „unabhängige“ Teile-Industrie 50 % – läßt sich aufgrunddessen, daß diese Zahlen nicht mit den von der britischen Monopolies and Mergers Commission ermittelten Daten in Einklang zu bringen sind⁵⁹, keine gesicherte Aussage herleiten.

Den Schätzungen der britischen Society of Motor Manufacturers and Traders (SMMT) zufolge sollen sogar 75 % der sich im Wettbewerb befindlichen Teile der Ersatzteil-(Nicht-Erstausstattungs-)produktion der Kraftfahrzeugteileindustrie an den (inländischen) britischen Automobilherstellern und auch an deren Vertragshändlern und -werkstätten vorbei in den Kraftfahrzeugsersatzteilmarkt geliefert werden, während das Bild für importierte Fahrzeuge von diesem sich völlig unterscheiden soll, da Importeure einen Marktanteil von 80 - 90 % am Ersatzteilgeschäft für ihre Fahrzeuge innehaben sollen⁶⁰.

- 57 Riehle, Britische Monopolkommission: Monopolisierungstendenzen am Markt für Kraftfahrzeug-Ersatzteile, in: VKG-Nachrichten (Nachrichten des Verbandes der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V.), Okt. 1982, Heft 5, 41. – Riehle hat übersehen, daß der von der Monopolies and Mergers Commission, a.a.O. (Fn. 1), unter Appendix D, para. 18 genannte Wert (wholesale supply of replacement car parts by car suppliers) auch den Umsatz der Importeure miteinbezieht, Appendix D, para. 6, während die Aussage unter para. 3.8, daß Kraftfahrzeughersteller nur etwa 20 % der für ihr Ersatzteil benötigten Ersatzteile selbst herstellen, sich ausdrücklich nur auf inländische, d.h. britische, Kraftfahrzeughersteller bezieht und sich daher nicht ohne weiteres auf die unter Appendix D, para. 18 genannten Zahlen übertragen läßt.
- 58 Internationales JAK (Junioren-Arbeitskreis) – Treffen vom 28. - 31. Oktober 1982 in Birmingham, (Treffen der jungen Unternehmer und Junioren der FIGIEFA), Bericht aus: VKG (Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V.)-Nachrichten, Heft 2 vom April 1983, 15, 16; vgl. auch die ähnlichen Angaben der Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 3.16.
- 59 Monopolies and Mergers Commission, para. 3.8, Appendix D, para. 18.
Anmerkung: Nach den auf dem JAK-Treffen genannten Zahlen ist der Anteil der Eigenkonstruktionsteile mit 40 % am Ersatzteilgeschäft der Automobilhersteller doppelt so hoch (vgl. auch Price Commission, a.a.O. [Fn. 11], para. 3.16).
- 60 Monopolies and Mergers Commission, para. 2.14.

Auch in Deutschland haben die Vertragswerkstätten der Importeure, speziell der japanischen Importeure⁶¹, mangels ausreichender Alternativen – aufgrund zahlenmäßig (noch) ungenügenden Vertriebs von Ersatzteilen auf den automobilherstellerungebundenen Vertriebswegen – einen verhältnismäßig hohen Grad an Kundenloyalität, wenngleich auch in den letzten Jahren Aktivitäten auf dem „freien“ Markt zu verzeichnen sind, die Angebotsalternativen auf dem Ersatzteilmarkt für Importfahrzeuge, auch fernöstlicher Provenienz, entweder durch (Direkt-)Bezug von Ersatzteilen von den Zulieferanten der jeweiligen ausländischen Automobilhersteller oder durch Nachbau von für Importfahrzeuge passenden Ersatzteilen, zu steigern⁶². Ähnliche Aktivitäten, insbesondere der Nachbau von Ersatzteilen für Importfahrzeuge durch die britische Teile-Industrie, sind auch für den britischen Markt zu konstatieren⁶³.

Zusammenfassend läßt sich die Feststellung treffen, daß ein bedeutender Teil der Kraftfahrzeugsersatzteilproduktion der „ungebundenen“ Kfz-Teile-Hersteller an den Vertriebsnetzen der Automobilhersteller vorbei in den Endverbrauchermarkt gelangen. Diese Hersteller haben – im Gegensatz zu den „gebundenen“ kleineren und mittleren Betrieben der Teile-Industrie – aufgrund ihres Know-hows sowie aufgrund ihrer Finanzkraft eine Stellung am Markt erreicht, die es den Automobilherstellern nicht ermöglicht, sie zu verpflichten, ihre Produktion ausschließlich an sie zu liefern. Auch aus diesem Grunde⁶⁴ versuchen die Automobilhersteller, durch unmittelbare vertragliche oder auch faktische Bindungen wenigstens ihre Vertragshändler dazu zu veranlassen, ihren Ersatzteilbedarf ausschließlich bei ihnen zu decken, soweit es sich um Ersatzteilbedarf handelt, der für die von ihnen jeweils vertriebenen Kraftfahrzeuge benötigt wird.

Für Kraftfahrzeuge anderer Fabrikatzugehörigkeit, die von Vertragswerkstätten betreut werden, z.B. für die bei einem Neuwagenkauf in Zahlung genommenen „Fremd“fahrzeuge, gilt die angesprochene Bezugsbindung nicht. So sollen denn hier auch in hohem Maße die Vertragswerkstätten automobilherstellerfremde Vertriebswege, was allerdings von der Daimler-Benz AG in Abrede gestellt wird⁶⁵, benutzen. Nach einer von der Daimler-Benz AG durchgeführten Untersuchung sollen die Niederlassungen dieses Herstellers die für die Instandsetzung markenfremder Gebrauchtwagen benötigten Ersatzteile grundsätzlich bei den

61 Interview mit der Deutschen Automobilreuehand GmbH (DAT) vom 17. Febr. 1983.

62 Interview mit der Interessengemeinschaft der Werksvertreter (IGWV) vom 13. Juli 1983; Ersatzteillagerbesichtigung bei der Fa. Lippolt (Werksvertreter) in Hamburg vom 13. Juli 1983.

ies and Mergers Commission, para. 3.2.; Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), 3., 3.29.

ründe siehe unter 3.1.2., 3.1.3., 4.2. und 4.3.

benz AG, Schriftsatz vom 27. Juli 1983, a.a.O. (Fn. 19).

Vertragswerkstätten der jeweiligen Automarke beziehen. Eine ähnliche Aussage soll für das Verhalten der Vertragshändler der Daimler-Benz AG gemacht werden können.

2.2.4. Nachbauer von Kraftfahrzeugersatzteilen

In Deutschland wird zwischen „ausschließlichen“ und „nicht ausschließlichen“ Nachbauern unterschieden. Die britische Price Commission meint, wenn sie von „replacement parts manufacturers“ spricht überwiegend die zuerst Genannten⁶⁶. Sie hat aber dadurch, daß sie nicht die Unterscheidung zwischen „ausschließlichen“ und „nicht ausschließlichen“ Nachbauern vornimmt, Schwierigkeiten, die replacement parts makers vom Rest der übrigen Ersatzteilproduzenten klar abzugrenzen⁶⁷. Nach der hier verwandten Definition sind unter „ausschließlichen“ Nachbauern diejenigen Teileproduzenten zu verstehen, die mit keinem ihrer Produkte die Automobilhersteller beliefern und somit weder am Erstausstattungs- noch am Ersatzteilgeschäft eines Automobilproduzenten beteiligt sind. Sie produzieren zumeist entweder relativ unkomplizierte Verschleißteile, insbesondere auch Auspuffteile oder -anlagen, oder auch zum Teil Blechteile, wie z.B. vordere Kotflügel für solche Pkw-Modelle, die einen relativ großen Marktanteil besitzen, und daher eine verhältnismäßig hohe Umschlagshäufigkeit aufweisen⁶⁸.

Während Nachbauer auf dem französischen Markt eine eher untergeordnete Rolle spielen⁶⁹, bilden die Verhältnisse in Italien ein extremes Beispiel für den Nachbau von Kfz-Teilen. Der Automobilhersteller Fiat hat einen ca. 60%-Anteil an den zum Verkehr zugelassenen Personenkraftwagen. Auf diesen Umstand und die Existenz verhältnismäßig zahlreicher unabhängiger Reparaturbetriebe⁷⁰ ist es zurückzuführen, daß in Italien eine lebhaftere Nachbauteile-Industrie entstanden ist, die sogar in der Lage ist, für die am häufigsten vertretenen Fiat-Modelle das komplette Ersatzteilprogramm zu liefern⁷¹.

Die Beschränkung der Produktion auf Ersatzteile, die sich schnell umsetzen lassen, führt dazu, daß „ausschließliche“ Nachbauer insgesamt mit geringeren Kosten als ihre Konkurrenten produzieren können⁷². Teilweise drängt sich je-

66 Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 4.4.

67 Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 4.35.

68 v. Brunn, a.a.O. (Fn. 43), 67; Meyerhöfer, a.a.O. (Fn. 1), 19; Waibel, a.a.O. (Fn. 1), 19; Meyerhöfer, Geml, Würd, a.a.O. (Fn. 1), 35; Schweizerische Kartellkommission, 99.

69 Maurus, auf der Pressekonferenz vom 8. Nov. 1979, a.a.O. (Fn. 1), 13.

70 BfA-Mitteilungen der Bundesstelle für Außenhandelsinformation, vom Dezember 1978, 28. Jg. Nr. BM 373, Der italienische Markt für Pkw-Ersatzteile.

71 Schweizerische Kartellkommission, 99.

72 Schweizerische Kartellkommission, 184; v. Brunn, a.a.O. (Fn. 43), 67.

doch der Eindruck auf, daß Kostenvorteile mitunter auch darauf zurückzuführen sind, daß eine nicht unerhebliche Anzahl von „ausschließlichen“ Nachbauern Qualitäten produzieren, die unter denen von den Automobilherstellern geforderten liegen. Insbesondere soll dieser Eindruck „geringerer Qualität“ auf Auspuffanlagen und Blechteile zutreffen⁷³.

Interessant ist, daß der innerstaatliche Handel zwischen Deutschland und seinen Nachbarländern mit Produkten der „ausschließlichen“ Nachbauer im Ansteigen begriffen ist. Das läßt sich vor allem für aus Frankreich stammende Auspuffanlagen⁷⁴ und für aus Italien stammende Blechteile⁷⁵ sagen. Französische Auspuffanlagen der bezeichneten Art sind mittlerweile im gesamten Bundesgebiet erhältlich, während italienische Blechteile (überwiegend für Fiat- und VW-Modelle) vornehmlich im süddeutschen Raum durch einen bekannten bayerischen „freien“ Großhändler vertrieben werden⁷⁶.

Die überwiegende Anzahl der Betriebe, die ihre Aktivitäten ausschließlich auf den Nachbau konzentrieren, haben aufgrund der angesprochenen Qualitätsprobleme keine Chance – im übrigen wohl auch nicht die Absicht – Lieferanten der Automobilindustrie zu werden. Von dem allgemeinen Eindruck, daß „ausschließliche“ Nachbauer Kraftfahrzeugteile geringer Qualität produzieren, sind jedoch Ausnahmen zu machen. So gibt es z.B. bekannte Hersteller, die mit qualitätshochwertigen Produkten, z.B. Stoßdämpfern oder auch Auspuffanlagen mit sportlichem Charakter, nur ganz bestimmte Käuferschichten ansprechen⁷⁷, die für diese Unternehmen nur auf dem After Sales-Markt zu erreichen sind.

Zu den „nicht ausschließlichen“ Nachbauern gehören eine Vielzahl von Unternehmen, die sowohl Kraftfahrzeugteile produzieren, die in die Neuwagenproduktion (Erstausstattung) und/oder in das Ersatzteilgeschäft der Automobilhersteller Eingang finden, als auch Ersatzteile produzieren, die von den Automobilherstellern weder als Serien-, noch als Ersatzbedarf vorgesehen sind. Für die erstgenannten Teile gelten die Kraftfahrzeugteileproduzenten als Zulieferanten, während sie für die letztgenannten als „Nachbauer“ zu bezeichnen sind. Die letztgenannten Ersatzteile können letztlich auch nur auf automobilherstellerfremden Vertriebswegen Zugang zur Werkstatt- oder Facheinzelhandelsstufe finden. Aus uns von der BMW AG überreichten Unterlagen geht hervor, daß selbst namhafte und bedeutende Zulieferanten der Automobilindustrie auf diese Weise mit einigen

73 Interview mit Herrn Wiesweg (Allianz Versicherungs-AG, München) vom 27. Januar 1983.

74 Interview mit der Interessengemeinschaft der Werksvertreter (IGWV) vom 14. Januar 1983.

75 Interview, a.a.O. (Fn. 73).

76 Interview, a.a.O. (Fn. 73).

77 – mit der IGWV vom 13. Juli 1983.

ihrer Erzeugnisse zu „Nachbauern“ werden. Auch in Situationen, in denen Automobilhersteller ihre Zulieferanten wechseln, werden diese – nach der oben gegebenen Definition – zu „Nachbauern“. Daß mit einem solchen „Statuswechsel“ kein Qualitätsurteil zu verbinden ist, dürfte auf der Hand liegen. Vertreter des „freien“ Großhandels⁷⁸ und der (deutschen) Interessengemeinschaft der Werkvertreter⁷⁹, die diese „Nachbauteile“ vertreiben, weisen denn auch den Verdacht, daß es sich bei den Produkten der „nicht-ausschließlichen“ Nachbauer um Erzeugnisse handeln würde, die nicht den Qualitätsanforderungen der Automobilhersteller entsprechen würden, – mit Hinweis darauf, daß diese den guten eigenen Ruf ihres Unternehmens zu verteidigen hätten – weit von sich. Automobilhersteller, wie z.B. die BMW AG, machen demgegenüber geltend, daß die sog. nicht ausschließlichen Nachbauer sich von anderen, d.h. geringeren, Qualitätsvorstellungen als die Automobilindustrie sie habe, leiten ließen⁸⁰. Anlässlich eines Besuches⁸¹ bei der BMW AG in München wurden uns Abweichungen verschiedener Produkte, die von „nicht ausschließlichen“ Nachbauern (darunter ganz bekannte Firmen) stammen, von solchen, die BMW von seinen Zulieferanten erhalten hat (sog. „Original“-Ersatzteile) aufgezeigt. Ob und inwieweit diese Unterschiede sich auch technisch oder qualitätsmäßig auswirken, kann von uns aufgrund fehlender eigener fachlicher Kompetenz nicht beurteilt werden. Desgleichen können wir nicht beurteilen, ob und inwieweit sich die Ergebnisse der Einzeldemonstration verallgemeinern lassen. Jedoch geht aus Unterlagen der Volkswagenwerk AG⁸² hervor, daß es durchaus Fälle gibt, in denen die Qualitätsmerkmale der von „nicht ausschließlichen“ Nachbauern stammenden Ersatzteile nicht denen der sogenannten „VW-Original-Ersatzteile“ entsprechen.

Angesichts der diversen Vorbehalte der Automobilindustrie gegenüber Erzeugnissen der „Nachbauindustrie“ nimmt es Wunder, daß auch einige Automobilhersteller bzw. deren Tochtergesellschaften sich unter die „Nachbauer“ begeben haben. Sie vertreiben innerhalb ihrer sogenannten „all makes“-Programme Ersatzteile passend (auch) für Konkurrenzfahrzeuge, z.B. British Leyland („Unipart“), Ford („Motorcraft“), General Motors („AC Delco“) und Talbot („Motatquip“)⁸³, während die Volkswagenwerk AG über ihre Tochtergesellschaft Votex

78 Interview mit dem (deutschen) Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V. vom 22. Dezember 1982.

79 Interview mit der IGWV vom 13. Juli 1983.

80 Interview mit der BMW AG vom 18. Februar 1983.

81 A.a.O. (Fn. 80).

82 Unterlagen der Volkswagenwerk AG, uns überreicht von dieser anlässlich eines Interviews am 10. Dezember 1982 (Kopien der Schriftsätze und Anlagen der VW AG in dem „VW-Original-Ersatzteil II“-Verfahren vor dem Bundeskartellamt, dem Kammergericht und dem Bundesgerichtshof).

83 Monopolies and Mergers Commission, para. 2.11; Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 4.8., 4.55.

GmbH Teile und Zubehör auch für „Fremd“fahrzeuge vertreibt⁸⁴. Laut einer – an den „freien“ Handel gerichteten – Anzeige in der Verbandszeitung der deutschen „freien“ Großhändler⁸⁵ umfaßt beispielsweise das Motorcraft-Angebot Zündkerzen, Öl- und Luftfilter, Zündungsteile, Tune-up kits (Elektro-Inspektionssätze), Keilriemen, Wischblätter und -arme, Glühlampen, Kühlungssystemteile, Kühlkonzentrat-Extras, Radlager, Stoßdämpfer, Pflegemittel und Batterien. Die Motorcraft-Teile soll es – dieser Anzeige zufolge – für fast alle in- sowie für viele ausländische Kraftfahrzeugtypen geben.

Mit dieser Ausdehnung ihrer Geschäftsaktivitäten durch „all makes“-Programme auf den Bereich der Verschleiß-, Wettbewerbs- oder Zulieferteile für „Fremd“fahrzeuge reagieren die Automobilhersteller einerseits darauf, daß das Neuwagengeschäft zukünftig nicht mehr die Steigerungsraten vergangener Jahre erwarten läßt sowie andererseits auf den Umstand, daß das Geschäft mit Eigenkonstruktionsteilen (oder „captive parts“) nachläßt⁸⁶. Beispielsweise sollen die europäischen Automobilhersteller noch 1970 mit Eigenkonstruktionsteilen (oder „captive parts“) etwa 60 % ihres Ersatzteilgeschäftes getätigt haben, während dieser Anteil 1982 nur noch ungefähr 35 % betragen haben soll⁸⁷. Dieser Rückgang des Ersatzteilgeschäftes mit Eigenkonstruktionsteilen soll auf verschiedene Faktoren, nicht zuletzt auf Qualitätssteigerungen, zurückzuführen sein⁸⁸. In Großbritannien ist British Leyland mit seinem „Unipart“-Programm besonders bekannt geworden. Insbesondere British Leyland sah sich durch die Stagnation des Neuwagengeschäfts veranlaßt, mit relativ schnelldrehenden und von der Kraftfahrzeugteileindustrie hergestellten Teilen in das Ersatzteilgeschäft für „Fremd“fahrzeuge vorzudringen⁸⁹.

84 Volkswagenwerk AG, a.a.O. (Fn. 35), 53; Bundeskartellamt, Beschluß vom 21. März 1979 – B 7-33 30 00 – RTV – 84/76, 15; Interview mit Herrn Curio (Bundeskartellamt) vom 1. Juni 1983.

85 VKG-Nachrichten, Heft 6, Dezember 1981, 31; vgl. auch Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 7.47.

86 Jones, a.a.O. (Fn. 21), 85.

87 Jones, a.a.O. (Fn. 21), 85.

88 Jones, a.a.O. (Fn. 21), 85.

89 Internationales JAK-Treffen, a.a.O. (Fn. 58), 22.

3. Distributionssysteme auf dem Markt für Kraftfahrzeug-Ersatzteile

3.1. Selektive Vertriebssysteme der Automobilhersteller

3.1.1. Marktanteile

Über 2/3 der Kfz-Werkstätten in der Bundesrepublik Deutschland sind vertraglich an die Automobilhersteller – zumeist exklusiv – gebunden⁹⁰. Sie sind in der Regel nicht nur die *Vertragswerkstätten* der jeweiligen Automobilhersteller, sondern ausgedessen, daß sie zumeist auch Neuwagen und Ersatzteile für diese vertreiben, auch die *Vertragshändler* derselben.

Der Anteil der vertraglich gebundenen Werkstätten dürfte in Frankreich etwas niedriger liegen als in der BRD. Unter Außerachtlassung der 3550 Konzessionäre, die mit der Reparatur unmittelbar nicht befaßt sind, ergibt sich ein prozentualer Anteil von 57,1 % vertraglich gebundener Werkstätten (20.000 von insgesamt 35.000). Wie in der Bundesrepublik auch, arbeiten die Werkstätten zugleich als Händler mit nur einem Automobilhersteller zusammen⁹¹.

Die Automobilhersteller beherrschen über ihre Vertragshändler und -werkstätten – nach verschiedenen Angaben⁹² – ca. 43 - 62 % des gesamten Ersatzteilmarktes in Deutschland, Frankreich und Großbritannien. In diesen Angaben sind allerdings auch die Eigenkonstruktionsteile oder „captive parts“ enthalten, die nach Ansicht der Automobilindustrie⁹³ aus der Betrachtung auszuklammern sind, weil diese Teile in die Debatte um die Zulässigkeit von Bezugsbindungen im Kraftfahrzeugersatzteilmittelbereich – ausgedessen, daß sie dem Wettbewerb faktisch ohnehin nicht zur Verfügung ständen – nicht einzubeziehen seien. Folgt man dieser Ansicht und berücksichtigt Eigenkonstruktionsteile nicht, so soll sich nach deutschen Angaben⁹⁴ ein Marktanteil für die Automobilhersteller nunmehr

90 Monopolkommission, a.a.O. (Fn. 1), Ziffer 142.

91 FEDA (Fédération des Syndicats de la Distribution Automobile), Dossier d'information, Les Négociants Indépendants dans la Distribution Automobile, 1980, 3.

92 Monopolies and Mergers Commission, Appendix D, para. 18 (ca. 43 % incl. Reifenumsatz); Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 3.16., 4.39. (ca. 50 % ohne Reifenumsatz); Interview mit der BMW AG vom 18. Febr. 1983 (ca. 51 % mit Kfz-Zubehörteilen); The Society of Motor Manufacturers & Traders Ltd. (SMMT) nach Riehle, a.a.O. (Fn. 57), 41 Fn. 3 (ca. 52 %); schriftliche Stellungnahme der Daimler-Benz AG vom 27. Juli 1983 (ca. 60 %); Daimler-Benz AG, Die Versorgung des Ersatzteilmarktes ..., a.a.O. (Fn. 19), (ca. 62 %); Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V./Interessengemeinschaft der Werksvertreter für Kfz-Teile e.V., 24 (ca. 62 %).

93 Schriftliche Stellungnahme der Daimler-Benz AG vom 27. Juli 1983.

94 Schriftliche Stellungnahme der Daimler-Benz AG vom 27. Juli 1983; Daimler-Benz AG, Die Versorgung des Ersatzteilmarktes ..., a.a.O. (Fn. 19).

„nur“ noch von ca. 45 - 48 %, nach französischen Angaben von ca. 42 %⁹⁵ und nach britischen Angaben⁹⁶ von ca. 33 - 38 % ergeben. Der Marktanteil der Importeure – dieses gilt insbesondere für die Importeure japanischer Fahrzeuge⁹⁷ – liegt aufgrund des (noch) ungenügenden Vertriebs von Ersatzteilen für Importfahrzeuge auf dem „freien“ Markt⁹⁸ z.T. wesentlich höher⁹⁹.

Nach Berechnungen und Schätzungen des deutschen Verbandes für Kraftfahrzeugteile- und Zweiradgroßhändler e.V., die in Zusammenarbeit mit dem Münchner ifo-Institut für Wirtschaftsforschung vorgenommen wurden und auf die auch das Bundeskartellamt in seinem „VW-Originalersatzteile II“-Beschuß vom 21. März 1979¹⁰⁰ zurückgegriffen hat, soll das Bedarfspotential an Kraftfahrzeugersatzteilen (einschließlich Eigenkonstruktionsteile) und -zubehör aller Formen des Kraftfahrzeugersatzteilhandels und der -verwender, also unter Vernachlässigung der Regiebetriebe und der privaten Letztverbraucher 1976 9.114.332 Mill. DM betragen haben. Im Einzelnen:

Vertragswerkstätten	5.218 Mill. DM = 57,25 %;
Freie Werkstätten	1.128 Mill. DM = 12,38 %;
Spezialwerkstätten	705 Mill. DM = 7,73 %;
Tankstellen	890 Mill. DM = 9,76 %;
Facheinzelhandel	374 Mill. DM = 4,10 %;
Großbetriebe des Einzelhandels	799 Mill. DM = 8,78 % ¹⁰¹ .

Diese Zahlen werden allerdings von der Automobilindustrie bestritten. So seien sie zum einen als veraltet anzusehen¹⁰² und zum anderen sei der Anteil der Ersatzteile, der nicht durch das Vertriebssystem der Automobilhersteller an den Endverbraucher gelangt, schwierig zu berechnen, weil die Ersatzteilverkäufe, so die Daimler-Benz AG, – im Gegensatz zu den Kraftfahrzeugverkäufen – nirgends registriert würden¹⁰³. Gleichwohl schätzt die Daimler-Benz AG das

95 A.a.O. (Fn. 56), B.O.C.C. vom 5. April 1984, 106.

96 Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 3.16.

97 Interview mit der Deutschen Automobil treuhand GmbH (DAT) vom 17. Febr. 1983.

98 Vgl. Anlage „Preisentwicklung bei Ersatzteilen“.

99 Monopolies and Mergers Commission, para. 2.14.

100 Bundeskartellamt, 7. Beschußabteilung, B 7 – 33 30 00 – RTV – 84/76, 14, 15, vollständig abgedruckt in: Arbeitskreis „Freier Kfz-Teile-Markt“, a.a.O. (Fn. 1); BKartA, WuW/E BKartA 1781.

101 Eichler, Meyerhöfer, Singer, Der Absatzmarkt des Kraftfahrzeug-Ersatzteile- und Zubehör-Großhandels in der Bundesrepublik Deutschland, 1978, Schriftenreihe des VKG, Heft 13.

102 Interviews mit der BMW AG vom 18. Febr. und 8. Juli 1983; Schriftliche Stellungnahme der Daimler-Benz AG vom 27. Juli 1983.

103 Interview mit der Daimler-Benz AG vom 28. Jan. 1983.

Gesamtvolumen des Pkw-Ersatzteilmarktes für alle Automobilhersteller in der Bundesrepublik Deutschland für 1981 auf 12,1 Milliarden DM zu Endverbraucherpreisen ohne Mehrwertsteuer. An diesem Geschäft hätten die Automobilhersteller einen Anteil von 62 %¹⁰⁴. Auch die BMW AG hält präzise Angaben über das Ersatzteilgeschäft für BMW-Fahrzeuge parat¹⁰⁵. So sollen BMW-Vertragshändler in der Bundesrepublik Deutschland derzeit am Ersatzteil- und Zubehörgeschäft einen Marktanteil von 51 % innehaben, während die Konkurrenten mit folgenden Marktanteilen vorlieb nehmen müßten: Teile- und Zubehörgeschäfte 17 %, Freie Werkstätten 9 %, Spezialwerkstätten 8 %, Tankstellen 7 %, Kaufhäuser und Supermärkte 6 % und „andere“ 2 %. Inwieweit den von der deutschen Automobilindustrie gemachten Angaben gefolgt werden kann, kann unsererseits nicht beurteilt werden, zumal die Daimler-Benz-Angaben nicht ohne weiteres – wie von dieser behauptet¹⁰⁶ – aus bekannten Untersuchungen neutraler Institute zu entnehmen sind¹⁰⁷.

Auch für Frankreich liegen präzise Angaben über die prozentuale Verteilung des Ersatzteilmarktes, auf dem 1982 ca. 29 Milliarden Francs umgesetzt wurden, nicht vor. Nach Schätzungen der französ. Commission de la Concurrence entfällt auf die Automobilhersteller ein Marktanteil von 58 %, auf die Teilehersteller und Importeure von 42 %.

Zuverlässiger scheinen uns die Angaben über Marktanteile für Großbritannien zu sein. So sollen hier Schätzungen der britischen Monopolies and Mergers Commission zufolge¹⁰⁸ die Automobilhersteller (einschließlich der Importeure) einen Marktanteil von ca. 43 % innehaben. Zu berücksichtigen ist allerdings, daß die Schätzungen der Monopolies and Mergers Commission auch Reifen einschließen. Bei Außerachtlassung des Reifengeschäfts dürfte sich das Bild zugunsten der Automobilhersteller verschieben. So kommt denn auch die britische Price Commission zu dem Schluß, daß die Automobilhersteller wertmäßig – bei Ausklammerung des Reifengeschäfts – 50 % des britischen Ersatzteilmarktes beherr-

104 Daimler-Benz AG, Die Versorgung des Ersatzteilmarktes ..., a.a.O. (Fn. 19).

105 Unterlagen der BMW AG, uns überreicht anlässlich des Interviews vom 18. Febr. 1983; Interview mit der BMW AG vom 8. Juli 1983.

106 Daimler-Benz AG, Die Versorgung des Ersatzteilmarktes ..., a.a.O. (Fn. 19). Auch eine diesbezügliche Nachfrage vom 5. Aug. 1983 bei der Daimler-Benz AG brachte keine Klarheit. Den Verfassern dieser Studie wurde von der Daimler-Benz AG mit Schreiben vom 20. Sept. 1983 lediglich mitgeteilt, daß die Angaben, die die Marktanteile betreffen, durch eine aufwendige Analyse – unter Zugrundelegung verschiedener DAT-Angaben – ermittelt worden seien. Einzelheiten der Analyse wolle man aber „den Analyseweg Außenstehenden“ aus „verschiedenen Gründen“ nicht bekanntgeben.

107 Z.B. DAT (Deutsche Automobiltreuhand) – Kundendienstreport 1981/82.

108 Monopolies and Mergers Commission, Appendix D, para. 18.

schen¹⁰⁹. Der Anteil der Importeure am Ersatzteilgeschäft für ihre Fahrzeuge ist allerdings höher anzusetzen¹¹⁰. Nach den auf dem internationalen JAK-Treffen in Birmingham genannten Zahlen¹¹¹ setzt sich die Struktur des britischen Ersatzteilmarktes wie folgt zusammen: Vertragsgebundene Automobilgroß- und Einzelhändler („franchised main dealers and retail dealers“) 50 %, freie Werkstätten („non-franchised garages“) 25 %, Fachhändler („specialist accessory shops“) 12 %, Schnelldienstwerkstätten („fitting centres“) 10 % und Tankstellen („filling stations“) 3 %.

Da die Vertragshändler und -werkstätten der Automobilhersteller nur geringe Mengen ihres Bedarfs an Ersatzteilen von automobilherstellerfremden Grossisten beziehen¹¹², entspricht ihr Marktanteil ungefähr dem der Automobilhersteller¹¹³, zumal für den deutschen Kraftfahrzeuersatzteile-Markt und desgleichen auch für den britischen Ersatzteile-Markt die Aussage getroffen werden kann, daß auch die Vertragshändler, die nicht einer direkten unmittelbaren Bezugsbindung (Ausschließlichkeitsvereinbarung) unterliegen, gleichfalls fast ihren gesamten Bedarf an Kfz-Ersatzteilen, den sie für Service- und Reparaturleistungen an Kraftfahrzeugen, für die sie Vertragshändler sind, durch Bezug beim Automobilhersteller oder über dessen Vertriebssystem decken¹¹⁴. Das gilt ganz überwiegend auch dann, wenn der Bezugspreis, den der herstelleregebundene Vertrieb offeriert, (etwas) günstiger sein sollte.

3.1.2. Mittelbare (indirekte) Bezugsbindungen als Instrument der Absatzsteuerung

Als entscheidende Gründe für das im vorangegangenen Abschnitt skizzierte Bestellverhalten der Vertragshändler sind ausgeklügelte (EDV-)Dispositionssysteme, Vorratshaltungspflichten für vom Hersteller vertriebene Ersatzteile, Garantieregelungs-, Rabatt- und Überwachungssysteme der Automobilhersteller zu nennen¹¹⁵. Doch werden nicht alle diese „mittelbaren“ Bindungen von den Vertragshändlern als negativ eingeschätzt. So führen beispielsweise die Dispositionssysteme der Automobilhersteller zu einer effizienten Lagerhaltung der Vertrags-

109 Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 3.16., 4.39.

110 Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 3.17.; Monopolies and Mergers Commission, para. 2.14.

111 Internationales JAK-Treffen, a.a.O. (Fn. 58), 16.

112 Monopolies and Mergers Commission, para. 3.12.; Appendix D, para. 27.

113 Monopolkommission, a.a.O. (Fn. 1), para. 144.

114 Monopolies and Mergers Commission, para. 4.2.; Monopolkommission, a.a.O. (Fn. 1), para. 144.

115 Monopolies and Mergers Commission, para. 4.6. - 4.31.; Monopolkommission, a.a.O. (Fn. 1), para. 144, 163, 164; Schweizerische Kartellkommission, 148 - 153; Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V./Interessengemeinschaft der Werksvertreter für Kfz-Teile e.V., 63 ff.

händler; u.a. melden die Dispositionssysteme den Vertragshändlern Fehlbestände in ihrer Ersatzteillagerhaltung, die diese mitunter noch gar nicht wahrgenommen haben¹¹⁶. Des weiteren können Vertragshändler aufgrund der von dem Automobilhersteller zentral vorgenommenen Dispositionen Arbeitskräfte einsparen, die ansonsten die Ersatzteildispositionen vornehmen müßten¹¹⁷.

Die BMW AG¹¹⁸ behauptet von sich, über ein besonders fortschrittliches und vorbildliches maschinelles Bestandsführungs- und Dispositionssystem zu verfügen. Es ermittle 14tägig sämtliche Lagerbewegungen im Händlerbetrieb, stelle die Lagerbestände und -mengen wertmäßig fest und schlage automatisch die optimalen Bestellungen vor, wobei organisatorische, teiletechnische, händlerpolitische und gesetzliche Spezifika Berücksichtigung fänden. Der BMW-Händler könne sogar auch sämtliche nicht bei BMW gekauften Artikel über das Bestandsführungs- und Dispositionssystem laufen lassen und habe völlige Freiheit, den Bestellvorschlag nach unten oder oben abzuändern, ganz zu streichen oder die ermittelte Bestellmenge außerhalb des Vertriebssystems von BMW zu beziehen. Aufgrund der großen Anzahl der Teilepositionen aufgrund sich ständig ändernder Teilesortimente mit völlig unterschiedlichen saisonalen Bedarfsschwankungen stelle dieses Instrumentarium eine optimale Hilfe dar und führe auch zu händleroptimalen Lagerbestandswerten hinsichtlich Umfang, Lagerwert und Bestandsstruktur. Auch für den Endverbraucher ergebe sich hieraus eine sehr hohe Serviceverfügbarkeit aller nachgefragten Ersatzteile. Inwieweit BMW-Händler von der Möglichkeit, Ersatzteile auf dem freien Markt zu beziehen, tatsächlich Gebrauch machen, und inwieweit das BMW-Dispositionssystem nicht auch mittelbare Bezugsbindungen bewirkt, kann von uns nicht im einzelnen eingeschätzt werden. Doch haben wir durch Vertragshändler in Erfahrung gebracht, daß diese – wenngleich auch nur in geringem Maße – Möglichkeiten haben, nicht „nur“ mittelbare Bezugsbindungen, sondern z.T. auch vertragliche Ausschließlichkeitsvereinbarungen wie die mit der Volkswagenwerk AG geschlossenen zu umgehen. Doch scheint das Maß dieser Möglichkeiten mit der Intensität der Bindungen zu korrelieren. So sollen nach Schätzungen der (deutschen) Interessengemeinschaft der Werksvertreter¹¹⁹ (deutsche) VW-Händler nur 2 % ihres Vertragshändlerbedarfes an Ersatzteilen bei automobilherstellerfremden Grossisten decken, Ford- und Opelhändler 5 - 6 % und Mercedes-Benz-Händler

116 Interview mit Opel-Händler.

117 Interview mit Herrn Curio (Bundeskartellamt) vom 1. Juni 1983.

118 Interview mit der BMW AG vom 18. Febr. 1983 und BMW-interne Unterlagen.

119 Interview mit der (deutschen) Interessengemeinschaft der Werksvertreter (IGWV) vom 13. Juli 1983; Schriftsatz (Auszug) eines westfälischen Vertragshändlers an die Daimler-Benz AG vom 26. Nov. 1982 (uns überreicht durch die Daimler-Benz AG mit Schreiben vom 1. März 1983): „Unser Fremdbezug ist, durch Ihre Prüfung erwiesen, bei uns unter 10 %, d.h. also, daß wir rund 93 % aller Teile von Ihnen direkt beziehen. Damit dürften wir beim Vergleich zu unseren Kollegen ziemlich an der Spitze liegen“.

10 - 11 %. Der relativ „hohe“ Fremdbezug der Mercedes-Benz-Händler ist nach Ansicht der Werksvertreter auf den Umstand zurückzuführen, daß die vergleichsweise liberale Haltung der Daimler-Benz AG – die allerdings zu Beginn der siebziger Jahre ein Ende gefunden hat¹²⁰ – es ermöglicht habe, Geschäftsbeziehungen zwischen dem freien Handel und den Werkstätten dieses Fabrikates zu knüpfen¹²¹.

3.1.3. Argumente und Fakten zu den Ersatzteilbezugsbindungen

Die unmittelbaren und mittelbaren Bezugsbindungen im Ersatzteilbereich rechtfertigen die Automobilhersteller mit ihren Vertriebsphilosophien oder Marketingstrategien.

So könne das Neuwagen- und das Ersatzteil-/Werkstattgeschäft nach Auffassung der Automobilhersteller nur als Einheit betrachtet werden.

Zur wettbewerbspolitischen Problematik dieser Sichtweise kann auf die in Kapitel 5, 2.3. dargestellte Theorie des Gruppenwettbewerbs verwiesen werden. Nach Ansicht der Automobilhersteller steht ihr Ersatzteilgeschäft in einem nicht nur wirtschaftlichen, sondern auch in einem technisch-funktionellen Zusammenhang mit der Produktion und dem Verkauf von neuen Kraftfahrzeugen. Erst durch die Produktion und den Verkauf von Kraftfahrzeugen werde ein Bedarf an Ersatzteilen hervorgerufen. Ein zuverlässiges und flächendeckendes Service- und Reparaturnetz mit einem alle Ersatzteile umfassenden Distributionssystem sei Voraussetzung für ein erfolgreiches Neuwagengeschäft. Ein Verbraucher werde sich nur für ein Fabrikat entscheiden, von dem er auch wisse, daß ihm für das Neufahrzeug ein vom Hersteller getragenes Servicenetz zur Verfügung stehe. Nur ein vom Hersteller auf den jeweiligen Fahrzeugtyp zugeschnittener Service mit ständig vom Hersteller geschultem Personal und einer umfangreichen – auch die schwergängigen Teile umfassenden – Ersatzteilversorgung, könne diese Kundenerwartung erfüllen. Desgleichen sei ein zufriedener Kunde eher geneigt, bei einem erneuten Kaufentscheid das Fabrikat zu berücksichtigen, mit dem und mit dessen Kundendienst er bereits positive Erfahrungen sammeln konnte. Auf diese Weise erzeuge man beim Kunden Markenloyalität. Ein guter Kundendienst sowie eine gute Teile-Versorgung diene also der Vorbereitung eines Neuwagengeschäftes. Das selektive, eng an den Hersteller gebundene und von ihm gesteuerte Vertriebsnetz sei unabdingbare Voraussetzung, dieses Ziel zu erreichen.

120 Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V./Interessengemeinschaft der Werksvertreter für Kfz-Teile e.V., 83.

121 Interview mit der Interessengemeinschaft der Werksvertreter vom 1. Juni 1983.

Es ginge den Automobilherstellern mit der ihren Vertragshändlern auferlegten Bezugsbindung für Ersatzteile keineswegs um eine Verdrängung mißliebiger Wettbewerber des „zweiten“ Vertriebsweges für Ersatzteile vom Markt, sondern darum, im Wettbewerb mit anderen Herstellern und deren Absatzsystemen bestehen zu können („Gruppenwettbewerb“)¹²².

Nach der Auffassung von Sölter¹²³ können Konkurrenten innerhalb eines selektiven Absatzsystems durch intensive „Wettbewerbsbeschränkungen“ ihre externe Wettbewerbsfähigkeit – im Verhältnis zu den konkurrierenden Absatzsystemen der übrigen im Wettbewerb stehenden Automobilhersteller – erhöhen. So beobachten die Automobilhersteller ständig den Markt nicht nur für Kraftfahrzeuge, sondern auch für Ersatzteile und reagieren entsprechend u.a. dadurch, daß sie verkaufsfördernde Maßnahmen ergreifen, um ihre Marktanteile zu sichern oder zu erhöhen, indem sie z.B. durch eine aktive am Markt orientierte Qualitäts- und Preispolitik den Absatz ihrer Produkte – auch zum Vorteil ihrer Händler – fördern¹²⁴. Daß sich ihr Bestreben dabei in erster Linie auf den Absatz von Neuwagen richte und nicht etwa darauf, das gesamte Ersatzteilgeschäft an sich zu ziehen, werde auch daran deutlich, daß der Ersatzteilumsatz nur einen relativ bescheidenen Anteil am Gesamtumsatz der Automobilhersteller habe. So betrage das Verhältnis Neuwagenumsatz und Ersatzteilumsatz bei der Daimler-Benz AG etwa 9 : 1¹²⁵. Das Neuwagengeschäft sei Hauptgeschäft; das Ersatzteilgeschäft jedoch nur notwendiges und unverzichtbares Nebengeschäft¹²⁶.

Letztlich bleibe auch den nur Ersatzteile vertreibenden Wettbewerbern die Möglichkeit offen, den ungebundenen Ersatzteilmarkt zu versorgen.

Das Ziel eines möglichst optimalen Kundendienstes ist nach Auffassung der Automobilhersteller nur durch eine weitgehende enge Anbindung des Händlers an den Automobilhersteller und nur durch eine stetige und umfangreiche Kooperation zwischen Händler bzw. Werkstatt und Hersteller zu erreichen.

122 Zur Theorie des Gruppenwettbewerbs vgl. grundlegend Tietz.

123 Sölter, Bezugsbindungen in vertikalen Kooperationssystemen – 'VW-Original-Ersatz-Teile' als Beispiel, 1980, 30.

124 Interview mit der Volkswagenwerk AG vom 10. Dezember 1982 und 26. Aug. 1983; Unveröffentlichte Unterlagen der Volkswagenwerk AG zum VW-Originalersatzteil II-Verfahren; Interview mit der BMW AG vom 18. Febr. 1983; Der Spiegel, Nr. 9 vom 28. Febr. 1983, Opel überholt Volkswagen.

125 Hofer, a.a.O. (Fn. 12), 25; Für die Volkswagenwerk AG betrug 1977 das Verhältnis der Umsatzerlöse aus dem Verkauf von Fahrzeugen und Ersatzteilen 10 : 1, aus: Genth, a.a.O. (Fn. 1), 301.

126 Interview mit der Daimler-Benz AG vom 28. Jan. 1983; Interview mit der BMW AG vom 28. Febr. 1983; Interview mit der Volkswagenwerk AG vom 26. Aug. 1983.

Umfangreiche interne Unterlagen der BMW AG und der Volkswagenwerk AG deuten darauf hin, daß tatsächlich eine intensive umfangreiche Zusammenarbeit zwischen den Herstellerwerken und ihren Vertragshändlern und -werkstätten erfolgt und zwar in einem weithin höheren Maße als gemeinhin vermutet wird. Sie reicht von Beratungsleistungen der Automobilwerke bei der Er- und Einrichtung von Werkstätten über spezielle fabrikatsbezogene Kundendienstschulungen und -hilfestellungen bis hin zur Übernahme von Dispositionsleistungen beim Ersatzteilbezug vom Vertragshändler durch zentrale Einrichtungen der Automobilhersteller sowie der Unterhaltung von ständigen Informationseinflüssen zwischen Herstellerwerk und Vertragshändlern und -werkstätten über alle den Verkauf und das Kundendienstgeschäft beeinflussende Faktoren.

Jedoch scheint diese enge Zusammenarbeit von Automobilherstellern und ihren Vertragshändlern und -werkstätten nicht immer ganz unproblematisch und konfliktfrei zu sein. So willigen letztere in Vertragsbedingungen, die (auch) die Zusammenarbeit regeln, nur bedingt freiwillig ein, da diese regelmäßig auch umfassende Bestimmungs-, Weisungsbefugnisse und Kontrollrechte der Automobilhersteller vorsehen, die zu einer Einschränkung der unternehmerischen Handlungsfreiheit der Vertragshändler führen¹²⁷. Der Umstand, daß Vertragswerkstätten dennoch die durch die Hersteller gesetzten Bedingungen und Erwartungen akzeptieren, scheint daraus zu resultieren, daß sie sich durch ihren Vertragshändlerstatus ein geringeres unternehmerisches Risiko¹²⁸, also auch einen höheren geschäftlichen Erfolg versprechen¹²⁹. Nur selten gelingt es Vertragshändlern, sich gegen einseitig durch die Herstellerseite festgesetzte Vertragsbedingungen zu artikulieren¹³⁰. Der latente Konflikt zwischen Hersteller- und Handelsseite – auch im Automobilsektor – soll darin begründet sein, daß Hersteller und Handel ihre jeweiligen Marketingkonzeptionen nicht an übergeordneten Effizienz- bzw. Zielkriterien, sondern an jeweils eigenen egoistischen Interessen ausrichten¹³¹. Hersteller verfolgten, so Bauer¹³², im allgemeinen längerfristige, produktbezogene Umsatz- und Rentabilitätsziele. Produzenten orientieren sich deshalb bei der Gestaltung ihrer Marketing-Konzeptionen an Produkten und würden daher den Erfolg als produktbezogenen Marktanteil messen. Absatzmittler hingegen sähen ihre Stellung im horizontalen Wettbewerb und regions- und branchenspezifischen Umsatzanteilen und richteten ihre Absatz-

127 Berg, a.a.O. (Fn. 34), 27.

128 Berg, a.a.O. (Fn. 34), 27.

129 Monopolies and Mergers Commission, para. 4.33.

130 So aber der Verband Deutscher Opel-Händler e.V. gegenüber der Adam Opel AG, vgl. BGH NJW 1985, 623; dazu Bunte, Das Urteil des BGH zur Gestaltung von Automobilvertragshändlerverträgen, NJW 1985, 620.

131 So Bauer, Hersteller-Handels-Beziehungen im Wandel – Auf dem Weg zu einer dualen Marketing-Führerschaft im Absatzkanal, Markenartikel 10/1982, 428, 430.

132 Bauer, a.a.O.

bemühungen auf die Akzeptanz von Geschäftsstellen durch die Verbraucher aus. Als gemeinsames, wegen der Globalität aber unbrauchbares Ziel bliebe lediglich die Feststellung, daß beide durch den Absatz von Waren an Verbraucher oder Verwender ihre jeweiligen Unternehmensziele, z.B. die Marktstellung zu sichern und auszubauen, erreichen wollten¹³³.

Das Modell der partnerschaftlichen Beziehungen zwischen Automobilindustrie und Vertragshändler, dessen Existenz von zumindest der ersteren behauptet wird und das offensichtlich auch der oben skizzierten Theorie des Gruppenwettbewerbs zugrunde liegt, setzt Informations-, Anhörungs-, Mitberatungs- und Mitentscheidungsrechte des oder der betroffenen Partner voraus¹³⁴. Die ersten drei Kriterien mögen in Beziehungen zwischen den Automobilherstellern und ihren Vertragspartnern teilweise gegeben sein, doch fehlt es an einem Mitentscheidungsrecht der Vertragshändler an den Entscheidungen der Automobilhersteller, ohne das die drei zuerst genannten Rechte zwar nicht wertlos, aber für die Annahme eines partnerschaftlichen Verhältnisses – weil die Ausübung dieser Rechte keine Konsequenzen nach sich ziehen brauchen – als zu gering erscheinen¹³⁵.

Der enorme Widerhall, den das Modell der Partnerschaft auch im Automobilbereich gefunden hat – man denke beispielsweise an das Volkswagenwerk und seine V.A.G.-„Partner“ –, legt in der Tat den Verdacht nahe, daß mit Hilfe dieses Modells lediglich von der strikten Verfolgung eigener Ziele abgelenkt werden soll. Dazu operiere man, so Bauer¹³⁶, mit sogenannten „letzten Wahrheiten“, z.B. mit dem Appell „Wir sitzen doch alle im selben Boot!“ oder mit der Verpflichtung auf das „Wohl der Verbraucher“ als gemeinsames Ziel, in der Absicht, Vorteile für sich zu erlangen oder Privilegien zu konservieren. Man versuche auf diese Weise, den aus konkurrierenden Interessen resultierenden Konflikt zwischen zwei Marktseiten zu verschleiern und die systembedingten Spannungen als Ergebnis mangelnder Einsicht zu brandmarken und so den anderen zu einem Wohlverhalten zu bewegen. Der Trick mit den Verklärungen von Antinomien helfe im übrigen, die eigenen Interessen vor möglichen Störenfrieden – auch von außen – abzuschirmen. Besonders eindrucksvoll läßt sich dieses im Bereich der Bezugsbindungen für Kraftfahrzeuersatzteile demonstrieren. Nach der Philosophie und dem Selbstverständnis der Automobilhersteller ist das Ersatzteilgeschäft als Teil eines vom Automobilhersteller und seinen jeweiligen Werkstatt- und Händler„partnern“, die dann zusammen eine „Gruppe“ darstellen sollen,

133 Bauer, a.a.O.

134 Bauer, a.a.O.

135 Bauer, a.a.O.

136 Bauer, a.a.O.

offerierten „Gesamtpaketes“ oder „Leistungsbündels“ anzusehen¹³⁷, das nicht herausgebrochen werden dürfe, um nicht Ruf oder Image der Marke, insbesondere das des Fahrzeugs zu gefährden. Nichts sei für den Ruf eines Fabrikats abträglicher, als am Straßenrand infolge eines technischen Defekts liegengeliebene Fahrzeuge. Der Automobilist mache auch regelmäßig den Automobilhersteller und nicht den Zulieferanten für Defekte verantwortlich¹³⁸. Falls der Defekt – entgegen der Zielvorstellung – dann doch eintrete, sei es das Anliegen der Automobilhersteller, das Fahrzeug schnellstmöglich wieder auf die Straße zurückzubringen, was allerdings auch vom Automobilisten erwartet werde¹³⁹. Um Wiederholungsgefahren möglichst gering zu halten, sei es notwendig, die Vertragswerkstätten dazu zu verpflichten, sogenannte „Original“teile (oder „genuine parts“) zu benutzen, die zwar auch aus der Produktion der Zulieferindustrie stammen könnten, doch dann zumindest stichprobenhaft auf ihre Qualität hin untersucht worden seien. Auch sammelten die Automobilhersteller die Informationen, die sie aus den Servicenetzen über Defekte von Teilen erhielten (sogenannte „Feldüberwachung“)¹⁴⁰, um gegebenenfalls Maßnahmen zur Abstellung der (Qualitäts-)Mängel, etwa durch Lieferantenwechsel, zu ergreifen.

Bei einer Lockerung der Bezugsbindungen, *insbesondere durch deren rechtliche Ächtung*, würden Vertragswerkstätten aufgrund ihrer eher kurzfristigen Gewinn- und Rentabilitätsziele dazu neigen, vom „freien“ Markt preiswertere Teile zu beziehen, die keine qualitätssichernde Eingangsprüfung erfahren hätten und über die auch letztlich in qualitätsmäßiger Hinsicht keine eindeutige Aussage getroffen werden könne¹⁴¹.

Letztlich sei es auch – aus der Sicht der Automobilhersteller – ein geradezu „unanständiges“¹⁴² Unterfangen, dem automobilherstellerfremden, d.h. freien, Großhandel gestatten zu wollen, mit den von ihnen lediglich geführten „schnelldrehenden“ Ersatzteilen – gleichsam wie „Piraten“ – in das vom Automobilhersteller aufgebaute Vertragshändlernetz einzudringen und gleichzeitig vom Automobilhersteller zu erwarten, daß er weiterhin die kostenintensive Lager-

137 Interview mit der BMW AG vom 18. Febr. 1983; Interview mit der Daimler-Benz AG vom 28. Jan. 1983; Interview mit der Volkswagenwerk AG vom 26. Aug. 1983; Schriftliche Stellungnahme der Adam Opel AG vom 27. April 1983; Monopolies and Mergers Commission, para. 5.5.; kritisch: Kurz/Rall, Behinderungsmißbrauch, 1983, 239, 241 ff.

138 Interviews, a.a.O. (Fn. 137); Hofer, a.a.O. (Fn. 12), 25.

139 Vgl. Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 4.59.

140 Interview mit der Volkswagenwerk AG vom 26. Aug. 1983; Interview mit der BMW AG vom 18. Febr. 1983; Genth, a.a.O. (Fn. 1), 120.

141 VW-Interview, a.a.O. (Fn. 140).

142 So der Leiter des Zentralbereichs Ersatzteile der Volkswagenwerk AG (Kassel), Kempf im Interview vom 26. Aug. 1983.

haltung¹⁴³ und Distribution¹⁴⁴ von schwergängigen Ersatzteilen vornähme. Darüberhinaus sei es auch die Automobilindustrie, die durch ihre Neuwagenproduktion erst den Markt für Ersatzteile schaffe¹⁴⁵. Letztlich sei auch zu bedenken, daß die Zulieferindustrie nicht unbedeutende Mengen von Teilen, die erst aufgrund der Zusammenarbeit mit der Automobilindustrie hätten entwickelt und konstruiert werden können, auf dem (freien) Markt anbieten würden, ohne daß die Automobilhersteller versuchen würden, sie daran zu hindern. Die Bezugsbindungen für Ersatzteile seien das mindeste, was man den Automobilherstellern zubilligen müsse¹⁴⁶.

Die Vertragshändler, die im Einzelfall in schlechten Neuwagenverkaufsjahren zwei Drittel ihrer Profite im Werkstattgeschäft erzielen¹⁴⁷, neigen hingegen dazu, die Zielsetzungen der Unternehmenspolitiken ihrer jeweiligen Automobilhersteller an ihren eigenen unternehmerischen Zielsetzungen zu messen. Den hieraus resultierenden Interessenunterschieden wird von der Herstellerseite nur bedingt Rechnung getragen¹⁴⁸. Das gilt sowohl für das Neuwagen- als auch für das Ersatzteilgeschäft. So ist es z.B. für Automobilhersteller von zweitrangigem Interesse, welcher seiner (innerstaatlichen) Händler in den jeweiligen (sich überschneidenden) Verkaufsgebieten das Fahrzeug seines Fabrikats verkauft hat. Zuallererst ist für ihn wichtig, daß sein Produkt und nicht ein Konkurrenzprodukt abgesetzt worden ist; m.a.W., es kommt ihm in erster Linie darauf an, seinen Marktanteil zu erhöhen¹⁴⁹. Auch scheint im Automobilbereich noch ein Phänomen, das von der Marketing-„Branche“ als „Pull-Strategie“ bezeichnet wird, – im Gegensatz zu den anderen Bereichen problemvoller Markenartikel, wie z.B. dem der Erzeugnisse der Unterhaltungselektronikindustrie – weitgehend seine Wirkung behalten zu haben. Unter Pull-Strategie ist eine Strategie der Hersteller im vertikalen Marketing zu verstehen, die „über den Handel hinweg kommunikative Kontakte zu den Verbrauchern aufzunehmen (Sprung-

143 Vgl. Monopolies and Mergers Commission, para. 5.8; BMW-Tabelle über Umsatz- und Lagerbestandsanteile (Kapitel 2, Ziffer 2.1); Nach Angaben der Volkswagenwerk AG sind mit 1 % von 94.500 vorrätig gehaltenen Ersatzteilpositionen 60 % des wertmäßigen Umsatzes zu machen (Interview vom 26. Aug. 1983).

144 Jones, a.a.O. (Fn. 21), 86.

145 Interview mit der Volkswagenwerk AG vom 26. Aug. 1983; Interview mit der Daimler-Benz AG vom 28. Jan. 1983; Müller/Scholz/Schreven, Einkaufsbedingungen auf dem Prüfstand, Band 1: Automobil-Industrie, Deutscher Wirtschaftsdienst, 1979, 22.

146 Interview mit der Daimler-Benz AG vom 28. Jan. 1983.

147 Jones, a.a.O. (Fn. 21), 85.

148 Autohaus Nr. 23/24/1982, 2578, Probleme zwischen Händlern und Herstellern nicht überbrückbar; Rodde, Die Händler-Werk-Beziehung aus aktueller Sicht: Partnerschaft im Verdrängungswettbewerb, Autohaus 23/24/1981, 2670; Panzer, Der Markt für Pkw-Wartungs- und Reparaturleistungen in der Bundesrepublik Deutschland, 1981, 290.; Hofer, Ein Plädoyer für Partnerschaft, Autohaus 21/1982, 2382.

149 Rodde, a.a.O. (Fn. 148).

werbung) und bei diesen einen Nachfragesog auszulösen“¹⁵⁰ vermag. So hat denn auch eine Erhebung des (deutschen) Marktforschungsinstituts Infratest, die im Auftrag des Allgemeinen Deutschen Automobil-Clubs e.V. (ADAC) durchgeführt wurde, ergeben, daß – Ausnahme: die Käufer von japanischen Fahrzeugen – bei Kaufentscheidungen der Verbraucher die Markenentscheidung absolut im Vordergrund steht¹⁵¹. Die Feststellung, daß der Kaufentscheid des Konsumenten hinsichtlich eines Neuwagens überwiegend in allererster Linie eine Entscheidung zugunsten eines bestimmten Fabrikats und weniger – oder erst sekundär – die Entscheidung zugunsten einer bestimmten (Vertrags-) Werkstatt ist, bringt es mit sich, daß der Händler – im Neuwagengeschäft – primär die Händler mit derselben Markenvertretung als Konkurrenten ansieht und erst in zweiter Linie den Fremdfabrikate vertreibenden Vertragshändler¹⁵².

Die skizzierten Interessenunterschiede zwischen Hersteller und Vertragshändlern sind zumindest potentiell geeignet, unterschiedliche Beurteilungen bspw. hinsichtlich der Fragen der Verdichtung von Vertragshändlernetzen, der Bevorratung und der Bestimmung von Mindestverkäufen an Neufahrzeugen hervorzu-rufen¹⁵³; z.B. macht Volkswagen die Verleihung des Vertragshändlerstatus für jedes Fahrzeugmodell an ihre V.A.G.-„Partner“ von der Erreichung bestimmter Jahresabsatzziele für das jeweilige Fahrzeugmodell abhängig, das bedeutet, daß der V.A.G.-„Partner“ für einzelne Fahrzeugmodelle das Recht, diese im eigenen Namen und für eigene Rechnung zu vertreiben, verlieren kann, falls er die von VW vorher bestimmten und mit ihr vereinbarten Jahresabsatzzahlen nicht erreicht oder von vornherein den von der VW AG festgelegten Jahresabsatzzielen nicht zustimmt; ihm verbleibt dann lediglich die Möglichkeit, die Modelle, für die er den Vertragshändlerstatus verloren oder erst gar nicht erhalten hat, für andere V.A.G.-„Partner“ quasi als Vermittler, mit entsprechend gekürzten Gewinnspannen, zu verkaufen¹⁵⁴. Sein Status als Vertragswerkstatt bleibt hierdurch unbeeinträchtigt. Doch auch der After Sales-Bereich ist nicht ganz konfliktfrei. Vertragshändler und -werkstätten neigen, wie oben schon angedeutet, durchaus dazu, sich auf dem automobilherstellungebundenen, d.h. „freien“ Ersatzteil-

150 Ahlert, Probleme und wechselseitige Abhängigkeiten einer betriebswirtschaftlichen, rechtlichen und volkswirtschaftlichen Beurteilung vertraglicher Vertriebssysteme, in: Ahlert (Hrsg.), Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, 1981, 21.

151 ADAC-motorwelt, Nr. 10/1980, 32, 33; vgl. auch eine neuere Repräsentativ-Befragung des Bielefelder EMNID-INSTITUTS mit dem Titel „Untersuchung der Kauf-motive beim Pkw-Neukauf“, (Okt. 1983), unveröffentlicht, die zum gleichen Er-gebnis kommt.

152 Rodde, a.a.O. (Fn. 148); Tietz, 272.

153 Rodde, a.a.O. (Fn. 148); Pütz, Das selektive Vertriebssystem darf keine Falle sein, Autohaus 1-2/1981, 20.

154 VW/AUDI-Händlerverträge, verbunden mit zusätzlichen Informationen, z.B. BKartA, „Tätigkeitsbericht 1975“, BT-Drucksache 7/5390, 54 f.

markt nach für sie preislich günstigen Ersatzteilen umzuschauen. So hat beispielsweise die Daimler-Benz AG zu Anfang der siebziger Jahre entdeckt, daß „ihre“ Vertragshändler sich zunehmend mit schnellgängigen durch den „freien“ Großhandel gelieferten Ersatzteilen eindeckten¹⁵⁵. Darauf hat die Daimler-Benz AG auf verschiedene Weise reagiert. Zum einen preislich¹⁵⁶ und zum anderen durch verschiedene als Kontrollen wirkende Maßnahmen. Eine solche Maßnahme mit Kontroll- oder Bezugsbindungswirkung war die Einführung des EDV-Dispositionssystems „Comparts“¹⁵⁷. Es erfüllt weitgehend Aufgaben und Funktionen, die mit denen des oben beschriebenen BMW-MBD (*Maschinelle Bestandsführung und Disposition*)-Systems vergleichbar sind. Jedoch mit einer gewichtigen Ausnahme. So unterbreitet das „Comparts“-System dem Händler zwei Bestellvorschläge und zwar einen für schwergängige Teile, von dem der Vertragshändler *ohne* Begründung abweichen kann, und einen für schnellgängige Teile, von dem der bestellende Händler nur *mit* Begründung abweichen kann. Der Sinn und Zweck einer solchen Regelung dürfte auf der Hand liegen. Unproblematisch für das Ersatzteilgeschäft der Daimler-Benz AG ist die Regelung für schwergängige Teile, weil hier Konkurrenz durch den „freien“ Ersatzteilgroßhandel kaum zu erwarten ist. Um so wichtiger ist die Regelung für die schnellgängigen Teile, denn hier ist die Gefahr, daß der Händler „fremdgeht“, am größten. Wenngleich auch der Daimler-Benz-Vertretervertrag (nach dem der Vertreter für das Ersatzteil- bzw. Werkstattgeschäft Eigenhändler ist) keine direkten Bezugsbindungen bzw. Bestellverpflichtungen für Ersatzteile vorsieht, so kann doch von der Regelung für schnellgängige Teile, nach der der Händler, falls er dem „Comparts“-Bestellvorschlag nicht folgen will, eine Begründung für dieses Verhalten abzugeben hat, ein starker psychologischer Bindungsdruck ausgehen. Dieser Druck wird noch zusätzlich durch sogenannte Inspektionen verstärkt, die sicherstellen sollen, daß der Vertragshändler nicht dem Automobilhersteller unbekannte Kanäle zum Ersatzteilbezug nutzt. Daß diese Inspektionen durchaus fündig werden können, belegt die Dokumentensammlung des Arbeitskreises „Freier KFZ-Teile-Markt“¹⁵⁸. Dort ist als Beispiel ein Brief eines Daimler-Benz-Händlers an einen automobilherstellerungebundenen Kraftfahrzeugteile-Großhändler enthalten, in dem dieser um Verständnis dafür bittet, daß die letzte Teilebestellung „sehr abgemagert“ ausgefallen sei. Ursache dafür sei, daß „unglücklicherweise“ die Daimler-Benz-Lagerinspektion sich just zu dem Zeitpunkt in seinem Händler-

155 Interview mit der Daimler-Benz AG vom 28. Jan. 1983.

156 Interview a.a.O. (Fn. 155); Interessengemeinschaft der Werkvertreter, Automobilhersteller wollen ihr Teilegeschäft durch wettbewerbsbehindernde und leistungsfremde Maßnahmen absichern, Autohaus 7/78, 522.

157 Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V./Interessengemeinschaft für Werkvertreter für Kfz-Teile e.V., 82.

158 Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweiradgroßhändler e.V./Interessengemeinschaft der Werkvertreter für Kfz-Teile e.V., Dokument Nr. 143; vgl. auch Schriftsatz (Auszug), a.a.O. (Fn. 119).

betrieb aufhielt, als eine Sendung des freien Großhandels eintraf. Die DB-Inspektoren hätten diese Sendung fotografiert und die Versandetiketten an sich genommen. Drei Tage später seien dann bei ihm „maßgebliche Herren“ aus Stuttgart-Untertürkheim vorstellig geworden, die mit ihm „sehr ernsthafte Gespräche betreffend den Fremdeinkauf“ geführt hätten. Überhaupt meint die Daimler-Benz AG – wie auch viele andere Automobilhersteller – im Gegensatz zu bspw. VW, auf strenge Ersatzteilbezugsbindungen verzichten zu können und mehr mit Kontrollmaßnahmen und moralischen Appellen an die gemeinsame Sache bei ihren Vertragshändlern erreichen zu können¹⁵⁹.

Schon 1971 meinte das Münchner ifo-Institut für Wirtschaftsforschung für den deutschen Markt feststellen zu können, daß die Automobilhersteller ihr Bestreben, den Ersatzteile- und Zubehörbedarf ihrer Vertragswerkstätten voll abzudecken, mit Hilfe immer elastischerer und aggressiverer Konzeptionen, insbesondere im Hinblick auf Sortiments- und Preispolitik, verfolgten, wobei allerdings die Bezugsbindungen in den Händlerverträgen als Instrument der Absatzsteuerung an Bedeutung verlören¹⁶⁰.

Wiewohl auch in Frankreich Bezugsbindungsklauseln die Grundlage des Vertragshändlervertrages bilden, scheinen Verstöße der Vertragshändler von den französischen Automobilherstellern lange nicht so rigide gehandhabt zu werden wie in der Bundesrepublik Deutschland¹⁶¹.

3.2. Der Vertrieb von Ersatzteilen über den „unabhängigen“ Großhandel

Sieht man von einigen wenigen Kraftfahrzeugteileproduzenten ab, die durch eigene selektive Vertriebsnetze, die ausschließlich die Produkte dieser Teilehersteller führen, auch auf der Einzelhandelsstufe oder Werkstattebene präsent sind – wie z.B. Bosch und Lucas¹⁶² – und läßt man die Großabnehmer außer Betracht, die auf der Einzelhandels- oder Werkstattstufe – wie z.B. Mineralölgesellschaften und Großbetriebe des Einzelhandels (Kaufhäuser, SB-Märkte u.a.) oder Schnelldienstwerkstattketten – tätig sind, so wird der Großteil der von der Industrie hergestellten Ersatzteile, die nicht durch die Vertriebskanäle der Automobilhersteller fließen, über den „unabhängigen“ Großhandel abgesetzt.

159 Hofer, a.a.O. (Fn. 12).

160 Meyerhöfer, Geml, Würl, a.a.O. (Fn. 1), 173.

161 Marfels, a.a.O. (Fn. 3), 152: „Automakers and their franchised dealers and workshops have exclusive supply clauses for the 'proper' channels of distribution of replacement parts. But in contrast to the situation in Germany there is lenient attitude towards enforcement of these clauses“.

162 Monopolies and Mergers Commission, para. 4.62; Panzer, a.a.O. (Fn. 148), 152.

Unter diesem Oberbegriff „unabhängiger Großhandel“ sind in Großbritannien die „Independent Wholesalers“ (freie Kfz-Teile-Großhändler ohne Filialnetze), die „National Wholesalers“ (freie Kfz-Teile-Großhändler mit Filialnetzen) und die „Cash and Carry Outlets“ (freie Abholgroßhändler) zu subsumieren, während in Deutschland zum „unabhängigen Großhandel“ zum einen der traditionelle „freie“ Großhandel, zumeist nur „freier“ Großhandel genannt, und zum anderen die sogenannten „Werksvertreter“ gehören. Bei den Werksvertretern handelt es sich um selbständige Unternehmen des mittelständischen Großhandels, die aufgrund selektiver Vertriebsvereinbarungen jeweils eine eng begrenzte Anzahl von Kraftfahrzeugteileherstellern vertreten, jedoch infolge strikter Ausschließlichkeitsbindungen in aller Regel niemals Hersteller konkurrierender Teile. Die Werksvertreter scheinen – bedingt durch ihre selektiven Vertriebsvereinbarungen mit verschiedenen Kraftfahrzeugteileherstellern – den Markt wirksamer und erfolgreicher zu bearbeiten als der traditionelle „freie“ Kraftfahrzeugersatzteilegroßhandel. So soll denn auch das Logistik-System der Ersatzteilbevorratung und -versorgung in etwa dem der Automobilhersteller vergleichbar sein. Die häufig nachgefragten – und von ihren Vertragsteileherstellern produzierten – Artikel werden bei den jeweiligen Werksvertretern vorrätig gehalten, während die mitunter einmal schnell benötigten und (ausnahmsweise) nicht vorhandenen schwergängigen Teile per Express oder per „Nachtsprung“ von den Zentrallägern der Teileindustrie besorgt werden können sollen¹⁶³.

Ähnlich wie in Deutschland die Werksvertreter sollen auch in Großbritannien unabhängige Großhändler dazu übergehen, sich auf verschiedene Ersatzteilkategorien zu spezialisieren und nur die Produkte einer beschränkten Anzahl von Teileherstellern zu vertreiben¹⁶⁴.

Die Zukunft des deutschen traditionellen „freien“ Kraftfahrzeugersatzteilegroßhandels erscheint aufgrund seines Funktionsverlustes, der zum einen in seiner unzureichenden Marktbearbeitung und zum anderen im Erstarken der Vertriebsnetze der Automobilhersteller seine Begründung findet, unter allen seinen Wettbewerbern am meisten gefährdet. Manche Betriebe des „freien“ Großhandels scheinen nur deshalb lebensfähig zu sein, weil sie sowohl auf der Großhandels- als auch auf der Einzelhandelsstufe tätig sind. Im Gegensatz zu seinen Wettbewerbern auf der Großhandelsstufe, die straff organisiert und spezialisiert sind, und im Gegensatz zu den selektiven Vertriebssystemen der Automobilhersteller, die („nur“) Ersatzteile für die von ihnen produzierten Fahrzeuge vertreiben und im Gegensatz zu den Teileherstellern, die entweder direkt oder über selektive Vertriebssysteme (Werksvertreter) ihre Produkte vertreiben, geht das Sortiment des „freien“ Großhandels zwar über die gesamte Breite der sich relativ schnell

163 Interview mit der Interessengemeinschaft der Werksvertreter (IGWV) vom 14. Jan. 1983.

164 Monopolies and Mergers Commission, para. 3.11.

umsetzenden Ersatzteile für alle Kraftfahrzeugfabrikate, jedoch selten in die Tiefe; das soll heißen, seltener gefragte, schwergängige – nicht herstellergebundene – Teile werden aus betriebswirtschaftlichen Gründen nicht vorrätig gehalten und können – falls überhaupt – nur unter zeitlicher Verzögerung herbeigeschafft werden.

Diese Situation des „freien“ Großhandels, die es für ihn unwirtschaftlich erscheinen läßt, ein tieferes Sortiment anzustreben, ist gerade dadurch natürlich auch bedingt, daß (laufende) Geschäftsbeziehungen mit Vertragshändlern aufgrund der ihnen von ihren Automobilherstellern auferlegten unmittelbaren und mittelbaren Bezugsbindungen für Ersatzteile in einem weitaus geringeren Maße bestehen – sie würden sich ohne solche Bedingungen gewiß anders entwickeln können¹⁶⁵. Von den Vertragshändlern werden freie Großhändler oft dann herangezogen, wenn die Vertragshändler Ersatzteile für „Fremd“fahrzeuge benötigen, also für Fahrzeuge, die nicht Gegenstand vertraglicher Absprachen mit den Automobilherstellern sind. Es handelt sich bei den „Fremd“fahrzeugen zu meist um solche, die im Rahmen eines Neuwagengeschäftes in Zahlung genommen wurden und für das Gebrauchtwagengeschäft instandgesetzt werden, oder um solche, die Vertragswerkstätten konkurrierender Fabrikate aufgrunddessen, daß die „eigene“ Vertragswerkstatt wegen zu geringer Netzdichte des jeweiligen Fabrikats (z.B. auf dem „flachen“ Land) zu weit entfernt liegend erscheint, in Anspruch nehmen¹⁶⁶. Darüber hinaus scheint es dem „freien“ Großhandel wie auch den Werksvertretern mitunter zu gelingen, im Rahmen des Ersatzteilgeschäftes für die sog. „Fremd“fahrzeuge auch Ersatzteile für vertragsgebundene Kraftfahrzeuge zu liefern. Nur auf diese Weise können manche Vertragshändler die ihnen von den Herstellern auferlegten unmittelbaren und mittelbaren Bezugsbindungen umgehen.

Die Stellung des unabhängigen Kraftfahrzeugsersatzteilegroßhandels in Großbritannien ist aufgrunddessen, daß die dortige nationale Teile-Industrie über eine stärkere wirtschaftliche Stellung als die nationale Automobilindustrie verfügt¹⁶⁷, relativ stärker als die des deutschen unabhängigen Großhandels, der infolgedessen, daß die Geschäfte der deutschen Teileproduzenten mit der Automobilindustrie florieren, von der Teile-Industrie auch gegen die Bezugsbindungen für Ersatzteile im Automobilsektor kaum Unterstützung erfährt. Doch scheint auch der Do it yourself-Markt (kurz: D.I.Y.-Markt) in Großbritannien größer als in der Bundesrepublik Deutschland zu sein, wenngleich auch hier die D.I.Y.-Bewegung enorme Wachstumsraten aufweist¹⁶⁸. Der starken Entwicklung des D.I.Y.-

165 Monopolies and Mergers Commission, para. 3.12.

166 Interview mit der Interessengemeinschaft der Werksvertreter vom 13. Juli 1983.

167 Interview mit Herrn Glatz vom C.L.C.A. (Brüssel) vom 19. Mai 1983.

168 Jones, a.a.O. (Fn. 21), 87; Deutsche Automobiltreuhand, „DAT-Kundendienstreport 1981/82“.

Sektors in Großbritannien sollen insbesondere die Cash and Carry Outlets (Abholgroßhändler) Rechnung getragen haben¹⁶⁹. Die Cash and Carry Outlets bedienen in erster Linie die unabhängigen Fachhändler und kleinen Werkstätten. Sie unterhalten keinen Auslieferungs-Service, holen keine Aufträge ein und gewähren auch keine Kredite, so daß sie die Geschäftskosten, die ihre Konkurrenten haben, zum großen Teil einsparen können. Auf die daraus resultierenden relativ günstigen Abgabepreise soll es zurückzuführen sein, daß sich die Anzahl der freien Fachhändler in Großbritannien in den siebziger Jahren um das Zehnfache erhöht habe und diese sich im Preiswettbewerb mit anderen Konkurrenten recht aggressiv verhalten können¹⁷⁰. Wenngleich auch dem unabhängigen Großhandel – angesichts der beschränkten Zugangsmöglichkeiten zu den Vertragswerkstätten – zum Teil auch eine bemerkenswerte Leistungsfähigkeit bescheinigt werden muß, so erscheint es dennoch als ausgeschlossen, daß der unabhängige Großhandel die Versorgung des gesamten Kraftfahrzeuersatzteilmarktes anstelle der Automobilhersteller übernehmen kann¹⁷¹. So werden in den Ersatzteillägern der Automobilhersteller – von Fabrikat zu Fabrikat unterschiedlich – 40.000 - 250.000 Ersatzteilpositionen vorrätig gehalten. Würde der „freie“ Großhandel die gesamten Ersatzteilsortimente aller Automobilfabrikate bzw. aller Fahrzeugmodelle zusammenführen und vorrätig halten wollen, so müßte seine Kapazität um ein vielfaches ausgeweitet werden. Dieses erscheint aus finanziellen, betriebswirtschaftlichen und organisatorischen Gründen nicht wahrscheinlich.

4. Selektive Vertriebssysteme der Automobilindustrie und ihre Auswirkungen auf der Endverbraucherstufe

4.1. Preise

Vielfach wird behauptet, daß sich die selektiven Vertriebssysteme der Automobilhersteller negativ auf Verbraucherendpreise auswirken würden¹⁷². Insbesondere wird in diesem Zusammenhang die Behauptung aufgestellt, daß diese selektiven Vertriebssysteme in Verbindung mit unverbindlichen Preisempfehlun-

169 Internationales JAK-Treffen, a.a.O. (Fn. 58); Monopolies and Mergers Commission, para. 3.14.

170 Internationales JAK-Treffen, a.a.O. (Fn. 58).

171 So aber Arbeitskreis „Freier Kfz-Teile-Markt“ in seiner Stellungnahme vom 7. Juni 1982 zum EG-Gruppenfreistellungs-vorentwurf, gerichtet an den (deutschen) Bundesminister für Wirtschaft.

172 Monopolies and Mergers Commission, para. 6.30.; Reich, Preisempfehlungen und Preisbindungsverbot, in: Cox/Jens/Markert, Handbuch des Wettbewerbs, 1981, 369, 370.

gen deren Durchsetzbarkeit sowohl im Neuwagen-¹⁷³ als auch im Kraftfahrzeugteilemarkt¹⁷⁴ bis hin zu faktischen Preisbindungen begünstigen würden. Für den Neuwagenbereich wurde darüberhinaus jedenfalls noch vom BKartA in seinem „VW-Original-Ersatzteile“-Beschluß unterstellt, daß zumindest zwischen den Fabrikaten der führenden Automobilhersteller kein Interbrand-Preiswettbewerb stattfindet¹⁷⁵.

4.1.1. Verbraucherendpreise im Neuwagenbereich

Die Aussagen, die den Neuwagenbereich betreffen, resultieren offensichtlich aus den Beobachtungen, daß die Automobilhersteller hier parallele Preiserhöhungen vornehmen, d.h., erhöht ein Hersteller seine Neuwagenpreise, so folgen die meisten Hersteller konkurrierender Fabrikate ihm hierin mit nahezu identischen Preissteigerungsraten. Auch scheinen Vertragshändler nur bedingt bereit zu sein, von den unverbindlichen Preisempfehlungen im Neuwagengeschäft abzurücken. Desweiteren sind Listenpreissenkungen durch die Automobilhersteller äußerst selten zu registrieren. Doch alle diese Beobachtungen rechtfertigen nicht den Schluß, daß im Neuwagenmarkt kein Preiswettbewerb stattfände, wenngleich sie diesen Schluß auf den ersten Blick hin als naheliegend erscheinen lassen. Denn bei näherer Betrachtung wird man – entgegen vielfacher Mutmaßung – die Existenz eines Preiswettbewerbs auch im Neuwagenbereich nicht in Abrede stellen können. So kommt denn auch Berg¹⁷⁶ zu dem Schluß, daß Preiswettbewerb sehr wohl stattfände und sich auf verschiedene Weise vollziehe. Auf seine Analyse soll hier zurückgegriffen werden. Zum einen, so Berg, würden die Preise neu eingeführter Modelle in ihrer Relation den Preisen des Angebots, mit dem diese Modelle konkurrieren sollen, so fixiert, daß sie dem Erreichen des angestrebten Absatzzieles nicht entgegenständen. So sei auch die von den japanischen Herstellern in der Bundesrepublik verfolgte Zielsetzung eines kräftig gesteigerten Marktanteils sehr wesentlich dadurch erreicht worden, daß man hier zu Preisen angeboten habe, die erheblich unter denen lagen, die für die vergleichbaren Modelle der etablierten Hersteller gefordert worden seien. Zum anderen könne der vom Käufer tatsächlich gezahlte Preis bei ungünstiger Konjunktur oder schwacher Wettbewerbsposition erheblich unter den Listenpreis absinken. Dieser sei dann nur noch der Ausgangspunkt eines Bargainingprozesses, in dessen Verlauf der Käufer umso höhere Preisnachlässe durchsetzen können, je geschickter und

173 Ulmer, Verbraucherpreisempfehlung und Rabattverbot – Zur Problematik faktischer Bindungswirkung von Preisempfehlungen für Kraftfahrzeuge aufgrund von Preisangebenverordnung und Rabattgesetz, GRUR Int. 1983, 611.

174 Reich, Neue Tendenzen des kartellrechtlichen Verbraucherschutzes in der BRD, ZVP 1977, 227, 237.

175 BKartA, (Fn. 84), 16; vgl. aber einschränkend: BKartA, TB 1979/80, BT-Dr. 9/565, 59.

176 Berg, a.a.O. (Fn. 34), 40; vgl. aber auch insgesamt zum Preiswettbewerb Genth, a.a.O. (Fn. 1), 303, der zu gleichen Ergebnissen kommt.

hartnäckiger er verhandele, je schlechter die allgemeine Absatzsituation der Branche zum betrachteten Zeitpunkt beschaffen und je weniger marktgängig das Modell sei, das erworben werden solle. Einem Bericht der Verbraucherzeitschrift „test“ ist zu entnehmen, daß selbst in den Zeiten starker Nachfrage nach Neuwagen durch zähes Verhandeln oft – und teilweise bis zu 10 % hohe – Preisnachlässe, bezogen auf die unverbindliche Preisempfehlung, erreicht werden können¹⁷⁷.

Die vom Händler gemachten Konzessionen können Berg zufolge in direkten oder auch in indirekten sogenannten „versteckten“ Preisabschlüssen, etwa durch die Zugabe nicht berechneter Extras¹⁷⁸ oder durch die besonders günstige Inzahlungnahme eines vom Neuwagenkäufer angebotenen Gebrauchtwagens, bestehen. Für die Erlöseinbußen, die sie infolge derartiger Zugeständnisse hinzunehmen hätten, werde den Händlern von den Herstellern in den Fällen, in denen es sich um schwer verkäufliche Modelle handle, sogar häufig ein finanzieller Ausgleich durch sogenannte Abverkaufshilfen oder Zusatzprämien gewährt. Eine weitere Form des Preiswettbewerbs könne schließlich in der Placierung von Sonderserien gesehen werden. Ein Modell werde dazu in bestimmter Ausstattung und Farbgebung in begrenzter Auflage zu einem Preis angeboten, der zuweilen deutlich unter dem Preis läge, den der Kunde normalerweise laut Preisliste bezahlen müßte. Aus internen Unterlagen der Volkswagenwerk AG geht hervor, daß Automobilhersteller die Absatzförderungsmaßnahmen ihrer Konkurrenten laufend eingehend betrachten, analysieren und gegebenenfalls selbst mit Absatzförderungsmaßnahmen als „Gegenmaßnahmen“ beantworteten¹⁷⁹. Ein Herabsetzen der Listenpreise (unverbindliche Preisempfehlung) wird von den Herstellern so Berg¹⁸⁰, nach Möglichkeit vermieden. Man befürchte auf Seiten der Hersteller Image-Schäden, weil im Automobilbereich eine derartige Preispolitik darauf hindeute, daß das Angebot eines Herstellers vom Markt zuvor nicht akzeptiert worden sei. Gesenkte Listenpreise hätten in der Regel Ursachen und erzeugten auch Assoziationen, die dieses Mittel als Aktionsparameter im Wettbewerbsprozeß für die Hersteller stark diskreditiere. Preisnachlässe, so Berg weiter, die von den Händlern durch Abschläge von den Listenpreisen oder auf andere indirekte Weise gewährt würden, hätten dagegen Vorzüge, die gerade für Anbieter, zwischen denen ein hohes Maß oligopolistischer Interdependenz bestehe, Gewicht besäßen: „Sie können flexibel gehandhabt und gemäß den jeweils gegebenen Er-

177 test, 7/1983, 21, „Bis zu zehn Prozent unter Liste“; vgl. jedoch zur Problematik derartiger Preisnachlässe, die verschiedene Vereinigungen des deutschen Kfz-Gewerbes mit rechtlichen Mitteln zu unterbinden versuchen („Aktion Rabattgesetz“): Assmann, Konstruierte Rabattverstöße im Neuwagenhandel, BB 1983, 2079, Creutzig, Rabattgesetz und Autokauf, DB 1984, 171 und Ulmer, a.a.O. (Fn. 173), m.w.N.

178 Berg, a.a.O. (Fn. 34), 41; vgl. auch test, a.a.O. (Fn. 177).

179 Unterlagen der Volkswagenwerk AG zum „VW-Originalersatzteile II“-Verfahren.

180 Berg, a.a.O. (Fn. 34), 41.

fordernissen von Modell zu Modell, von Händler zu Händler, ja, von Käufer zu Käufer in nahezu beliebiger Differenzierung betrieben werden. Auch ist die Konkurrenz über das ob und wieviel derartiger Konzessionen nur unvollkommen informiert, wodurch ihr das Treffen gezielter Gegenmaßnahmen erschwert wird¹⁸¹.

4.1.2. Verbraucherendpreise im Pkw-Ersatzteilemarkt

Auch für den deutschen Ersatzteilemarkt läßt sich sagen, daß die Behauptung, daß selektive Vertriebsbindungen in Verbindung mit unverbindlichen Preisempfehlungen zu faktischen Preisbindungen führen würden, nicht zu belegen ist. Aufgrund ihrer Beobachtungen haben die Verfasser den Eindruck gewinnen können, daß Vertragshändler (mit steigender Tendenz) dazu neigen, von der unverbindlichen Preisempfehlung der Automobilhersteller bei der Festsetzung ihrer „Haus“preise abzuweichen, und zwar nicht nach unten, wie man gemeinhin vermuten könnte, sondern unerfreulicherweise nach oben. So sind offenbar viele Vertragshändler in der Bundesrepublik Deutschland nach dem Verbot der Preisbindung und der Einführung der sog. unverbindlichen Preisempfehlung (die in der Höhe der der bis dahin gebundenen Preise gleichkam) dazu übergegangen, die Preise für viele Ersatzteile zu erhöhen. Sie fordern Preise vom Verbraucher und von den Versicherungen, die 5 bis 15 % (in Ausnahmefällen bis zu 30 %) über den Preisen liegen, die die Automobilhersteller bzw. die Importeure ihnen als Endverbraucherabgabepreise empfehlen¹⁸².

Desweiteren haben die Versicherer den Eindruck gewonnen, daß des öfteren – beispielsweise in Ballungsgebieten oder Großstädten die Vertragswerkstätten bzw. -händler – in Bezug auf die Erhöhung von Ersatzteilpreisen eine Art „Kartell“ bilden würden. So gebe der umsatzstärkste Vertragshändler des jeweiligen Fabrikats den Prozentsatz des Aufschlages auf die unverbindliche Preisempfehlung vor, während die übrigen Händler ihm regelmäßig folgen würden. Erleichtert werde den Vertragshändlern dieses Verhalten dadurch, daß es Firmen gäbe, die Preislisten – ja sogar in Computerterminals exakt passende Microfiches – produzierten, die denen der Automobilhersteller täuschend ähnlich seien. Diese Firmen produzierten nach dem Motto: Wie hätten Sie es denn gern? – 5 %, 7,5 %, 10 % oder 15 % Aufschlag auf die unverbindliche Preisempfehlung (UPE)?¹⁸³.

181 Berg, a.a.O. (Fn. 34), 43.

182 Interview mit Herrn Wiesweg (Allianz Versicherungs-AG) vom 27. Jan. 1983; DE-KRA (Deutscher Kraftfahrzeug-Überwachungsverein e.V.) – Fachschriften-Reihe 17/82, „Entwicklung der Reparaturkosten unfallbeschädigter PKW“; vgl. v.Brunn, a.a.O. (Fn. 43), 27: „Auf dem Ersatzteilgebiet hatten Kenner des Marktes erwartet, daß viele Händler höhere Preise fordern würden, als es ihnen vorher durch die Preisbindung gestattet war“.

183 Interview mit Herrn Wiesweg (Allianz Versicherungs-AG) vom 27. Jan. 1983.

Im übrigen soll auch den Schadenssachverständigen der Versicherer – außer vielleicht im sogenannten „Renner“-Bereich – kein Fall bekannt geworden sein, bei dem die UPE unterschritten wurde¹⁸⁴. Dieses Ergebnis deckt sich auch mit schweizerischen Untersuchungen¹⁸⁵.

Nach Auffassung der Verfasser ist die oben skizzierte Preis-„politik“ der Vertragshändler überwiegend eine Folge der weitgehend fehlenden Preistransparenz auf dem Kraftfahrzeugteilemarkt für den Verbraucher¹⁸⁶. Darüber hinaus ist allgemein eine Neigung des Verbrauchers, d.h. des Käufers von Ersatzteilen, dem der Ersatzteilemarkt auch hinsichtlich der Relation von Qualität und Preiswürdigkeit von Ersatzteilen nicht genügend transparent ist, zu verzeichnen, bei „seiner“ Vertragswerkstatt, auf deren größeren Sachverstand er bei der Ausführung von Wartungs- und Reparaturarbeiten vertraut, höhere Ersatzteilpreise bis zu einer nicht – ohne weiteres – bestimmbaren Grenze in Kauf zu nehmen, um eben in den Genuß dieser tatsächlich oder vermeintlich sachgerechteren Leistungen gelangen zu können.

Die Kraftfahrzeug-Versicherer – denen natürlich der Kraftfahrzeugteilemarkt hinsichtlich der Preise transparent ist – werden (nur) in den Fällen „krasser“ Aufschläge auf die unverbindliche Preisempfehlung (UPE), da aufgrund dieser Fälle die Versicherungsprämienkalkulation erschwert werden kann, bei den Automobilherstellern der jeweiligen Vertragshändler vorstellig und erhalten regelmäßig zur Antwort, daß angesichts der deutschen Gesetzeslage (§ 38 a I Nr. 1 GWB) kein Druck auf den Vertragshändler hinsichtlich der Benutzung der *unverbindlichen* Preisempfehlung ausgeübt werden könne, oder werden von einigen Herstellern und Importeuren dahin beschieden, daß man jedoch selbstverständlich mit dem betreffenden Vertragshändler reden werde, um ihn zu bitten, seine Preispolitik zu überdenken¹⁸⁷. Wie eine solche Einwirkung auf Vertragshändler – auch in den Fällen, in denen nicht erst durch Versicherungsinterventionen, sondern schon durch Werksinspektionen Preisaufschläge auf die UPE festgestellt wurden – aussehen kann, geht aus dem uns von einem bekannten deutschen Automobilproduzenten zur Verfügung gestellten Schriftwechsel mit einigen seiner „schwarzen Schafe“ unter den Vertragswerkstätten hervor. Auszug (Beispiel): „... durch unsere Abteilung ... wurden wir davon unterrichtet, daß Sie seit ca. 2 Jahren auf die von uns empfohlenen Ersatzteilpreise einen Zuschlag von ca. 10 % verlangen. Wir halten es für notwendig, Sie darauf hinzuweisen, wie kritisch eine solche Handlungsweise durch die Öffentlichkeit beurteilt wird.

184 Interview mit Herrn Wiesweg (Allianz Versicherungs-AG) vom 27. Jan. 1983; DE-KRA, a.a.O. (Fn. 182).

185 Schweizerische Kartellkommission, 220.

186 Vgl. hierzu auch Kapitel 5.1.3.

187 Interview mit Herrn Wiesweg (Allianz Versicherungs-AG) vom 27. Jan. 1983.

Bei dem wachsenden Preisbewußtsein unserer Kunden können überhöhte Ersatzteilpreise dazu führen, das Negativ-Image von teuren Reparaturen in [Vertrags- (Einfügung d. Verf.)]-Werkstätten wieder aufleben zu lassen, das wir durch markt- und wettbewerbsgerecht kalkulierte unverbindliche Preisempfehlungen abbauen konnten. Überhöhte Ersatzteilpreise sind gegen die Interessen [des Automobilherstellers (Einfügung d. Verf.)] in Ihrem Gebiet gerichtet und können sich bei Bekanntwerden in der Öffentlichkeit negativ auf Ihr Firmen-Image auswirken. Ebenfalls widersprechen überhöhte Ersatzteilpreise Ihren eigenen Bemühungen um Auslastung Ihrer Werkstattkapazitäten und um Intensivierung Ihres Thekengeschäftes. Ein Rückgang Ihres Ersatzteil- und Werkstattgeschäftes erscheint uns durchaus möglich. Diese gewichtigen Gründe sollten Sie in Ihrem eigenen Interesse zu einem Überdenken Ihrer Preispolitik bei Ersatzteilen veranlassen. ...“

Aus Verbraucher- und auch aus Versicherungssicht¹⁸⁸ ist es allerdings bedauerlich, daß nicht alle Hersteller bereit sind, an ihre Händler zu appellieren, keine „überhöhten“ Preise für Ersatzteile zu fordern, infolgedessen auch die Vertragswerkstätten einiger – uns näher benannten – Automobilhersteller von den Versicherern als äußerst undiszipliniert in ihrer Preispolitik gelten¹⁸⁹ und nicht alle Vertragshändler bereit sind, den Appellen ihrer Hersteller zur Preisdisziplin zu folgen.

Oft wird von Vertretern des unabhängigen Kfz-Teilegroßhandels behauptet, daß die Vertragshändler durch Ausschließlichkeitsbindungen der Automobilhersteller beim Ersatzteilbezug gehindert seien, etwaige Preisvorteile, die sie mitunter bei Bezug über den „zweiten“ Vertriebsweg („Freier“ Großhandel, Werksvertreter) erzielen könnten, an den Verbraucher weiterzugeben, da im gegenteiligen Falle der Automobilhersteller vom „Fremd“-Bezug Kenntnis erlangen könnte. Angesichts der oben skizzierten Preispolitik nimmt es nicht weiter Wunder, daß auch diese Auffassung nach den getroffenen Feststellungen fehl geht, da Vertragshändler – die „nur“ mittelbaren Bezugsbindungen unterliegen, und denen es (daher) gelingt, den zweiten Vertriebsweg zu nutzen – geneigt sind, etwaige Preisvorteile einzubehalten¹⁹⁰. Es findet mithin zwar auf der Großhandelsstufe ein Wettbewerb um den (Vertrags-)Händler statt, nicht jedoch ein Preiswettbewerb um den Verbraucher auf der Werkstattebene¹⁹¹.

188 Interview mit Herrn Wiesweg (Allianz Versicherungs-AG) vom 27. Jan. 1983.

189 Interview mit Herrn Wiesweg (Allianz Versicherungs-AG) vom 27. Jan. 1983.

190 Interview mit dem (deutschen) Verband der Kraftfahrzeugeile- und Zweirad-Großhändler e.V. vom 22. Dez. 1982; Interview mit der Interessengemeinschaft der Werksvertreter (IGWV) vom 13. Juli 1983; Interview mit Herrn Meyerhöfer vom Münchner ifo-Institut vom 18. Febr. 1983; Interview mit der BMW AG vom 18. Febr. 1983; Interview mit der Daimler-Benz AG vom 28. Jan. 1983.

191 Interviews, a.a.O. (Fn. 190); Monopolies and Mergers Commission, para. 5.15.

Bedauerlicherweise orientieren sich die Konkurrenten der Vertragswerkstätten, wie etwa freie Werkstätten und Spezialwerkstätten, regelmäßig an den von den Vertragswerkstätten geforderten Preisen und setzen die ihren allenfalls um ein geringeres günstiger fest, auch wenn sie noch preiswerter sein könnten. Dieses gilt für Ersatzteilpreise und auch für Arbeitslohnkosten¹⁹². Dieses mag allerdings auch darauf zurückzuführen sein, daß ungebundene Werkstätten in den Fällen benachteiligt sind, in denen sie Ersatzteile, die auf einem zweiten Vertriebsweg nicht vertrieben werden (z.B. Blechteile), benötigen und diese daher nur über die Vertragshändler beziehen können, die die ihnen von ihren Automobilherstellern gewährten Rabatte nur zum Teil an sie weitergeben.

Doch ist es aufgrund der oben skizzierten „Preisfestsetzungspolitik“ der freien Werkstätten und Spezialwerkstätten zweifelhaft, ob sie bei gleichen oder ähnlichen Rabatten diese auch an den Verbraucher weitergeben würden.

Dieser Eindruck wird noch dadurch verstärkt, daß vielfach kleine und unzureichend ausgerüstete – und aus diesem Grunde ineffektiv arbeitende – freie Werkstätten Stundenverrechnungssätze in Anrechnung bringen würden, die eigentlich für große und mit umfangreichem Spezialwerkzeug arbeitende (Vertrags-)Werkstätten oder mit Spezialwerkzeug vergleichbar ausgestattete Werkstätten ermittelt worden seien¹⁹³. Bei den von den Automobilherstellern vorgegebenen Arbeitszeiten oder -werten handle es sich in der Regel um realistische Einschätzungen. Dies sei jedoch nicht immer der Fall gewesen. So habe es früher keine realistischen Festsetzungen der Arbeitszeiten oder -werte gegeben, denn die Automobilhersteller hätten, so Herr Wiesweg von der Allianz Versicherungs-AG¹⁹⁴, ihre Arbeitszeit oder -wertvorgaben auf der Basis der Daten erstellt, die ihnen die jeweiligen Vertragshändler oder -werkstätten zur Verfügung gestellt hätten. Die so „ermittelten“ Werte seien größtenteils überzogen gewesen. Um überzogenen Festsetzungen entgegenzuwirken, habe sich die Allianz Versicherungs-AG seinerzeit genötigt gesehen, selbst Studien über Arbeitszeiten zu erstellen. Heutzutage würden die Automobilhersteller eigene Studien erstellen. Aufgrunddessen seien die Reparaturvorgabezeiten günstiger für den Kunden geworden.

Einen anderen Weg, um die Reparaturkosten zu senken, gehen die französischen Versicherungsunternehmen. Sie haben sich in einem Verbund zusammengeschlossen, der den Kfz-Werkstätten folgendes Tauschgeschäft anbietet: Der Versicherungsverbund empfiehlt seinen Kunden im Schadensfall eine bestimmte Kfz-Werkstatt, die sich ihrerseits gegenüber dem Verbund verpflichtet, 7,5 % des vom Sachverständigen ermittelten Reparaturpreises (Arbeitslohn + Ersatz-

192 Interview mit Herrn Wiesweg (Allianz Versicherungs-AG) vom 27. Jan. 1983; vgl. auch Monopolies and Mergers Commission, para. 5.15.

193 Interview, a.a.O. (Fn. 192).

194 Interview, a.a.O. (Fn. 192).

teile) zu erstatten¹⁹⁵. Die Versicherungen können ihre Kosten drücken, die Werkstätten brauchen sich nicht um Aufträge zu bemühen. Es versteht sich von selbst, daß die Branchenverbände der Kfz-Werkstätten, der G.N.C.R. – *Groupe-ment national des carossiers réparateurs* – und die C.S.N.C.R.A. – *Chambre nationale du commerce et de la réparation automobile* – einen Mißbrauch des Systems „Quadrillage“ befürchten. Denn die Werkstätten, die sich dem Verbund nicht anschließen, müssen auf Aufträge der Versicherungen weitgehend verzichten.

Auch die Behauptung, daß Bezugsbindungen im Ersatzteilemarkt zu einem höheren Preisniveau in diesem Markt führen, läßt sich schwer belegen. Dies gilt auch für das Beispiel Volkswagen/Audi. Obwohl die Volkswagenwerk AG ihre Vertragshändler auf dem deutschen Markt mit rigorosen Ausschließlichkeitsbindungen beim Ersatzteilbezug belegt, scheint das Argument der relativen Preiswürdigkeit von Ersatzteilen für VW beim Neuwagenverkauf von großer Wichtigkeit zu sein¹⁹⁶. Der Bundesgerichtshof hat auch einen etwaigen „Mißbrauch“ der Ausschließlichkeitsbindung zwecks Erzielung von überhöhten Gewinnspannen nicht feststellen können¹⁹⁷.

Interessant ist jedoch, daß die Preisentwicklung sich bei den sog. „Eigenkonstruktionsteilen“ und anderen Ersatzteilen, für die der Automobilhersteller ein Vertriebsmonopol besitzt, unverhältnismäßig stärker anstieg, während die Preise für Vertragswaren (Zulieferteile), die sich in tatsächlichem oder potentielltem Wettbewerb mit anderen Ersatzteilen befinden, weitaus weniger angestiegen sind¹⁹⁸.

Dieser Umstand deutet darauf hin, daß die Argumentation der Kraftfahrzeughersteller, man nähme eine Mischkalkulation vor, um weniger gefragte Ersatzteile preisgünstig anbieten zu können, so nicht stimmen kann; wahrscheinlicher ist, daß der Preisgestaltungsraum der Kfz-Hersteller für sog. „wettbewerbsgefährdete“ Teile noch vom Wettbewerb kontrolliert wird.

Darüberhinaus reagieren fast alle Automobilhersteller und Importeure auf der Großhandelsebene beim „Wettbewerb um den Händler“ mit einer differenzierten Preispolitik. Das gilt selbst dann, wenn dieser „Wettbewerb um den Händler“

195 Aus der Fernsehsendung von TF 1 (*Télévision Française*), abgedruckt in *Le Distributeur Automobile*, Febr. 1980, 13, 14.

196 Interview mit Herrn Curio (Bundeskartellamt) vom 1. Juni 1983; BGH, WuW/E BGH 1233, 1236 – „Original-VW-Ersatzteile I“.

197 BGHZ 81, 322, 339 f. – „Original-VW-Ersatzteile II“.

198 Anhang A „Preisentwicklung bei Ersatzteilen“ (S. 80 ff.).

aufgrund rigoroser Bezugsbindungen erst gar nicht stattfindet¹⁹⁹. Dieses sei wiederum am Beispiel Volkswagen demonstriert:

Ersatzteilgruppe

Grundrabatt (= Differenz zwischen Händler-Einkaufspreisen und den unverbindlichen Preisempfehlungen des Volkswagenwerks)

- | | |
|---|---------------------|
| 1. Verschleißteile, die im Fremdhandel zu günst. Konditionen angeboten werden:
Kupplungen, Auspufftöpfe,
Lenkungsämpfer, Seile usw. | 40 % |
| 2. Blechteile und viele andere Ersatzteile, ca. 80 % des Lagerprogramms | 27 % |
| 3. Türen, Dichtungsmasse, Zylinderköpfe 1. Austausch | 16 % |
| 4. Austauschmotoren und Getriebe | 17,5 % |
| 5. Ersatzteile, die im Fremdhandel zu günstigeren Konditionen angeboten werden, wie Birnen, Bremsflüssigkeit, Ölfilter und versch. Dichtungen | 48 % ²⁰⁰ |

Die Automobilhersteller behaupten darüberhinaus von sich, daß ihre unverbindlichen Preisempfehlungen marktgerecht festgesetzt würden. Das gelte insbesondere im Hinblick auf die Preis-/Qualitätsrelation von Ersatzteilen. Parallel dazu auf dem automobilherstellungebundenen, d.h. freien Markt angebotene Ersatzteile seien für den Verbraucher nicht zu günstigeren Konditionen als bei ihren Vertragshändlern zu erlangen²⁰¹. Bewege sich in dieser Hinsicht der Markt, dann reagiere man auf Seiten der Automobilhersteller sofort entsprechend²⁰². Spürbare Preisunterschiede seien allenfalls im „Renner“-Bereich (z.B. Zündkerzen, Ölfilter,

199 Zentralverband des Kraftfahrzeuggewerbes (ZDK), Konditionenvergleich (Stand: 1. Dez. 1982), Rundschreiben Nr. 42 vom 10. Juni 1983.

200 ZDK, a.a.O. (Fn. 199). Zu erklären ist diese Rabattpolitik offenbar mit dem Bestreben, die strikte Bezugsbindung zu sichern.

201 Interview mit der Volkswagenwerk AG vom 10. Dez. 1982 und 26. Aug. 1983; Interview mit der BMW AG vom 18. Febr. 1983.

202 Interview mit der BMW AG vom 18. Febr. 1983; Monopolies and Mergers Commission, para. 5.10., 5.17.

Wischerblätter usw.), in dem der Endverbraucher eine echte Preisvorstellung habe, denkbar. Aufgrund der Preistransparenz in diesem Bereich arbeite der freie Handel hier mit sogenannten „Lockvogelstrategien“²⁰³.

4.2. Die Qualität von Kraftfahrzeuersatzteilen

Automobilhersteller rechtfertigen die ihren Vertragshändlern auferlegten Bezugsbindungen für Ersatzteile insbesondere auch mit der Behauptung, daß die von ihnen vertriebenen „Original“-Ersatzteile in der Regel von höherer Qualität seien als die von der Teile-Industrie vertriebenen. Dieses gelte nicht nur für die sog. Nachbauteile, sondern auch für die sog. Ident- oder Parallellieferteile.

Bewirkt werde diese Qualitäts„steigerung“ durch differenzierte Stichprobenkontrollen beim Wareneingang („Filterwirkung“). Beim näheren Hinsehen entpuppt sich die Eingangskontrolle jedoch nicht als ein Problem der Qualitätssteigerung oder -erhöhung, sondern als ein Problem der Qualitätssicherung, denn die Eingangskontrolle selbst kann sinnvollerweise nur dem Zweck dienen, festzustellen, ob die gelieferte Qualität auch der vereinbarten entspricht.

Qualität „steigern“ im eigentlichen Sinne kann sie nicht und soll sie auch nicht. Sie soll „nur“ sicherstellen, daß Zulieferer – aus welchen Gründen auch immer – nicht Teile liefern, die hinter den vereinbarten Qualitätshormen zurückbleiben. So lautet dann auch ein alter Grundsatz der Automobilbranche: „Qualität kann nicht in ein Auto hineinkontrolliert werden – sie muß bereits hineinkonstruiert sein“²⁰⁴. Was für das Automobil insgesamt gilt, gilt auch für das einzelne Ersatzteil. Auch hier kann Qualität nicht geprüft werden, sondern sie muß gefertigt werden²⁰⁵. Daß die Lieferanten der Automobilindustrie dieser Forderung weitestgehend nachkommen, dürfte allgemein bekannt sein; andernfalls würden sie diesen Lieferantenstatus verlieren. So werden denn auch beispielsweise von der Volkswagenwerk AG nur 2 % der Lieferantenersatzteile wegen technischer Qualitätsmängel zurückgewiesen²⁰⁶.

Wie bspw. aus der VDA-Veröffentlichung „Qualitätskontrolle in der Automobilindustrie – Dokumentationspflichtige Teile bei Automobilherstellern und deren Zulieferanten“²⁰⁷ hervorgeht, trägt der Zulieferer im Verhältnis zum Automobil-

203 Interview mit der BMW AG vom 18. Febr. 1983.

204 ADAC-motorwelt 9/1978, 12, 14, „Fehler am Fließband: Jedes vierte Auto muß nochmal zurück – Wie Autofabriken die Qualität kontrollieren“.

205 Goroncy, Integrierte Qualitätssicherung bei Bosch, Autohaus 6/1982, 508.

206 Interview mit der Volkswagenwerk AG vom 26. Aug. 1983.

207 Verband der (deutschen) Automobilindustrie, Qualitätskontrolle in der Automobilindustrie – Dokumentationspflichtige Teile bei Automobilherstellern und deren Zulieferern, 1973, 11; vgl. auch Schulz, a.a.O. (Fn. 37), 80, der schon aufgrund einer

hersteller die *volle* Verantwortung für die Konstruktions- und die gleichbleibende gute Fertigungsqualität der Teile entsprechend der mit dem Hersteller vereinbarten Spezifikationen.

Konstruiert der Zulieferer nicht selbst, hat sich der Automobilhersteller lediglich zu vergewissern, daß der Zulieferer in der Lage ist, die an ihn gestellten Anforderungen zu erfüllen; im übrigen trägt der Zulieferer auch hier die *volle* Verantwortung für die Qualität seiner Produkte.

Nach den Angaben von Genth²⁰⁸ ist ein Anteil von ca. 5 - 8 % des gesamten Qualitätssicherungsproblems der deutschen Hersteller (Ausnahme: die Ford AG, die keine Wareneingangsprüfung kennt) im Feld der Wareneingangsprüfung von Lieferantenteilen angesiedelt.

Eine ungleich bedeutendere Rolle spielt die Frage der Qualität von Zulieferteilen im Bereich der Neuwagenkonstruktion und -produktion. Sind jedoch hier erst einmal die Daten der Qualitätsanforderungen an die einzelnen Teile nach mitunter langen Prüf- und Erprobungsverfahren bis zur Freigabe des Teils für die Serie bestimmt worden, ist das Wesentliche, was die Qualitäts„höhe“ von Zulieferteilen angeht, getan.

Nur im Rahmen der Modellpflege bzw. der ständigen Verbesserungsarbeit am (Gesamt-)Produkt, dem Pkw, oder aufgrund sog. Feldbeanstandungen werden dann die Qualitätserfordernisse an Zulieferteile wieder neu bestimmt.

Da die Methoden der Qualitätskontrolle von Zulieferteilen bei den Automobilherstellern sich im großen und ganzen gleichen²⁰⁹, kann beispielhaft auf die Darstellung der BMW AG zurückgegriffen werden. Die BMW-Qualitätskontrolle für Ersatzteile wird im wesentlichen durch folgende, sich einander ergänzende Maßnahmen abgewickelt: So wird ein für BMW in Frage kommender Zulieferer von Qualitäts-Technikern besucht und anhand von vorgegebenen Prüfkriterien qualitätsmäßig eingestuft. Dabei bedeutet die Einstufung „c“ – ein für BMW nicht tragbarer Lieferant, „b“ – kommt für Lieferungen in Frage, unterliegt jedoch strengen Qualitätskontrollen. Für diese Lieferanten wird ein Aktionsplan erarbeitet, nach dessen Erfüllung eine Einstufung in „a“ vorgesehen ist. „a“ bedeutet ein für BMW geeigneter Zulieferbetrieb. Der Zulieferer hat für jedes neue Produkt Vorabteile zu liefern, die einer Erstbemusterung – genaue Prüfung nach Zeichnung, bezogen auf Maße und Werkstoffausführung – unterzogen werden

effizienteren Logistik die Qualitätskontrolle beim Lieferanten vorgenommen wissen will.

208 Genth, a.a.O. (Fn. 1), 75.

209 ADAC-motorwelt, a.a.O. (Fn. 204); Interview mit der BMW AG vom 18. Febr. 1983; Interview mit der Volkswagenwerk AG vom 26. Aug. 1983.

und über die dann ein Erstmusterbericht erstellt wird. Erst wenn die Teile vollständig in Ordnung sind, wird dem Lieferanten die Anlieferung von Teilen genehmigt. Alle im Zentral-Teilelager eingehenden Teile werden, entweder zu 100 % oder nach einem Stichproben-Auswahlverfahren, einer genauen Qualitätskontrolle unterzogen. Werden bei der Qualitätsprüfung Mängel festgestellt, die über einen bestimmten Rahmen hinausgehen, geht die gesamte Lieferung mit entsprechendem Prüfvermerk an den Lieferanten zurück. Qualitätstechniker besuchen in regelmäßigen Abständen die Zulieferbetriebe; überwachen dort im Produktionsablauf die Qualität der produzierten Teile; stimmen bei Qualitätsmängeln mit den Fertigungstechnikern der Zulieferer entsprechende Gegenmaßnahmen ab und gewährleisten so eine möglichst hohe gleichmäßige Qualität der Zulieferteile. Die eingelagerte Ware wird, sofern Lagerfristen bestehen, ständig überwacht. Überlagerte Ware wird ausgesondert. An die Handelsorganisation wird nur Ware mit ausreichender Lagerfähigkeit bis zum Verbau dieser Teile geliefert. Bei technischen Veränderungen wird in Zusammenarbeit mit Entwicklung und Fertigungstechnik entschieden, was mit den eingelagerten Beständen im Zentral-Teilelager und in den Lagern der BMW-Handelsorganisationen zu geschehen hat. Im Bedarfsfall werden diese Teile zurückgeholt und verschrottet. Eine ergänzende Qualitätssicherung findet vor und während der Pkw-Serienproduktion und in der Pkw-Endkontrolle statt. Hier auftretende Qualitätsabweichungen werden sofort auch beim Zulieferanten korrigiert und gelten gleichfalls für die Ersatzteile. Es gäbe keine Original-BMW-Teile, welche nicht einer statistischen Wareneingangskontrolle unterworfen werden, da eine Direktauslieferung von Original-BMW-Teilen vom Zulieferanten zu einem BMW-Händler oder BMW-Importeur nicht möglich ist.

4.3. Die Versorgung des Verbrauchers mit Ersatzteilen

Auf den ersten Blick sieht sich der Verbraucher auf dem Ersatzteilmarkt vielfältigen Wahlmöglichkeiten gegenüber. So kann er um Kraftfahrzeug-Ersatzteile auf der Endverbraucherstufe bei Vertragshändlern der Automobilhersteller, bei Spezialwerkstätten, bei ungebundenen („freien“) Werkstätten, dem ungebundenen Fachhandel für Kfz-Ersatzteile, bei Tankstellen, bei Kaufhäusern oder sogar bei großbetrieblichen Formen des Einzelhandels (SB-Märkten, Supermärkten) nachfragen.

Unterzieht man jedoch den Kraftfahrzeug-Ersatzteilmarkt einer näheren Betrachtung, so verändert sich rasch das Bild. Völlige Wahlfreiheit unter den aufgezeigten Alternativen haben dann nur noch die Do-it-yourselfer unter den Verbrauchern, die einen Kraftwagen ihr eigen nennen, der nicht mehr der Herstellergarantie unterliegt. Doch beschränkt sich diese völlige Wahlfreiheit nur auf die sogenannten „Renner“ unter den schnellgängigen Kraftfahrzeug-Ersatzteilen. Mit zunehmender Schwergängigkeit der Kfz-Teile nimmt auch deren Erhältlichkeit ab.

So bieten zwar alle Anbieter – von einigen Spezialbetrieben einmal abgesehen – die „Renner“ unter den schnellgängigen Kfz-Ersatzteilen, wie bspw. Zündkerzen, Öl- und Luftfilter, Bremsbeläge sowie einige Zubehörartikel an.

Großbetriebsformen des Einzelhandels beschränken sich vielfach auf „Renner“, die zudem noch den Vorteil haben, daß viele (private) Endverbraucher hier echte Preisvorstellungen haben, so daß hier z.T. Lockvogel-Angebote gemacht werden können.

Bei anderen schnell- bis mittelschnell oder -schwer drehenden Ersatzteilen von Bremsenteilen über Auspuffanlagen, Stoßdämpfern und Kfz-Elektrik-Teilen bis zu Unfallteilen (Kotflügel usw.) verringern sich die Wahlalternativen des Konsumenten. Schwergängige Ersatzteile, wie Teile für in die Jahre gekommene Kraftfahrzeuge und sonstige Teile mit z.T. äußerst geringem Umschlagsfaktor, erhält der Verbraucher i.d.R. nur bei den Vertragshändlern und -werkstätten der jeweiligen Automobilhersteller. Diese verfügen über ein relativ breites und tiefes Ersatzteilsortiment für die über sie vertriebenen Kraftfahrzeuge oder können sämtliche benötigten Ersatzteile – im Falle ihrer Unverfügbarkeit – aus den Zentrallagern der Automobilhersteller mittels eines ausgeklügelten und eingespielten Logistiksystems innerhalb kürzester Zeit abrufen.

Viele Automobilhersteller betonen die Effizienz ihrer Logistiksysteme. Sie seien so aufgebaut, daß (fast) jeder Bestellvorgang innerhalb von 24 Stunden – quasi über Nacht – abgewickelt werden kann („Nachtsprung“). Auf diese Weise erhält der Konsument, der in einer Vertragswerkstatt oder bei einem Vertragshändler seines Fabrikats nachfragt sofort oder in zumeist aller kürzester Zeit das benötigte Ersatzteil. Der sog. Nachtsprung“ erscheint nur bei der selektiven Verteilung von Ersatzteilen, wie sie von der Automobilindustrie gehandhabt wird, möglich. Aus betriebswirtschaftlichen Gründen muß der Vertrieb von Ersatzteilen durch die Automobilindustrie auf eine bestimmte Anzahl von Händlern, die Vertragshändler, beschränkt sein²¹⁰. Die schnelle Erhältlichkeit von Ersatzteilen ist ein nicht zu unterschätzender Vorteil bei der Inanspruchnahme von Vertragswerkstätten durch den Verbraucher. Die von den Automobilherstellern gesteuerten selektiven Distributionssysteme erfüllen damit auch eine vom Automobilisten gesetzte Erwartung, nämlich die der permanenten Verfügbarkeit eines funktionstüchtigen Fahrzeuges, das auch bei möglichst allen unvorhersehbaren Ausfällen schnellstmöglich instand gesetzt werden kann²¹¹.

Die Wettbewerber der Vertragshändler können ein derart breites wie auch in die Tiefe gehendes Ersatzteilangebot dem Konsumenten nicht bieten. Ihre Angebote

210 Interview mit Herrn Curio (Bundeskartellamt) vom 1. Juni 1983.

211 Price Commission, a.a.O. (Fn. 11), para. 4.59.

gehen entweder in die Breite (schnellgängige Teile für möglichst viele Fabrikate) oder in die Tiefe (Spezialanbieter für bestimmte Reparaturen und Ersatzteile).

Da der weitaus größte Teil der Ersatzteile wertmäßig – jedenfalls in der Bundesrepublik Deutschland – trotz zunehmender Do-it-yourself-Bewegung²¹² – gekoppelt mit Arbeitsleistungen verkauft wird, kann diese aus der Betrachtung nicht gänzlich ausgeklammert werden. Der Automobilist, der eine Vertragswerkstatt eines Automobilherstellers aufgrund des dort nicht zu leugnenden mehr oder weniger gleichmäßig hohen Service- oder Dienstleistungsniveaus aufsucht, verliert damit in der Regel zugleich seine Wahlfreiheit bezüglich der zu verwendenden Ersatzteile. Dieses ist zum einen natürlich darin begründet, daß er in vielen Fällen, in denen ein Defekt auftritt, nicht selbst absehen kann, welche Ersatzteile zur Behebung der Funktionsstörung seines Kraftfahrzeugs benötigt werden und somit auch nicht auf einen Spezialbetrieb ausweichen wird. Zum anderen wird die Reduzierung seiner Wahlalternativen auch durch die Wirkungen selektiver Distributionssysteme und sonstiger Einflußnahmen von seiten der Automobilhersteller, wie z.B. Kontrollen und Appellen an die gemeinsame Sache, verursacht. Die unmittelbaren und mittelbaren Bindungen der Vertragshändler und -werkstätten beim Ersatzteilbezug bringen es mit sich, daß dem Konsumenten in der Regel nur Ersatzteile angeboten werden, die mittels der von Automobilherstellern gesteuerten Distributionssysteme in die Vertragswerkstätten gelangen. Doch in der Realität geht es hier nicht in erster Linie um die Wahlfreiheit der Konsumenten, sondern um die der Vertragswerkstätten, denen auf diese Weise die Bezugsmöglichkeit über den automobilherstellungebenen Großhandel weitgehend genommen wird.

Daß es hier in erster Linie um die Bezugs- bzw. Wahlfreiheit der Vertragshändler und -werkstätten und weniger – wenn überhaupt – um die des Konsumenten geht – wenngleich auch alle Interessengruppen in der Auseinandersetzung über selektive Vertriebs- und Bezugsbindungen im Kraftfahrzeugsersatzteilsektor mehr oder weniger beteuern, daß ihr Agieren insbesondere auch das Wohl des Verbrauchers zum Ziele habe –, läßt sich am tatsächlichen Verhalten der Vertragswerkstätten der Automobilhersteller aufzeigen. In den Fällen, in denen es ihnen, aus welchen Gründen auch immer, gelingt – am selektiven Distributionssystem vorbei – Ersatzteile über automobilherstellungebundene Vertriebswege zu beziehen, überläßt die Vertragswerkstatt in aller Regel ihrem Kunden nicht die Entscheidung darüber, welche Ersatzteile zu Reparatur- oder Wartungszwecken benutzt werden sollen. Sie weist den Automobilisten insbesondere nicht darauf hin, wenn sie andere als die von den Automobilherstellern vertriebenen sogenannten Original-Ersatzteile verwenden will und reicht auch etwaige selbst erhaltene Preisvorteile nicht an den Endverbraucher weiter.

212 Jones, a.a.O. (Fn. 21), 84; Deutsche Automobiltreuhand, „DAT-Kundendienst-reports“ der vergangenen Jahre.

Viele derjenigen Automobilhersteller, die ihren Vertragshändlern keine unmittelbaren Bezugsbindungen für (Original-)Ersatzteile auferlegen, verpflichten ihre Vertragswerkstätten allerdings, in den Fällen, in denen diese beabsichtigen, andere als die vom Automobilhersteller gelieferten Ersatzteile einzubauen, den Konsumenten vorab auf diese Absicht hinzuweisen und sein Einverständnis einzuholen²¹³. Auch die Daimler-Benz AG bspw. hat diese Vorabinformationspflicht vertraglich fixiert²¹⁴ und interpretiert sie dahingehend, daß ihre Vertragshändler und -werkstätten (Hinweis: Beim Ersatzteilvertrieb und Werkstattgeschäft sind auch diese – im Gegensatz zum Neuwagenkauf – Eigenhändler) über die Pflicht der Vorinformation hinaus auch auf die evtl. Folge des Verlustes der vom Automobilhersteller auf Ersatzteile gegebenen (europaweiten) Garantie hinweisen müssen.

Der deutsche Arbeitskreis „Freier Kfz-Teile-Markt“²¹⁵ sieht in der Frage, ob der Konsument auch der Verwendung eines Nicht-„Mercedes-Benz-Original-Ersatzteiles“ zustimme und ob er das Risiko eines evtl. Garantieverlustes auf sich nehmen wolle, eine Fragestellung mit Suggestiv-Charakter, die eigentlich nur eine Entscheidung zugunsten der über die Daimler-Benz AG vertriebenen Ersatzteile zuließe, da andere als „Original“-Ersatzteile als minderwertig hingestellt würden. Auf diese Weise werde die Vertragswerkstatt veranlaßt, sich selbst der Freiheit ihrer Lieferantenwahl zu begeben.

Es mag zutreffen, daß Verbraucher sich in der vom Arbeitskreis „Freier Kfz-Teile-Markt“ dargestellten Konstellation zugunsten der von den Automobilherstellern vertriebenen „Original“-Ersatzteile entscheiden würden. Die Entscheidung zugunsten von „Original“-Ersatzteilen wäre zumeist auch eine rationale Reaktion auf Qualitätsunsicherheiten in den Fällen, in denen andere Ersatzteile nicht preislich günstiger als „Original“-Ersatzteile angeboten werden.

Inwieweit dieses Verhalten des Konsumenten auch auf die „Original“-Ersatzteil-Marketing-Strategie zurückzuführen ist, soll an dieser Stelle nicht weiter unter-

213 Z.B. für die BR Deutschland: Alfa-Romeo-Vertragshändler-Vertrag, Ziff. 5.1; Vertreter-Vertrag der Daimler-Benz, § 18 c); Haupthändler-Vertrag der Fordwerke AG, Ziff. 15.4.; Honda-Automobilhändlervertrag, § 8 Ziff. 4. u. 5. (jedoch unklar hinsichtlich der vorherigen Hinweispflicht); Mitsubishi-Händlervertrag, § 8 Ziff. 3; Teile- und Zubehör-Richtlinien für Opel-Vertragshändler, Ziff. 9; Renault-Händler-Vertrag, Artikel 2 Ziffer 2.2.6.; Talbot-Händlervertrag, § 10 (2) (gleichfalls unklar hinsichtlich der vorherigen Hinweispflicht); Toyota-Händlervertrag, § 9 Ziff. 4.

214 Vertreter-Vertrag der Daimler-Benz AG, a.a.O. (Fn. 213).

215 Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V./Interessengemeinschaft der Werkvertreter für Kfz-Teile e.V., 79 - 82.

sucht werden²¹⁶. Festzuhalten bleibt allerdings, daß derjenige Automobilist, der mit dem Begriff „Original“-Ersatzteil bestimmte Nutzungs- und Werterwartungen verbindet, nicht dadurch enttäuscht werden sollte, daß ohne seine Kenntnis Ersatzteile Verwendung finden, die möglicherweise diese Erwartungen nicht erfüllen und die zudem noch einer ihm unbekannten Garantie-(nicht: Gewährleistungs-)regelung unterliegen²¹⁷. Doch soll hier nicht einem ausschließlichen Angebot von Originalersatzteilen in Vertragswerkstätten das Wort geredet werden, da es sicherlich auch Verbraucher gibt, denen es mehr oder weniger nur auf die ihnen in den Vertragswerkstätten gebotene fabrikatsspezifische Arbeitsleistung ankommt und nicht auf die Verwendung von „Original“-Ersatzteilen. Die Gründe hierfür können vielfältiger Natur sein. Sie können z.B. ihre Ursache darin haben, daß das Vertrauen der Automobilisten in die Qualität von „Original“-Ersatzteilen aufgrund des Ausfalles derselben enttäuscht worden ist oder daß sie Eigentümer eines älteren Fahrzeuges sind, bei dem ein Einbau von qualitativ hochwertigen Ersatzteilen nicht mehr lohnt oder daß sie schlicht etwaige Preisvorteile nutzen wollen.

Auf den Aufbau sowie auf die Effizienz, insbesondere auf die Schnelligkeit der Versorgung des Verbrauchers mit Ersatzteilen der mit den automobilherstellereigenen Distributionssystemen um die Vertragshändler und -werkstätten konkurrierenden Absatzsysteme soll in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden, da es sich hierbei in erster Linie um Probleme der Versorgung der Händler und Werkstätten mit Ersatzteilen handelt, also um Probleme auf der dem Endverbraucher vorgelagerten Stufe.

Der Verbraucher selbst sieht sich aus seiner Perspektive nur den verschiedenen Angeboten des Handels und der Werkstätten gegenüber. Wenn er zwischen verschiedenen Ersatzteil- und Dienstleistungsangeboten wählt, haben diese ihre den Ersatzteilbezug betreffende Entscheidung bereits getroffen. Auf diese Entscheidung der Händler und Werkstätten kann er nur mittelbar durch sein Kaufverhalten Einfluß nehmen. Damit er auch diese Möglichkeit der indirekten Einflußnahme möglichst weitgehend wahrnehmen kann²¹⁸, erscheint es allerdings notwendig, auch die Wahlfreiheit der gebundenen *Werkstätten* beim Ersatzteilbezug sicherzustellen und ihnen eine Hinweispflicht, wie oben beschrieben, aufzuerlegen²¹⁹. Der Hinweis sollte auch in jedem Einzelfall vor dem etwaigen Einbau des Ersatzteils erfolgen, um den Automobilisten nicht vor „vollendete Tatsachen“ zu stellen. Es sollte auch dem Automobilhersteller die Möglichkeit belas-

216 Vgl. aber Kapitel 4, 1.1.

217 Vgl. Müller/Scholz/Schreven, a.a.O. (Fn. 139).

218 Für Wahlmöglichkeiten des Verbrauchers zwischen „Original“-Ersatzteilen, Identteilen und Nachbauteilen nach Kurz/Rall, a.a.O. (Fn. 137), 247 f.

219 A.A. Sölter, a.a.O. (Fn. 123), 32 und der Leiter des Zentralbereichs Ersatzteile der Volkswagenwerk AG (Kassel), Kempf im Interview vom 26. Aug. 1983.

sen, auf die qualitätssichernde („Filter“-)Wirkung seiner (zusätzlichen) Kontroll- und Sicherungsmaßnahmen hinweisen zu können. Dieser Hinweis hätte aber diskriminierungsfrei zu erfolgen.

Anhang A

Preisentwicklung bei Ersatzteilen

1. Fragestellung der Untersuchung

Die Hypothese, der in der folgenden empirischen Untersuchung der Preisentwicklung nachgegangen werden soll, lautet: die Preise für die *Eigenkonstruktionsteile* der Automobilhersteller unterliegen keinem Konkurrenzdruck, da sie von keinem anderen Hersteller bezogen werden können. Unter der Annahme, daß *Zulieferteile* auch über andere Distributionswege als dem des Herstellers des Neuwagens zur Werkstatt gelangen können, ist zu erwarten, daß die unverbindlichen Preisempfehlungen der Automobilhersteller bei den Zulieferteilen langsamer ansteigen als bei den Eigenkonstruktionsteilen.

2. Methodik der Untersuchung

2.1. Datenbasis

Als Datengrundlage lagen uns die Schwacke-Kalkulations-Büchlein Nr. 1 bis Nr. 13 vor. Damit ist die Zeitspanne vom November 1976 bis November 1982 in halbjährlichem Abstand abgedeckt. In den Schwacke-Kalkulationen sind häufig benötigte Ersatzteile mit deren unverbindlicher Preisempfehlung angeführt.

2.2. Untersuchte Autotypen

In die Untersuchung sollten sowohl in der Bundesrepublik Deutschland hergestellte als auch ausländische Pkw einbezogen werden. Die Auswahl sollte dabei mehrere Hersteller umfassen und zum anderen in höheren Stückzahlen produzierten Modelle.

Dabei waren jedoch zwei einschränkende Bedingungen zu beachten: die Fahrzeuge sollten über mehrere Jahre produziert bzw. in der Bundesrepublik angeboten worden sein und sie mußten in der Schwacke-Kalkulation aufgeführt sein. Um die letzte Bedingung zu erfüllen, wurde zunächst nach der Schwacke-Gebrauchtwagenliste eine Liste aller Fahrzeuge erstellt, die dort mit mindestens fünf Produktionsjahren angegeben waren.

Diese Liste wurde reduziert um die Modelle, für die in der Schwacke-Kalkulation keine Preisangaben enthalten waren. Aus dieser Liste wurde die Stichprobe der Kfz-Modelle nach folgenden Kriterien gezogen: Abdeckung der Produktionsgebiete Bundesrepublik Deutschland, sonstige europäische automobilproduzierende Länder und Japan, Abdeckung der gängigen Marken und außerdem sollten die ausgesuchten Modelle keine „Exoten“ sein.

In der Tabelle 1 sind die Automodelle in der Stichprobe aufgeführt:

Erfasste Autotypen

Deutsche Fabrikate

Audi 80 LS (Modell 79) 78 - 82
BMW 316 (bis 8/79)
Ford Fiesta L (29 kw)
Ford Taunus 4tür. (L'76)
Ford Granada L (55 KW)
Mercedes 200 D
Opel Rekord E 2tür.
Opel Ascona B L
VW Golf L oder CL
VW Käfer 1200 L (1200/1300)

Europäische, außerdeutsche Fabrikate

Alfetta 1800
Citroen GS Special
Fiat 127 (L) ab 9/77
Fiat 131 CL ab 4/78
Leyland Mini 1000
Peugeot 504 L BREAK
Renault 4 TL ab 10/75
Renault 16 TL
Simca 1100 GLS Tourisme (Kombi)

Außereuropäische Fabrikate (Japaner)

Honda Accord 2tür.
Mazda 323
Mitsubishi Colt 1200 GL
Mitsubishi Galant 1600 GL
Toyota Starlet 3tür.

2.3. Auswahl der Teile

Die Auswahl der Teile war dadurch eingeschränkt, daß die extrem schnellgängigen Teile wie Filter, Zündkerzen etc. außer Betracht bleiben mußten, da für diese in den Schwacke-Kalkulationen keine Preise vermerkt sind. Die Teile-Auswahl lehnt sich an die Auswahl der englischen Preiskommmissionsstudie an, die um einige weitere Teile ergänzt wurde. Die Einteilung der Teile in Zuliefererteile und Eigenkonstruktionsteile stützt sich auf Angaben der IGWV, daß für diese Teile Zulieferer existieren, und Angaben eines Automobilherstellers.

Folgende Teile wurden in die Untersuchung aufgenommen:

Tabelle 2

Eigenkonstruktionsteile

Kotflügel vorn
Deckel vorn
Kotflügel bzw. Seitenteil hinten
Deckel hinten
Brems Scheibe vorn
Bremsstrommel bzw. -Scheiben hinten
Motor
Teilemotor
Wasserpumpe

Zulieferteile

Windschutzscheibe (Verbundgl.)
Heckscheibe heizbar
Stoßdämpfer vorn
Bremsbeläge vorn
Getriebe
Stoßdämpfer hinten
Bremsbeläge hinten
Lichtmaschine
Anlasser
Kühler
Auspufftopf

2.4. Rechenmethodik

Ein Problem der Beschreibung der Daten liegt darin, daß nicht für alle Modelle alle Ersatzteilpreise ab November 1976 in den Schwacke-Kalkulationen vorlagen. Damit konnte die Preisentwicklung nicht generell auf einen Preis an einem Stichtag bezogen werden.

Es kam daher nur in Betracht, für unseren Untersuchungszweck nicht je Modell 13 Preise zu untersuchen, sondern stattdessen 12 mögliche Preisänderungen von einem Kalkulator zu seinem Nachfolger. Die Untersuchung basiert auf diese Weise auf 4076 Vergleichen von Einzelpreisen.

Während es normalerweise am gebräuchlichsten ist, solche Änderungen durch eine prozentuale Änderungsrate zu kennzeichnen, war dieser Weg für unsere Zwecke wenig angebracht.

Zum einen ist die Angabe eines Prozentwertes dann nicht sinnvoll, wenn es sich sowohl um Steigerungen wie um Senkungen handelt, da eine so berechnete Prozentzahl Steigerungen und Senkungen nicht gleichmäßig wiedergibt. So ist z.B. die Steigerung von 100 DM auf 105 DM eine um 5 %, eine Senkung von 105 DM auf 100 DM aber eine um 4,76 %.

Deshalb wurde als angemessenere Größe das Verhältnis zwischen dem neuen Preis und dem Mittelwert aus dem alten und dem neuen Preis berechnet.

Da für die statistische Auswertung das Modell der Varianzanalyse und Mittelwertsberechnung war, war dieser Zahlenwert noch logarithmisch zu transformieren, denn als ein Mittelwert aus mehreren Erhöhungen ist inhaltlich sinnvoll der Wert zu interpretieren, der mehrfach konstant angewandt zum gleichen Endergebnis führt wie die eingehenden unterschiedlichen Steigerungsraten. Der ist aber als das geometrische Mittel und nicht als das arithmetische Mittel zu errechnen, da ein Wachstum um eine bestimmte Rate als eine mehrfache Multiplikation mit einem konstanten Faktor, nicht aber als mehrfache Addition eines konstanten Betrages zu betrachten ist.

Da die gängigen statistischen Verfahren auf dem Konzept des arithmetischen Mittels basieren, wurden die Daten vor der Analyse logarithmiert. Auf dieser Basis wurden dann die statistischen Tests berechnet. Für eine Interpretation auf der Ebene der ursprünglichen Skala müssen die Ergebnisse dann wieder in prozentuale Veränderungsraten transformiert werden. In Tabelle 5 findet sich eine Umrechnungstabelle der logarithmischen Einheiten in prozentuale Veränderungsraten. Dermaßen transformierte Daten liegen auch der Abbildung 1 zugrunde.

3. Ergebnisse

Tabelle 3

Mittlere Steigerung der unverbindlichen Preisempfehlung für Eigenkonstruktions- und Zulieferteile, aufgeschlüsselt nach der Neuwagenherkunft in logarithmischen Einheiten

	Bundesrepublik Deutschland	Sonstiges Europa	Japan	Alle Herkunftsländer
Eigenkonstruktionsteile	1,48	1,34	0,77	1,33
Zulieferteile	1,07	0,47	0,18	0,73
Alle Teile	1,25	0,86	0,46	1,00

N = 4076 Preisvergleiche

Wie die Tabelle zeigt, ist die Steigerung der unverbindlichen Preisempfehlungen bei den Eigenkonstruktionsteilen der Kraftfahrzeughersteller generell höher als die der Zulieferteile. Der Zusammenhang ist auf dem 1-Promille-Niveau signifikant. Interessanterweise gilt er für die bundesrepublikanischen Hersteller ebenso wie für die sonstigen europäischen und für die japanischen. Damit kann dieser Zusammenhang als in hohem Maße statistisch gesichert angesehen werden.

Die in der Tabelle 3 angegebenen numerischen Werte wirken relativ klein. Dazu ist anzumerken, daß der Wert 1.00 auf der logarithmischen Einheitenskala einer halbjährlichen prozentualen Steigerungsrate von 2,03 % und somit einer jährlichen Preissteigerung von durchschnittlich 4,10 % entspricht.

Zur Verdeutlichung ist in der Abbildung 1 die unterschiedliche Preisentwicklung für die Eigenkonstruktions- und die Zulieferteile für den untersuchten Zeitraum graphisch wiedergegeben: innerhalb der untersuchten 6 Jahre sind die Eigenkonstruktionsteile durchschnittlich um 35,6 % teurer geworden, die Zulieferteile hingegen nur um 17,5 %. Die vorgefundenen Daten stehen also mit bemerkenswerter Deutlichkeit im Einklang mit unserer Hypothese.

Ebenso signifikant ist allerdings auch der Unterschied der Preisentwicklung zwischen den bundesrepublikanischen, den übrigen europäischen und den japanischen Herstellern.

Sowohl bei den Eigenkonstruktionsteilen wie bei den Zulieferteilen ist die durchschnittliche Preissteigerung bei den Japanern am niedrigsten, bei den bundesrepublikanischen Herstellern am höchsten und die übrigen europäischen Hersteller nehmen eine Mittelstellung ein.

Bei einer solchen, über einen Zeitraum von immerhin 6 Jahren zu verfolgenden Entwicklung ist die Frage von Interesse, ob es sich hierbei um eine Nivellierung von Preisen oder um eine Vergrößerung von Preisunterschieden handelt.

Um dieser Frage nachzugehen, wurden die Preise der einzelnen Teile auf die Preise des Neufahrzeugs bezogen. Die Ergebnisse für eine Teilmenge der Teile ist in Tabelle 4 abzulesen. Um den Einfluß des Neuwagenpreises bei der Berechnung des Promillewertes zu vermindern, wurden die Fahrzeuge in zwei Preisklassen eingeteilt.

An den Summenwerten der Tabelle ist abzulesen, daß die Differenz der Preissteigerungen zwischen den Herstellerländern bislang wohl noch als eine Nivellierungsbewegung zu deuten ist, denn 1982, am Ende des von uns untersuchten Zeitraums, innerhalb dessen die Preise der bundesrepublikanischen Hersteller am stärksten stiegen, sind die Preise für den angegebenen Ersatzteilsektor bei den deutschen Herstellern, ausgedrückt in Promille des Neuwagenpreises, noch am

niedrigsten, bei den Japanern am höchsten. Diese Aussage ist allerdings unter dem Vorbehalt zu treffen, daß man die Neuwagenpreise als maßgebliche Vergleichsgröße akzeptiert. Denn hielte man z.B. die Neuwagenpreise japanischer Automobile für Markterschließungspreise, so könnte man auch den höheren Promillewert der Kosten des untersuchten Ersatzteilsektors als allein hierauf zurückzuführen interpretieren.

Zusammenfassung

Tatsächlich sind im untersuchten Zeitraum die unverbindlichen Preisempfehlungen der Automobilhersteller für Eigenkonstruktionsteile unter den Ersatzteilen erheblich stärker gestiegen als die der Zulieferteile. Der außerdem auffällige Unterschied der Preisentwicklungen der Ersatzteile hinsichtlich des Herkunftslandes des Fahrzeuges ist im wesentlichen als eine Nivellierungsbewegung der Preise zu deuten.

Tabelle 4

Unverbindliche Preisempfehlungen für ausgesuchte Eigenkonstruktions- und Zulieferteile im Promille des Neuwagenpreises nach Preisgruppen und Fahrzeugherkunft 1982

	Neupreis unter DM 12.000,-			Neupreis DM 12.000,- und mehr		
	Bundes- republ. Deutsch- land	sonstiges Europa	Japan	Bundes- republ. Deutsch- land	sonstiges Europa	Japan
Eigenkonstruktionsteile						
Deckel vorn	26,0	26,8	21,1	17,8	23,8	19,9
Deckel hinten	19,3	21,4	25,6	15,1	19,9	16,0
Motor	157,6	206,0	245,6	184,4	294,0	K.A.
Kotflügel vorn	14,2	8,0	18,2	11,2	12,0	15,9
Kotflügel hinten	21,5	11,8	29,0	14,8	15,8	20,2
Summe	238,6	274,0	339,5	243,3	365,5	K.A.
Zulieferteile						
Windschutzscheibe	12,0	21,1	22,2	11,5	15,4	16,7
Stoßdämpfer vorn	6,7	5,2	7,3	3,7	5,3	3,8
Anlasser	34,1	37,9	27,7	21,8	18,7	16,1
Lichtmaschine	46,5	35,8	33,5	24,8	17,7	23,2
Auspuff	7,8	8,5	15,2	7,6	7,6	11,0
Summe	107,1	108,5	105,9	69,4	64,7	70,8
Alle Teile	345,7	382,5	445,4	312,7	430,2	K.A.

Tabelle 5

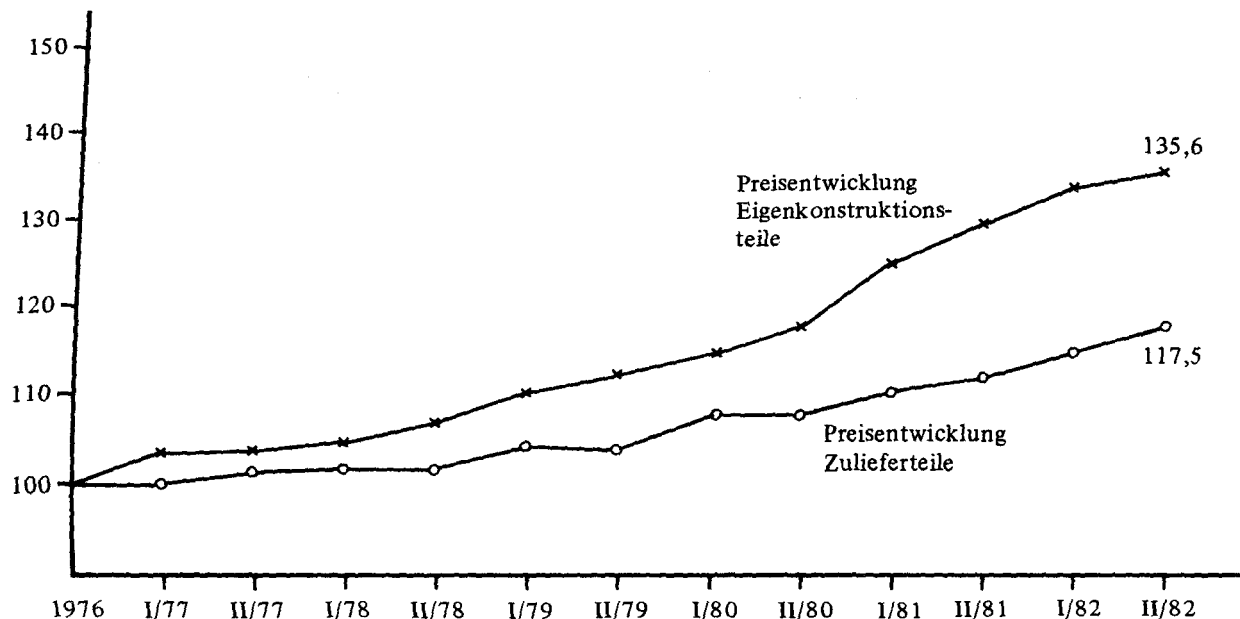
Umrechnungstabelle von logarithmischen Einheiten in prozentuale Steigerungen

log. Einheit	Prozent (halbj.)	Prozent (jährl.)
0,10	0.20	0.40
0.20	0.40	0.80
0.30	0.60	1.21
0.40	0.80	1.62
0.50	1.01	2.03
0.60	1.21	2.44
0.70	1.41	2.85
0.80	1.62	3.27
0.90	1.82	3.68
1.00	2.03	4.10
1.10	2.24	4.52
1.20	2.44	4.95
1.30	2.65	5.37
1.40	2.86	5.80
1.50	3.07	6.23
1.60	3.28	6.66
1.70	3.49	7.10
1.80	3.70	7.54
1.90	3.91	7.98
2.00	4.12	8.42
2.10	4.34	8.86
2.20	4.55	9.31
2.30	4.76	9.76
2.40	4.98	10.21
2.50	5.19	10.66
2.60	5.41	11.11
2.70	5.63	11.57
2.80	5.85	12.03
2.90	6.06	12.49
3.00	6.38	12.96
3.10	6.50	13.43
3.20	6.72	13.90
3.30	6.94	14.37
3.40	7.10	14.84
3.50	7.39	15.32
3.60	7.61	15.80
3.70	7.83	16.28
3.80	8.06	16.77
3.90	8.28	17.25
4.00	8.51	17.74

Die folgende Seite zeigt eine Abbildung zur Preisentwicklung ausgesuchter Eigenkonstruktionsteile und Zulieferteile für alle untersuchten Fabrikate 1976 bis 1982:

Abbildung 1

Preisentwicklung ausgesuchter Eigenkonstruktionsteile und
Zulieferteile für alle untersuchten Fabrikate 1976 bis 1982
(1976 = 100)



Unterschiede von Automobilersatzteilpreisen in ausgewählten Ländern der EG

Im folgenden wird von einer statistischen Aufbereitung von Daten zu Ersatzteilpreisen berichtet, die uns freundlicherweise M. Petruccio vom Comité Européen des Assurances überlassen hat. Wir berichten also nichts empirisch Neues, sondern wir nehmen hier eine Sekundäranalyse bereits vorliegender Daten vor.

Bei den Daten handelt es sich um die Preise eines Warenkorbs von 12 Ersatzteilen von 10 gängigen Modellen der Klein- bzw. Kompaktwagenklasse. Dabei handelt es sich überwiegend um zwar gängige Ersatzteile, die entweder bei Unfällen (z.B. Kotflügel) oder im Rahmen normalen Verschleißes ausgewechselt werden, nicht aber um ausgesprochene „Schnelldreher“. Im einzelnen sind die untersuchten Teile: vorderer Kotflügel, vorderer Stoßdämpfer, Lampeneinheit vorn, hinterer Stoßdämpfer, Motorhaube, Lampeneinheit hinten, hinterer Kotflügel, Vordertür, Kofferraumhaube, Kühler und eine hintere Tür.

Die in die Untersuchung einbezogenen Fahrzeugtypen sind: Alfasud, British Leyland Metro, Citroen Visa, Fiat Panda, Fiat Ritmo, Ford Escort, Opel Kadett, Peugeot 305, Renault R9 und Volkswagen Golf.

Die Preise wurden in sechs Ländern der EG erhoben (Frankreich, Bundesrepublik Deutschland, Niederlande, Großbritannien, Italien und Belgien). Die Preise des Warenkorbes wurden zur gültigen Währungsparität am Stichtag der jeweiligen Erhebung in ECU umgerechnet, um eine vergleichbare Basis zu gewinnen. Zur Basis der Auswertungen wurden die Mittelwerte der Preise zu den vier Erhebungsstichtagen gemacht; dies sind der 1.7.82, der 1.1.83, der 1.7.83 und der 1.1.84.

Tabelle 1

Mittlere Preise des Ersatzteilkorbes in der EG, ausgeschlüsselt nach den untersuchten Pkw-Typen, dargestellt als Abweichung vom Gesamtmittelwert von ECU 957.00

	Abweichung vom mittleren Preis des Warenkorbs	Rang bezügl. Ersatz- teilpreis	Neupreis	Rang bezügl. Neuwagen- preis
Fiat Panda	-361.08	1.	9190.-	1.
Austin Metro	-147.75	2.	10990.-	2.5
Citroen Visa	-121.35	3.	9625,-	2.
Fiat Ritmo	-58.74	4.	10990,-	2.5
Opel Kadett	-28.72	5.	13190.-	5.
Renault 9	+34.48	6.	14250,-	8.
Ford Escort	+89.07	7.	13550,-	6.
Peugeot 305	+124.21	8.	14390,-	9.
Alfasud 1.3	+218.65	9.	15490,-	10.
VW Golf	+232.66	10.	13560,-	7.

In der Tabelle ist in der ersten Spalte ablesbar, um welchen Betrag der Preis des Ersatzteilwarenkorbes für das jeweilige Modell im Mittel in allen sechs untersuchten Ländern über bzw. unter dem Gesamtmittelwert (der aus den Preisen für alle Modelle errechnet wurde) liegt. Die Unterschiede hinsichtlich der untersuchten Modelle sind im wesentlichen erklärt durch die unterschiedliche Wagengröße. Als Indikator hierfür wurde den Ersatzteilpreisen der Neuwagenpreis in der BRD in DM gegenübergestellt. Vergleicht man die Rangreihe bezüglich des Preises des Warenkorbs der Ersatzteile (Spalte 2) und die Rangreihe bezüglich des Neuwagenpreises (Spalte 4), so ist eine hohe Konkordanz festzustellen. (Zum Vergleich mit dem Neuwagenpreis haben wir allerdings nur den Neuwagenpreis in der Bundesrepublik Deutschland heranziehen können; es ist nicht auszuschließen, daß eine andere Berechnungsbasis des Neuwagenpreises zu geringfügig anderen Ergebnissen führen würde.)

Tabelle 2

Preisunterschiede in den untersuchten Ländern. Abweichungen in ECU gegenüber dem Gesamtmittelwert von ECU 957.00

1. Italien	-115.63
2. Frankreich	-66.10
3. Bundesrepublik	-61.30
4. Belgien	+41.77
5. Großbritannien	+57.73
6. Niederlande	+155.38

Betrachtet man den Preis des gesamten Warenkorbes aller untersuchten Pkw-Typen in allen untersuchten Ländern, so sind deutliche Unterschiede erkennbar. Unsere Vermutung war, daß die Ersatzteile in Ländern mit einer eigenen Automobilindustrie und – damit in der Regel verbunden: einer eigenen Zulieferindustrie – generell niedriger sein werden. Der erwartete Zusammenhang läßt sich etwa so formulieren: Wenn in einem Land die Infrastruktur einer Automobilindustrie einschließlich ihrer Zulieferer vorhanden ist, so ist auch der Konkurrenzdruck auf die Preise von Ersatzteilen gegeben: auf verschiedenen Handelsstufen konkurrieren dann die Automobilhersteller mit den Zulieferanten, die als inländische Firmen bekannt sind.

Der generelle Trend in Tabelle 2 ist damit vereinbar, wenn man von einer Sonderentwicklung in Großbritannien absieht: in den klassischen Automobilproduktionsländern Italien, Frankreich und der Bundesrepublik Deutschland sind die Ersatzteilpreise deutlich unter dem Durchschnitt; in den Niederlanden und Belgien darüber.

Die von uns betrachteten Werte sind Mittelwerte über vier Erhebungszeitpunkte: 1982, Januar 1983, Juli 1983 und Januar 1984. In den Daten ist eine generelle nominelle Preissteigerung während der beobachteten Periode ablesbar; in der folgenden Tabelle 3 ist die Preissteigerung für den untersuchten Warenkorb dargestellt; die Preisentwicklung wird getrennt dargestellt für Inlands- und Importprodukte.

Tabelle 3

Mittlere Preise für den Warenkorb in der EG; getrennt nach Inlandsprodukt und Importware

	Inlandsprodukt Preise in ECU	Import Preise in ECU
7/1982	726.73	944.22
1/1983	762.41	952.14
7/1983	779.59	1007.42
1/1984	809.35	1076.87

Die Tabelle zeigt einen geringfügigen Unterschied in der Preisentwicklung hinsichtlich dieser Unterscheidung: während die Ersatzteilpreise in den jeweiligen Produktionsländern der Kraftfahrzeuge von 726.73 um etwa 11 % auf 809.35 ECU anstiegen, betrug der Anstieg der Preise derselben Ersatzteile in Ländern, in die sie importiert wurden, etwa 13 % (von 944.22 auf 1076.87 ECU). Die Preisentwicklung verlief damit etwa parallel; aufgrund der Kürze der uns hier

zur Verfügung stehenden Zeitreihe werden wir uns hier nicht mehr damit beschäftigen.

Aus der Tabelle 3 ließ sich bereits ablesen, daß die Ersatzteile als Importe deutlich teurer waren als in ihrem Herstellungsland. Dieser Zusammenhang läßt sich auch für die einzelnen Fabrikate zeigen. Tabelle 4 zeigt die prozentuale Abweichung des Warenkorpreises vom Durchschnittspreis bei dem jeweiligen Fahrzeugtyp für jedes untersuchte Land.

Tabelle 4

Prozentuale Abweichung des Preises des Warenkorbes vom Mittelwert
(alle Angaben in ECU)

	F	D	NL	GB	I	B	Mittelwert (ECU)
Alfasud	3	-19	15	14	-29	16	1226
Metro	-12	N/A	24	-13	-13	13	812
Visa	-28	7	16	1	3	0	836
Panda	4	3	11	2	-27	6	592
Ritmo	-1	-4	19	4	-27	7	897
Escort	1	-12	9	15	-9	-3	1037
Kadett	22	-22	3	-5	11	-10	913
Peug. 305	-27	13	9	13	-1	-6	1084
Renault 9	-21	-7	30	2	-12	8	991
VW Golf	-6	-26	9	9	9	5	1173
Mittel	-7	-7	14	5	-9	4	957

Die Tabelle ist so zu lesen: Die Ersatzteile für den Alfasud in Frankreich (Zeile Alfasud, Spalte F=Frankreich) liegen um 3 % über dem Durchschnitt der Ersatzteipreise für den Alfasud in allen untersuchten 6 EG-Ländern.

Die Preise für die Ersatzteile italienischer Fahrzeuge sind in Italien um fast 30 % niedriger als im Durchschnitt; ähnliches gilt auch für Frankreich (Renault -21 %, Peugeot -28 %, Citroen Visa - 28 %) und die Bundesrepublik Deutschland (Kadett -22%, Golf -26 %). Geringer fällt dieser Unterschied für den Ford Escort in der BRD aus: dessen Ersatzteile kosten hier nur 12 % weniger als im Durchschnitt.

Als letztes Land mit eigener Automobil- und Zulieferindustrie ist Großbritannien zu betrachten. Bei einem Preisvorteil von 13 % zugunsten inländischer Verbrau-

cher beim Metro, aber einem um 15 % über dem Durchschnitt liegenden Preis beim Escort läßt sich für Großbritannien kein vergleichbarer Preisvorteil bei im Lande produzierten Pkw's belegen. Für alle anderen Typen gilt aber, daß die Ersatzteilpreise im jeweiligen Herstellungsland günstiger sind als in Ländern, in die die Ersatzteile exportiert werden.

Hierbei kann aufgrund der uns vorliegenden Daten nicht entschieden werden, ob die beobachteten beträchtlichen Unterschiede der Ersatzteilpreise zwischen Inlandsprodukt und Export mit tatsächlichen Kosten erklärt werden können, die durch Transport oder Verlängerung der Zwischenhandelskette entstehen. Die von den Versicherern erhobenen Preise weichen jedenfalls stärker voneinander ab, als man in einem Gemeinsamen Markt erwarten würde.

Darüberhinaus ist noch ein weiterer Trend zu beobachten. In der Tabelle 5 sind neben dem Durchschnitt des Preises des Warenkorbes im jeweiligen Herstellungsland auch die prozentualen Steigerungen dargestellt, die man als Mehrkosten des Warenkorbes nach Export betrachten kann. Hierbei wurde bei den Importländern zusätzlich noch danach unterschieden, ob im Lande eine eigene Automobilindustrie und Zulieferindustrie vorhanden ist oder nicht; letzteres wurde für Belgien und die Niederlande angenommen.

Tabelle 5

	Preis im Herstellungs- land	Preis als Import in Land mit Autoindustrie	Preis als Import in Land ohne Autoindustrie
Autotyp	Spalte 1	Sp. 1 = 100	Sp. 1 = 100
Alfasud	866.00	142.84	163.72
Aust. Metro	709.37	100.15	135.04
Citroen Visa	605.95	142.90	147.65
Fiat Panda	433.72	140.74	147.82
Fiat Ritmo	657.17	136.86	153.62
Ford Escort	1074.71	92.15	98.31
Opel Kadett	716.03	139.39	122.19
Peugeot 305	794.52	147.04	137.01
Renault 9	784.92	119.45	148.16
VW Golf	866.97	140.65	144.44
Mittelwert	750.94	128.33	137.91

Für den Alfasud z.B. geht daraus hervor (Zeile 1 der Tabelle), daß die Ersatzteile in Frankreich, Großbritannien und der Bundesrepublik im Durchschnitt 42,84 % teurer waren als in Italien; in Belgien und den Niederlanden aber um 63,72 %. Für die Gesamtheit aller betrachteten Typen gilt, daß sie als Import in Länder mit eigener Automobil- und Zulieferindustrie um 28,33 % teurer waren als im jeweiligen Herstellungsland, aber um 37,91 % waren sie teurer als Importteile in Länder ohne eigene automobilarorientierte industrielle Infrastruktur.

Diese Preisstruktur erscheint nicht unplausibel, wenn man davon ausgeht, daß in Ländern mit entsprechender industrieller Infrastruktur die Automobilhersteller eher mit einer preislichen Konkurrenz von Ersatzteilen außerhalb ihres eigenen Vertriebs rechnen müssen. Diese Daten sind also insgesamt mit der Hypothese vereinbar, daß Konkurrenz verschiedener Vertriebswege eine im Sinne des Konsumenten positive Wettbewerbssituation herstellen.

WETTBEWERBSPOLITISCHE KRITERIEN UND VERBRAUCHER- POLITISCHE GESICHTSPUNKTE BEI DER BEURTEILUNG SELEKTIVER VERTRIEBSSYSTEME DURCH GERICHTSHOF UND KOMMISSION*

1. Zu den Fragestellungen der Analyse

Selektive Vertriebssysteme haben seit jeher einen Schwerpunkt der Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft gebildet, und die Entscheidungspraxis von Kommission und Gerichtshof ist Gegenstand unzähliger literarischer Abhandlungen¹. Es kann nicht die Absicht des folgenden Abschnitts sein, auf alle in der Praxis behandelten Probleme nochmals einzugehen und den literarischen Diskussionsstand umfassend zu würdigen. Entsprechend der spezifischen Aufgabe dieser Studie kommt es vielmehr in erster Linie darauf an, die wettbewerbspolitischen Prämissen und die verbraucherpolitischen Argumente herauszuarbeiten, die in der europäischen Wettbewerbspolitik gegenüber selektiven Vertriebssystemen praktisch bedeutsam geworden sind. Es geht m.a.W. nicht in erster Linie um eine systematische Darstellung von Rechtsgrundsätzen, sondern vielmehr um eine konzeptionelle Analyse in rechtspolitischer Absicht.

1.1. Rechtliche Prinzipien und wettbewerbspolitische Grundlegendiskussion

Es entspricht nicht nur den Geboten rechtlicher Konsistenz, sondern ebenso sehr den institutionellen und rechtspolitischen Rahmenbedingungen der europäischen Wettbewerbspolitik, wenn die Kommission auch in ihren neuen Ver-

* Eine gekürzte und für den Zweck einer selbständigen Veröffentlichung veränderte Fassung dieses Kapitels ist erschienen in GRUR Int. 1984, 222 ff., 279 ff.; die vorliegende Überarbeitung ist auf dem Stand vom Februar 1985.

¹ Das Schrifttum bis 1979 ist vollständig erfaßt in: Meier I und II; aus der neueren deutschen Literatur vgl. Stöver, Systeme von Vertriebsverträgen im Gemeinsamen Markt, Gedächtnisschrift für Christoph Sasse, 1981, 384 ff.; Fischötter, Selektiver Vertrieb, in: IX. Internationales EG-Kartellrechts-Forum 1982, 139 ff.; Immenga, Selektive Vertriebssysteme im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Immenga u.a., Selektiver Vertrieb und SB-Warenhäuser, 1982, 57 ff.; Pawlikowski, Selektive Vertriebssysteme – Grenzen und Möglichkeiten einer Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV, 1983; vgl. ferner die aktuellen Kommentierungen durch Ritter in: Langen, Kartellgesetz, 6. Aufl. 1982, § 18 Rz. EG 201 ff. sowie von Bail in: Von der Groeben, Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl. 1983, Art. 85 Rz. 218 ff.

ordnungen, insbesondere also in der GruppenfreistellungsVO für den Automobilsektor, darauf bedacht ist, die Kontinuität ihrer rechtlichen Beurteilungskriterien auszuweisen, und es versteht sich gleichermaßen von selbst, daß Stellungnahmen zu den Rechtssetzungsakten der Kommission sich von den Entwicklungen und den Handlungsbedingungen der europäischen Wettbewerbspolitik nicht einfach dispensieren können. Aber all dies bedeutet nicht, daß Untersuchungen zur Praxis der europäischen Wettbewerbspolitik den (Selbst-)Darstellungszwängen dieser Praxis folgen müßten oder auch nur könnten. Hiergegen sprechen insbesondere zwei Gesichtspunkte:

- Die wettbewerbs- und die integrationspolitische Rationalität der wichtigsten Regeln des europäischen Wettbewerbsrechts zu den selektiven Vertriebssystemen wird durch eine sich immer noch intensivierende Kritik grundsätzlich in Frage gestellt. Vermittelt vor allem über britische Autoren² haben die Lehren der ökonomischen Analyse des Rechts, auf die sich die Umorientierung der amerikanischen Antitrustpolitik durch die gegenwärtige Administration stützt³, nunmehr auch Eingang in die europäische Diskussion gefunden. Diese Lehren werden dabei nicht nur unter rein akademischen Gesichtspunkten rezipiert, sondern eben auch von den praktisch betroffenen und interessierten Akteuren aufgegriffen – um eine Auseinandersetzung mit diesen Lehren und um eine erneuerte Selbst-Vergewisserung über die Rationalität ihrer Politik kommt die europäische Praxis nicht umhin.
- Ungeachtet aller Übereinstimmungen zwischen Gerichtshof und Kommission über wichtige wettbewerbsrechtliche Prinzipien, erweist sich deren Anwendung in konkreten Kontexten als eine mit vielfachen Zweifelsfragen belastete Aufgabe. Dies gilt für die Abgrenzung der die Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV bestimmenden Beurteilungskriterien von denjenigen, die nur im Rahmen von Freistellungsentscheidungen berücksichtigt werden sollen⁴, für die Durchführbarkeit der Differenzierung zwischen „qualitativen“ und „quantitativen“ Restriktionen⁵ und auch für die Bedeutung der Regeln gegen Marktaufteilungen⁶. Gewiß werden Kontroversen über diese Fragen von den Beteiligten i.d.R. bloß als Streitigkeiten über die richtige Konkretisierung von an sich konsentierten Rechtsprinzipien ausgetragen. Es wird sich jedoch zeigen, daß diese Streitigkeiten als Auseinandersetzungen über die wettbewerbspolitischen Zielsetzungen des europäischen Wettbewerbsrechts rekonstruierbar sind, und daß die Antworten auf die drängenden Fragen der Praxis nur über eine Klärung und Fortentwicklung ihrer konzeptionellen Grundlagen zu gewinnen sein werden.

2 Vgl. die Nachw. in Kap. 5, 2.1.3.

3 Vgl. unten Kap. 4, 4.1.

4 Vgl. unten 2. und 5.2.

5 Vgl. unten 3.2.2.

6 Vgl. unten 4. und 5.2.3.

1.2. Zielsetzungen und Vorgehensweise

Die Frage nach den wettbewerbspolitischen Prämissen der rechtlichen Beurteilung selektiver Vertriebssysteme ist nicht etwa als Suche nach überpositiven Maßstäben gemeint und wird auch keineswegs Patentlösungen zutage fördern. Es geht vielmehr zunächst darum, durch die Identifikation von konzeptionellen Grundlagen („Zwecken“) der wettbewerbsrechtlichen Praxis die Grenzen einer bloß an spezifischen Handlungsformen orientierten Beurteilung ein Stück weit zu überwinden. Die Wettbewerbstheorien selbst, auf die sich wettbewerbspolitische Konzeptionen stützen, sind jedoch viel zu abstrakt, als daß sie direkt in rechtliche Handlungsanleitungen übersetzt werden könnten⁷, und sie sind überdies auf ein zentrales Problem der europäischen Wettbewerbspolitik, nämlich auf den Umgang mit unvollkommen vereinheitlichten nationalen Märkten höchst unzureichend eingestellt. Ohne eine pragmatische Spezifizierung, die zugleich die institutionellen Rahmenbedingungen der europäischen Wettbewerbspolitik berücksichtigen muß, ist bei der Beurteilung konkreter Probleme mithin nicht auszukommen.

Aus all diesen Gründen wird sich die folgende Analyse zunächst darauf beschränken, die wettbewerbspolitischen Prämissen und die verbraucherpolitischen Gesichtspunkte zu bezeichnen, die bei der Beurteilung selektiver Vertriebssysteme praktisch bedeutsam geworden sind. Die wettbewerbstheoretische Auseinandersetzung mit diesen Orientierungen bleibt dem 5. Kapitel vorbehalten, und die rechtliche Konkretisierung dieser Auseinandersetzung im 6. Kapitel wird sich auf die mit dem selektiven Vertrieb im Automobilsektor zusammenhängenden Fragen konzentrieren. Aus dieser Schwerpunktsetzung erklärt sich im übrigen eine methodische Diskrepanz und eine weitere inhaltliche Einschränkung: Weil es bei der GruppenfreistellungsVO um die Handhabung des Art. 85 EWGV geht, wird bei der Behandlung des Art. 86 EWGV der Versuch, wettbewerbstheoretische Fragestellungen zu berücksichtigen, nicht fortgeführt; und weil diese Studie sich auf die verbraucherpolitische Bedeutung wettbewerbspolitischer Maßnahmen konzentrieren soll, wird sie das Verhältnis des europäischen Wettbewerbsrechts zu den nationalen Rechtsordnungen und die damit zusammenhängende Frage nach den Grenzen der Rechtssetzungsbefugnisse der Kommission nur peripher behandeln⁹.

⁷ Vgl. näher Kap. 5, 2.2.5.

⁸ Vgl. unten 6.

⁹ Vgl. dazu neuerdings Behrens/Korb-Schikaneder, Europäisches Wettbewerbsrecht vor französischen Gerichten, *RebelsZ* 48 (1984), 1 ff., 15 ff., 222 ff.

2. Die Anwendbarkeit des Art. 85 Abs. 1 EWGV auf vertikale Bindungen

Die in der neueren wettbewerbspolitischen Diskussion vor allem in den USA wieder umstrittene Grundsatzfrage, ob die Wettbewerbspolitik den bloß vertikalen Bindungen überhaupt entgegenzutreten soll, gilt für das europäische Wettbewerbsrecht als längst ausgetragen¹⁰. Schon in der Entscheidung *Société Technique Minière gegen Maschinenbau Ulm* vom 30.6.1966 hatte der EuGH die Auffassung der Kommission gebilligt, daß Alleinvertriebsvereinbarungen als „Vereinbarungen zwischen Unternehmen“ i.S.d. Art. 85 Abs. 1 EWGV zu qualifizieren seien, da diese Norm nicht danach differenziere, „ob die Vertragspartner auf der gleichen Wirtschaftsstufe (sog. 'horizontale' Vereinbarungen) oder auf verschiedenen Stufen (sog. 'vertikale' Vereinbarungen) tätig sind“¹¹. Diese Position, die dann im *Grundig/Consten-Urteil*¹² und in der Entscheidung *Italienische Republik*¹³ näher begründet wurde, hat weitreichende Konsequenzen: Wenn und soweit vertikale Bindungen dem Art. 85 Abs. 1 EWGV unterfallen, können wettbewerbspolitisch positive Beurteilungen erst bei der Anwendung des Art. 85 Abs. 3 EWGV zur Geltung kommen. Differenzierungen nach der Marktmacht des Lieferanten, wie sie das deutsche Recht in § 26 Abs. 2 GWB vornimmt, lassen sich dann außerhalb des Art. 86 EWGV nur im Rahmen einer Gesamtbeurteilung von Vertriebssystemen berücksichtigen. Aber nicht nur der neu entfachte Grundsatzstreit über die vertikalen Bindungen, sondern auch die Folgeprobleme der *Grundig/Consten-Doktrin* lassen es angezeigt erscheinen, sich ihre ursprüngliche Begründung erneut zu vergegenwärtigen.

2.1. Das *Grundig/Consten-Urteil*

Die Aktualität der im *Grundig/Consten-Urteil* ausgetragenen Streitfragen erschließt sich nicht zuletzt aus dem Vorbringen jener Beteiligten, die sich seinerzeit mit ihren Argumenten nicht durchzusetzen vermochten. So hatte die italienische Regierung als Streithelferin geltend gemacht, daß die Funktion eines Alleinvertriebsberechtigten nicht von der eines Angestellten oder Handelsvertreters unterscheidbar sei; diese ökonomische Funktion aber werde verkannt, wenn man den Vertriebsberechtigten als Unternehmer i.S.d. Art. 85 Abs. 1 EWGV qualifiziere. Die italienische Regierung hatte ferner vorgetragen, daß weder zwischen dem Produzenten und dem Alleinvertriebsberechtigten noch zwischen verschiedenen Vertriebsberechtigten des gleichen Produkts eine Wettbewerbsverhältnis anzunehmen sei¹⁴. Und die deutsche Regierung, die ebenfalls den Klä-

10 Literaturhinweise bei Meier II, 35 in Fn. 40 f., 40 in Fn. 60 f.
11 Rs. 58/65, Slg. 1966, 281, 302 f. – *Maschinenbau Ulm*.

12 EuGH, U. v. 13.07.1966, Rs. 56 u. 58/64, Slg. 1966, 321 – *Grundig/Consten*.

13 EuGH, U. v. 13.07.1966, Rs. 32/65, Slg. 1966, 457 – *Italienische Republik*.

14 Fn. 12, 377.

gerinnen als Streithelferin beigetreten war, hatte argumentiert, daß eine Wettbewerbsbeschränkung „sich nicht allein aufgrund der Monopolstellung eines Unternehmens für die Erzeugnisse eines einzigen Herstellers feststellen“ lasse, sondern „die wechselseitige Substituierbarkeit gleichartiger Erzeugnisse“ zu berücksichtigen sei¹⁵. Diese drei Argumente nehmen Gesichtspunkte der neueren wettbewerbspolitischen Diskussion um vertikale Wettbewerbsbeschränkungen vorweg. Dem Verweis der italienischen Regierung auf die „ökonomische Funktion“ des Alleinvertriebsberechtigten entspricht das Argument, die Wettbewerbspolitik befördere durch Maßnahmen gegen vertikale Bindungen bloß die vertikale Konzentration¹⁶; die Aussage, die Angehörigen eines Vertriebssystems seien nicht als Wettbewerber zu behandeln, findet Rückhalt in der (absatzwirtschaftlichen) Theorie des Gruppenwettbewerbs¹⁷ und im Vortrag der Bundesregierung ist die These von der vorrangigen Bedeutung des Interbrand-Wettbewerbs angelegt¹⁸.

Wenn diese Aktualisierungen der Sachvorträge im Grundig/Consten-Verfahren überzogen erscheinen, so erhellen sie doch jedenfalls die grundsätzliche Bedeutung der Stellungnahmen des Gerichtshofs. Diese Stellungnahme beginnt mit der in der Tat „lapidaren“¹⁹ Bemerkung, der Wortlaut der Artt. 85, 86 EWGV treffe keine Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Vereinbarungen²⁰. Immerhin wird diese formalistische Begründung durch vier Argumente unterstützt: Auch der Wettbewerb zwischen den Parteien einer vertikalen Vereinbarung und Dritten werde durch Art. 85 Abs. 1 EWGV erfaßt, zumal „andernfalls die Parteien mit Hilfe einer solchen Vereinbarung versuchen könnten, sich zum Schaden des Verbrauchers oder Benutzers einen mit den allgemeinen Zielen des Art. 85 Abs. 1 EWGV unvereinbaren Vorteil zu sichern, indem sie für das betroffene Erzeugnis den Wettbewerb Dritter verhindern oder einschränken“²¹; der Fall einer echten vertikalen Integration des Vertriebs sei mit dem der selbständigen Vertriebsorganisation weder rechtlich noch ökonomisch gleichzusetzen²²; im übrigen könnten Vereinbarungen zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsstufen im Handel zwischen den Mitgliedsstaaten wieder nationale Schranken aufrichten und dadurch „den grundlegenden Zielen der Gemeinschaft zuwiderlaufen“²³. Die im Hinblick auf den gegenwärtigen Diskussionsstand auf-

¹⁵ Fn. 12, 364.

¹⁶ Vgl. z.B. Klein/Crawford/Alchian, Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process, Journal of Law & Economics 21 (1978), 297 ff.

¹⁷ Vgl. Kap. 5, 2.3.

¹⁸ Vgl. Kap. 5, 2.5.1. und 2.5.2.

¹⁹ Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 3. Aufl. 1978, Art. 85 Rz. 34.

²⁰ Fn. 12, 387; vgl. schon im Maschinenbau Ulm-Urteil (Fn. 11) 302 f., sowie im Entscheid Italienische Republik (Fn. 13) 485.

²¹ Fn. 12, 387.

²² Fn. 12, 377 f.

²³ Fn. 12, 388.

schlußreichste Aussage findet sich im Zusammenhang mit der Interpretation des Tatbestandsmerkmals der Wettbewerbsbeschränkung: „Der Wettbewerb zwischen Herstellern mag zwar im allgemeinen augenfälliger in Erscheinung treten als der zwischen Verteilern von Erzeugnissen einer und derselben Marke. Dies bedeutet aber nicht, daß eine Vereinbarung, die den Wettbewerb zwischen solchen Verteilern beschränkt, schon deswegen nicht unter das Verbot des Artikel 85 Absatz 1 fiele, weil sie den Wettbewerb zwischen Herstellern möglicherweise verstärkt“²⁴. Eine noch nachdrücklichere Stellungnahme zugunsten des Intra-brand-Wettbewerbs hatte die Kommission formuliert: „Finde der Wettbewerb nur zwischen den verschiedenen Marken statt, so träten ... Preis und Qualität des Kundendienstes, die von eigenen Bemühungen des Händlers abhängen, gegenüber Preis und Qualität der Ware des Fabrikanten ganz in den Hintergrund. Dagegen stimuliere und belohne der Wettbewerb zwischen Verteilern ein und derselben Marke die eigenen Anstrengungen des Händlers, da er gleiche Erzeugnisse betreffe. In diesem Fall finde der Wettbewerb insbesondere bei den Preisen und denjenigen Kundendienstleistungen statt, die mit dem Verkauf und dem Gebrauch der Erzeugnisse zusammenhängen“²⁵.

2.2. Begründungsschwächen

Aus der Sicht der heutigen wettbewerbspolitischen Diskussion wird man die nunmehr fast 20 Jahre alte Begründung des Grundig/Consten-Urteils kaum noch als befriedigende Darstellung wettbewerblicher Wirkungsmechanismen bezeichnen können. Unbefriedigend ist die pauschalierende Qualifikation vertikaler Bindungen als Wettbewerbsbeschränkung und die These von der Irrelevanz ihrer Auswirkungen im Interbrand-Wettbewerb schon deshalb, weil sie von den vom Gerichtshof angegebenen Argumenten allein jedenfalls nicht getragen wird. Der Gerichtshof behauptet, daß der Wettbewerb durch eine Strategie der Produktdifferenzierung „in der Regel an Wirksamkeit verliere“ und „wegen des erheblichen Anteils der Vertriebskosten am Gesamtgestehungspreis“ erst die Freiheit des Intra-brand-Wettbewerbs den Handel „zu größeren Anstrengungen anregt“²⁶. Der erste Teil dieser Begründung ist nur als normative Verurteilung der Produktdifferenzierung verständlich, nicht aber als Aussage über die Intensität des Qualitätswettbewerbs. Der zweite Teil differenziert nicht zwischen unterschiedlichen, z.B. technisch komplexen und einfachen Gütern, trägt der Free Rider-Problematik nicht Rechnung und geht schließlich nicht der Frage nach, unter welchen Umständen es zu einem Wettbewerb unterschiedlicher Absatzformen kommen kann und ob Vertriebsbindungen die Voraussetzungen zu einer Intensivierung des Wettbewerbs bilden könnten²⁷.

24 Fn. 12, 390.

25 Fn. 12, 365.

26 Fn. 12, 391.

27 Vgl. näher Kap. 5.2.

Gewiß muß man die allgemeine Subsumtion vertikaler Bindungen unter Art. 85 Abs. 1 EWGV vor dem Hintergrund der Freistellungsmöglichkeiten nach Art. 85 Abs. 3 EWGV gesehen werden. Dieser Systematik wollte der Gerichtshof offenbar Rechnung tragen und er hat deshalb auch die Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV ausdrücklich nicht unter den Vorbehalt einer Rule of Reason gestellt²⁸. Ebenso deutlich ist das integrationspolitische Motiv der Entscheidung hervorzuheben: Es ging der Kommission und dem EuGH wesentlich um die Öffnung der nationalen Märkte und um die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen in der Gemeinschaft. Aber die Korrekturmöglichkeiten des Art. 85 Abs. 3 EWGV und die integrationspolitische Intention des Grundig/Consten-Urteils machen die Frage nach der Tragfähigkeit der inhaltlichen Aussagen zu den wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen vertikaler Bindungen nicht überflüssig. Die Reichweite der per se-Regel gegen vertikale Bindungen ist in der Folgezeit jedenfalls *faktisch* eingeschränkt worden – und diese Einschränkung kommt *im Ergebnis* den wettbewerbspolitischen Einwänden gegen die inhaltliche Argumentation des Gerichtshofs entgegen²⁹. Aber auch die „integrationspolitische“ Schlüssigkeit des Grundig/Consten-Urteils ist einer zunehmenden Kritik ausgesetzt; behauptet wird, daß der Versuch, einheitliche Wettbewerbsbedingungen durchzusetzen, nicht nur aus wettbewerbspolitischen Gründen verfehlt sei, sondern auch desintegrative Folgewirkungen nach sich ziehe³⁰ – hierauf wird im Rahmen der Behandlung von regionalen Preisdifferenzierungen und Exportverboten noch zurückzukommen sein.

3. Einschränkungen des Anwendungsbereichs des Art. 85 Abs. 1 EWGV

3.1. Spürbarkeit der Beeinträchtigung

Eines der dogmatischen Mittel, mit denen sich die Auswirkungen von vertikalen Bindungen auf den Interbrand-Wettbewerb berücksichtigen lassen, bildet das Erfordernis der „Spürbarkeit“ der Wettbewerbsbeeinträchtigung, das als ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Art. 85 Abs. 1 EWGV gilt. Im Grundig/Consten-Urteil hatte der EuGH zwar ausdrücklich hervorgehoben, daß selbst positive Auswirkungen auf den internationalen Handel die Annahme einer Wett-

28 Vgl. Fn. 12, 390; s. auch Belke, *Relevanter Markt und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen im EWG-Kartellrecht am Beispiel der Alleinvertriebs- und Gebietsbindungen*, ZHR 130 (1968), 239 ff., 247, der die Grundig/Consten-Entscheidung vor allem wegen der Zuweisung administrativer Zuständigkeiten an die Kommission verteidigt.

29 Vgl. unten 4. sowie zur Spürbarkeitsdoktrin unten 3.1.

30 Die Fa. Grundig soll auf die Rechtsprechung des EuGH mit der vertikalen Integration des Vertriebs reagiert haben (so Reinhart, *Die kartellrechtliche Behandlung vertikaler Verträge nach Art. 85 EWG-Vertrag*, AWD 1974, 187 ff., 191).

bewerbsbeschränkung nicht ausschließen³¹. Aber zuvor war bereits im Maschinenbau Ulm-Entscheid eine Prüfung der „wirtschaftlichen Begleitumstände“ von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen verlangt worden; soweit eine Vereinbarung für die Erschließung eines neuen Gebietes notwendig sei, komme es „insbesondere auf Art und Menge der den Gegenstand der Vereinbarung bildenden Erzeugnisse“ an³². An dieses Präjudiz haben zahlreiche Urteile angeknüpft³³. Die Kommission hat dann in ihrer Bagatellobekanntmachung vom 27.5.1970³⁴ die Spürbarkeitsgrenzen quantifiziert (5 % Marktanteil und 50 Mio. ECU Jahresumsatz).

Das Spürbarkeitserfordernis entfaltet Entlastungsfunktionen nach mehreren Richtungen gleichzeitig. Es gilt nicht nur für die „Wettbewerbsbeschränkung“, sondern ebenso für die „Handelsbeeinträchtigung“ – insoweit geht es jeweils um eine pragmatisch-vergrößernde Marktfolgenabschätzung. Nun hat sich aber der EuGH die Quantifizierungen der Bagatellobekanntmachung nicht zu eigen gemacht, und beide, EuGH³⁵ wie Kommission³⁶, nehmen sich die Freiheit, bloß über die „Eignung“ der inkriminierten Maßnahme zur „spürbaren“ Beeinträchtigung des Handels zu judizieren – so läßt sich gerade bei vertikalen Beschränkungen die inhaltlich-wettbewerbliche Beurteilung von der Relevanz für den innergemeinschaftlichen Handel abkoppeln³⁷. Schließlich eignet sich das Spürbarkeitserfordernis auch dazu, schwierige Fragen zu vertagen oder zu delegieren – diese Form der Selbstbeschränkung wird, so verständlich sie an sich sein mag, z.T. in einer schwer nachvollziehbaren Weise gehandhabt³⁸.

3.2. Qualitative und quantitative Beschränkungen in selektiven Vertriebssystemen

Mit dem Theorem von der Unbedenklichkeit qualitativer und der grundsätzlichen Unzulässigkeit quantitativer Selektionskriterien haben Kommission und Gerichtshof ein praktisch folgenreiches Instrumentarium zur Auflockerung der in der Grundig/Consten-Entscheidung begründeten Systematik gefunden. Der

31 Fn. 12, 390 f.

32 Fn. 11, 303 f.

33 EuGH, U. v. 09.07.1969, Rs. 5/69, Slg. 1969, 295 – Völk/Vervaecke; EuGH U. v. 06.05.1971, Rs. 1/71, Slg. 1971, 351 – Cadillon/Höss; EuGH, U. v. 16.06.1961, Rs. 126/80, WuW/EWG MUV 524 – Pressevertrieb.

34 Abl. 1970 C 64, 1 (i.d.F. v. 29.12.1977, ABl. C 313, 3).

35 U. v. 01.02.1978, Rs. 19/77, Slg. 1978, 131, 149 – Miller International.

36 Vgl. als aktuelles Beispiel ABl. L 136 v. 23.05.1984, 9, Ziff. 50 – Polistil/Arbois.

37 Vgl. als neuere Beispiele ABl. 376 v. 31.12.1983, 41, Ziff. 5 – Saba II und EuGH U. v. 09.11.1983, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461, 3522 – Michelin.

38 Vgl. einerseits unten 3.2.4. zu den Parfum-Fällen, andererseits unten 6.2. (zum Hugin-Fall).

präzise rechtsdogmatische Gehalt dieses Theorems ist freilich ebenso schwierig zu ermitteln wie seine wettbewerbspolitische Zielsetzung. Hält man sich an dem Grundsatz, daß alle vertikalen Bindungen ohne Rücksicht auf ihre Auswirkungen im Interbrand-Wettbewerb nach Art. 85 Abs. 1 EWGV verboten sind, so müßte die kartellrechtliche Unbedenklichkeit qualitativer Selektionskriterien aus technisch-funktionellen Gegebenheiten hergeleitet werden. Wettbewerbspolitisch wäre dies eine Entscheidung zugunsten der Freiheit des Intrabrand-Wettbewerbs i.S. einer Sicherung der Entfaltungschancen unterschiedlicher Distributionsformen und damit auch eine Entscheidung gegen Strategien der Produktdifferenzierung, die sich auf die Präsentation und den – nicht objektiv unabdingbaren – Service für die betroffenen Güter stützen.

Der Qualitätsbegriff kann freilich in einem sehr viel weiteren, nämlich alle jene Absatzleistungen umfassenden Sinne verstanden werden, auf die sich die unternehmerische Qualitätspolitik zu beziehen pflegt³⁹. Dann handelt es sich bei all den Selektionskriterien, die ein spezifisches Qualitätsprofil gegenüber dem Verbraucher realisieren sollen, immer bloß um „qualitative“ Beschränkungen. Wettbewerbspolitisch bedeutet diese Interpretation der „Qualität“ eine Entscheidung zugunsten des Qualitätswettbewerbs, zugunsten eines Wettbewerbsbegriffs also, der alle Parameter des Wettbewerbsprozesses grundsätzlich gleich bewertet. Konsequenterweise wären dann vertikale Bindungen nicht mehr als Beschränkungen, sondern vielmehr als Bestandteile des Wettbewerbsprozesses zu werten. Ihre Qualifikation als Wettbewerbsbeschränkung müßte sich jedenfalls in erster Linie auf die „Außenwirkungen“ von Selektionskriterien stützen, und damit würde sich die wettbewerbliche Analyse auf den Interbrand-Wettbewerb verlagern.

Diese noch sehr grobe Skizze der wettbewerbspolitischen Implikationen gegensätzlicher Interpretationen des Qualitätsbegriffs sollte zur Erläuterung der leitenden Fragestellungen der folgenden Abschnitte genügen: Es geht, dogmatisch gesehen, um die definitorische Abgrenzung der „qualitativen“ Beschränkungen und, wettbewerbspolitisch gesehen, um die Schutzziele der Unterscheidung zwischen qualitativen und quantitativen Selektionskriterien.

3.2.1. Beispiele qualitativer Selektionskriterien

Die Kommission hat den Grundsatz von der grundsätzlichen Unbedenklichkeit qualitativer Selektionskriterien eher beiläufig im Rahmen der Erteilung eines

³⁹ Grundlegend zu den Zusammenhängen zwischen unternehmerischer Qualitätspolitik (dem absatzwirtschaftlichen Qualitätsbegriff) und Wettbewerbspolitik nach wie vor Abbot, Qualität und Wettbewerb, 1958; vgl. auch Joerges, Qualitätsregulierung auf Konsumgütermärkten: Theoretische Konzepte und praktische Beispiele, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Diskussions-Papier 6/1983.

Negativattests für die Absatzverträge der europäischen Töchter von Eastman Kodak eingeführt⁴⁰. Diese Verträge enthielten eine „einfache Fachhandelsbindung“. Danach durften Kodak-Erzeugnisse „im Regelfall nur durch ausgebildetes Personal und in Räumen verkauft werden, die zufriedenstellende Lagerung, Ausstellung und Geschäftstätigkeit gewährleisten“. Weil kein Händler, der diesen Anforderungen entspreche, von der Belieferung ausgeschlossen werden könne, sei eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 85 Abs. 1 EWGV auszuschließen⁴¹.

Um eine Begründung dieser Aussage mit den spezifischen Eigenschaften der Kodak-Erzeugnisse hat die Kommission sich nicht bemüht⁴², und sie wäre wohl auch nicht einfach zu finden. Bereits die Kodak-Entscheidung tendiert damit zu einer weiten Fassung des Qualitätsbegriffs und zur grundsätzlichen Anerkennung eines entsprechenden unternehmerischen Rechts zur freien Bestimmung des Vertriebsweges. In die gleiche Richtung weisen die nachfolgenden „Uhren-Fälle“: Als per se legitime qualitative Selektionskriterien gelten danach Anforderungen an die Lage und Ausstattung des Händlers, an die Lagerhaltung und Einrichtung eines Wartungs- und Kundendienstes, der auch Garantiarbeiten durchführen kann⁴³. So akzeptierte der Uhrenhersteller Junghans⁴⁴ nur solche Verkaufsstellen, die über fachkundiges Personal verfügen, sich als Uhrenfachgeschäfte mit einem wohlsortierten Angebot präsentierten oder doch eine entsprechende Fachabteilung eingerichtet hatten und den Kundendienst-Ansprüchen von Junghans genügten. Alle diese Anforderungen wurden von der Kommission mit der Begründung akzeptiert, sie beschränkten weder die wirtschaftliche Handlungsfreiheit von Junghans oder der von Junghans zugelassenen Händler noch den Zugang zum Junghans-Vertriebssystem für neue Interessenten in unzulässiger Weise. Indessen war auch hier die Aussage, eine einfache Fachhandelsbindung und deren Überwachung durch den Hersteller enthalte keine Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 85 Abs. 1 EWGV⁴⁵, mit technisch-funktionellen Erfordernissen letztlich nicht zu rechtfertigen⁴⁶. In der jüngsten Entscheidungspraxis setzt sich

40 ABL L 147 v. 07.07.1970, 24.

41 A.a.O., 26.

42 Im Kodak-Fall war dies weniger bedeutsam, weil es dort schwerpunktmäßig um die Durchsetzung der Handelsfreiheit für Kodak-Erzeugnisse und um eine Intensivierung des Preiswettbewerbs ging; vgl. Scheuermann, Common Market and Uncommon Prices? Reflections on the Kodak-Decision and Price-Discrimination under Article 85 of the Rome Treaty, *Journal of World Trade Law* 5 (1971), 533 ff.

43 ABL L 242 v. 05.11.1970, 22 – Omega.

44 ABL L 30 v. 02.02.1977, 10.

45 A.a.O., Ziff. 22 f.

46 Uhren können heute durchaus als problemlose Artikel gelten, die weder eine extensive Beratung noch besondere Qualifikationen für den Kundendienst erfordern, zumal entsprechende Leistungen – etwa im Falle Omega – ohnehin häufig vom Hersteller selbst oder aber von spezialisierten Servicestellen ausgeführt werden.

diese ambivalente, zwischen restriktiv klingenden Formulierungen und sachlich weitgehenden Konzessionen schwankende Haltung fort. Bei Personal-Computern wird die von IBM geforderte Beratungsleistung als vernünftig eingestuft – jedenfalls angesichts „der derzeitigen Marktsituation, in der neue hochtechnische Waren hauptsächlich an unerfahrene Benutzer verkauft werden ...“⁴⁷. Wenn hier eine Art funktionell-technische Vernunft immerhin noch bemüht wird, gilt dies für die Murat-Entscheidung de facto nicht mehr: „Für den Verkauf von qualitativmäßig hochwertigen Schmuckartikeln in Gold, Silber und Golddouble mit hohem Goldgehalt“ sollen Fachgeschäfte mit Serviceabteilung „nötig“ sein⁴⁸ – „nötig“ sind sie „für den Verkauf“ nur in einem absatzpolitischen, also durch die Marketingstrategie von Murat selbst gesetzten Sinne⁴⁹.

3.2.2. Quantitative Beschränkungen

In ihrer Kodak-Entscheidung hatte die Kommission quantitativ unbeschränkte Zugangsmöglichkeiten zu dem Vertrieb von Kodak-Produkten vorausgesetzt und in der Omega-Entscheidung die mit dem Vertriebssystem verbundenen Begrenzungen der Händlerzahl einer Beurteilung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV unterzogen. Diese Systematik hat dann die BMW-Entscheidung⁵⁰ zwar nicht expressis verbis aufgegeben, aber doch implizit in Frage gestellt: „Die Bedingungen zu Lasten der BMW-Wiederverkäufer, einen Geschäftsbetrieb bestimmten Umfangs zu unterhalten ..., Kundendienst nach bestimmten Richtlinien von BMW durchzuführen ..., Vertragswaren in bestimmtem Umfang zu bevorraten ... und beim Weiterverkauf an Endabnehmer eine der von BMW gewährten Garantie entsprechende Gewähr zu leisten ..., enthalten objektive Qualifikationsmerkmale und sind Mindestverpflichtungen, die BMW gegenüber den in Deutschland auszuwählenden und ausgewählten BMW-Direkthändlern und -Händlern in gleicher Weise anwendet ... Es ist davon auszugehen, daß die Summe der objektiven Auswahlkriterien und Verpflichtungen auch in spürbarem Umfang Unternehmen von der Zulassung als BMW-Wiederverkäufer und vom Handel mit BMW-Erzeugnissen fernhält“⁵¹. Allerdings brauchte die Kommission die Frage, ob bereits die Summierung qualitativer Kriterien als Verstoß gegen Art. 85 Abs. 1 EWGV zu werten ist, nicht zu beantworten: „Da BMW im Einzelfall auch solche Unternehmen von der Anerkennung als BMW-Wiederverkäufer ausschließen kann, die alle qualitativen Auswahlkriterien erfüllen und bereit sind, die Mindestverpflichtungen einzugehen ..., reicht die den Wettbewerb mit BMW-Erzeugnissen einschränkende Wirkung des BMW-Vertriebssystems noch weiter; es führt zu quantitativer Selektion der Wiederverkäufer“⁵².

47 Abl. L 118 v. 04.05.1984, 24, Ziff. 15 – IBM-Personal-Computer.

48 Abl. L 348 v. 10.12.1983 – Murat.

49 Vgl. entsprechend zu den Parfüm-Fällen unten 3.2.4.

50 Abl. L 29 v. 03.02.1975, 1.

51 A.a.O., 4 f.

52 A.a.O. 5; vgl. auch den 4. Wettbewerbsbericht 1974, Ziff. 87.

Achtet man nicht so sehr auf die rechtssystematischen Differenzen zwischen dem Ansatz des BMW-Entscheids und dem der Vorentscheidungen, sondern vielmehr auf die unterschiedliche Intensität der „qualitativen“ Anforderungen in den zu beurteilenden Vertriebssystemen, so wird man nicht etwa Brüche, sondern eher eine plausible Fortentwicklung in der Argumentation der Kommission erkennen. Andererseits ist unverkennbar, daß die Unterscheidung zwischen den nach Art. 85 Abs. 1 EWGV unbedenklichen und den nach Art. 85 Abs. 3 EWGV zu beurteilenden restriktiven qualitativen Beschränkungen komplizierte Wertungen erfordern kann. Die dogmatische Klarheit, die das Grundig/Consten-Urteil bei der Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV auszeichnete und die bei der Anerkennung einfacher und nicht diskriminierender qualitativer Selektionskriterien noch gewahrt schien, erweist sich damit als tendenziell gefährdet.

3.2.3. Das Metro/Saba-Urteil und die Bedeutung des Interbrand-Wettbewerbs

Das Metro/Saba-Urteil⁵³ des EuGH gilt als die wichtigste Leitentscheidung zum selektiven Vertrieb und wird vielfach als Ausdruck einer neuen wettbewerbspolitischen Haltung interpretiert. Das Urteil betraf den „klassischen“ Konflikt zwischen den Hersteller-Interessen an der Durchsetzung einer unternehmensspezifischen Absatzpolitik und den Sortiments-Interessen neuer Handelsformen. Die Kommission hatte vor dem Erlaß ihrer Freistellungsentscheidung⁵⁴ in langjährigen Verhandlungen bereits einen Verzicht auf Querlieferungsverbote innerhalb der EG, die Aufhebung der Preisbindung und den Verzicht auf den Ausschluß von Kaufhäusern vom Vertrieb erreicht⁵⁵. In ihrer Freistellungsentscheidung hat sie sich an der Unterscheidung zwischen qualitativen und quantitativen Selektionskriterien orientiert, diese Unterscheidung aber bereits i.S. der BMW-Entscheidung fortentwickelt. Zu den Selektionskriterien, die als lediglich „allgemeine fachliche Voraussetzungen“ nach Art. 85 Abs. 1 EWGV tolerierbar seien, zählte die Kommission die Anforderungen an die fachliche Qualifikation der Händler und ihres Personals, an die Beteiligung des Großhandels am Ausbau des Vertriebsnetzes, an die Gestaltung der Verkaufsräume und an den Kundendienst, aber auch das für die Bundesrepublik vorgesehene Verbot der Belieferung privater Endverbraucher durch Großhändler („Sprunglieferungsverbot“) und das darin beschlossene Verbot der Belieferung sog. institutioneller Endverbraucher sowie die Verpflichtung der Alleinvertriebshändler zur Angabe ihrer Bruttover-

53 U. v. 25.10.1977, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875. – Eine eingehende Darstellung des Vertriebssystems von Saba findet sich bei Pollmüller, Vertriebssysteme in der Unterhaltungselektronik, dargestellt am Beispiel der Fa. Saba, in: Ahlert (Hrsg.), Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, 1981, 317 ff.

54 ABl. L 28 v. 03.02.1976, 10 – Saba.

55 Vgl. die Mitteilung der Kommission v. 10.03.1971, AWD 1971, 289 sowie die Absichtserklärung in ABl. C 116 v. 07.11.1972 und in der Freistellungsentscheidung (Fn. 54) Ziff. 9 a, 10 a, 21-23, im Urteil des EuGH (Fn. 53) 1883, 1885 f.

dienstspannen und der ihren Abnehmern gewährten Rabatte. Mit den darüber hinausgehenden Verpflichtungen jedoch, die u.a. einen Abschluß von Halbjahres-Lieferverträgen und Mindestumsätze vorsahen, die überdies Sortiments- und Bevorratungsanforderungen aufstellten, seien die Toleranzgrenzen des Art. 85 Abs. 1 EWGV überschritten, weil hiermit – wie im BMW-Vertragshändlersystem – an sich qualifizierte Händler von dem Vertriebsnetz ferngehalten würden – diese Bindungen hat die Kommission erst auf der Grundlage des Art. 85 Abs. 3 EWGV akzeptiert⁵⁶.

Bekanntlich hat der EuGH die Klage der Metro SB-Großmärkte GmbH & Co KG gegen die Freistellungsentscheidung der Kommission zurückgewiesen. Er hat dabei das Verbot der Sprunglieferung und die damit verbundene Funktionstrennung zwischen Groß- und Einzelhandel sowie die Überwachung dieses Belieferungsverbots und die Verpflichtung der Großhändler, eine Fachabteilung einzurichten, als nach Art. 85 Abs. 1 EWGV unbedenklich angesehen, jedoch – entgegen der Auffassung der Kommission – die Verpflichtung der Saba-Großhändler, zum Ausbau des Vertriebsnetzes beizutragen, dem Art. 85 Abs. 3 EWGV zugeordnet, weil sie „über die Notwendigkeiten eines auf Qualitätsanforderungen aufgebauten selektiven Vertriebssystems“ hinausgingen. Im Rahmen der Beurteilung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV hat der Gerichtshof diese Verpflichtungen jedoch ebenso akzeptiert wie die übrigen Freistellungsgründe der Kommission⁵⁷.

Der EuGH hat seine Billigung der von der Kommission eingeführten Differenzierung zwischen unbedenklichen und wettbewerbsbeschränkenden Selektionskriterien mit Überlegungen begründet, die wettbewerbspolitisch und rechtssystematisch gleichermaßen bedeutsam sind. Selektive Vertriebssysteme erfüllen, so hebt der EuGH hervor, eine spezifische Funktion im Wettbewerb: „Es trifft zu, daß bei diesen Vertriebssystemen der Schwerpunkt im allgemeinen nicht ausschließlich und nicht einmal vorwiegend auf dem Preiswettbewerb liegt ... So wichtig der Preiswettbewerb sein mag – weshalb er niemals ganz beseitigt werden darf –, so ist er doch nicht die einzig wirksame Form des Wettbewerbs und auch nicht diejenige Form, die unter allen Umständen absoluten Vorrang erhalten müßte“⁵⁸. Dieses Diktum steht im Zusammenhang der Überprüfung der Freistellungsentscheidung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV. Aber der EuGH bezieht sich mehrfach auch auf die nach Art. 85 Abs. 1 EWGV unbedenklichen qualitativen Kriterien. Die Aussage, daß „Art und Intensität des Wettbewerbs je nach den in Betracht kommenden Waren oder Dienstleistungen und der wirtschaftlichen Struktur verschieden sein können“, daß sich insbesondere bei hochwertigen Konsumgütern „unterschiedliche, den Eigenheiten der verschiedenen Hersteller und

⁵⁶ Vgl. in der Kommissionsentscheidung (Fn. 54) einerseits Ziff. 27, 28, 34, 37, andererseits Ziff. 29, 38, 45 (zur Beurteilung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV vgl. unten 5.2.1.).

⁵⁷ Fn. 53, 1909, 1911, 1914 ff.

⁵⁸ A.a.O., 1905 f.

den Bedürfnissen der verschiedenen Verbrauchergruppen angepaßte Vertriebswege“ herausbilden, betrifft allgemein den von „Art. 3 und 85 EWG-Vertrag geforderten unverfälschten Wettbewerb“, und die Freistellungsatteste der Kommission interpretiert der EuGH im gleichen Sinne: Sie seien berechtigt, weil sie berücksichtigten, „daß selektive Vertriebssysteme neben anderen ein mit Artikel 85 Absatz 3 EWGV vereinbarer Bestandteil des Wettbewerbs sind“; das Bestreben, solche Vertriebswege „neben neuen Vertriebsformen mit andersartiger Wettbewerbspolitik zu erhalten“, gehöre „zu den Zielen, die verfolgt werden dürfen, ohne daß dabei zwangsläufig gegen das Verbot des Artikel 85 Absatz 1 EWGV verstoßen würde ...“ – freilich könne der „Umstand, daß andere Hersteller von Unterhaltungselektronik ähnliche selektive Vertriebssysteme ... errichtet hätten oder zu errichten beabsichtigten ... möglicherweise für die Frage der Vereinbarkeit des streitigen Systems mit Artikel 85 des Vertrages von Belang sein“⁵⁹.

Die Kritiker der Rechtsprechung des EuGH werfen dem Gerichtshof eine rigide-schematische Handhabung des Art. 85 Abs. 1 EWGV vor⁶⁰ – die zitierten Aussagen rechtfertigen diesen Vorwurf nicht, aber ihnen wäre dann eben eine grundsätzliche Bedeutung abzusprechen. Die Befürworter einer strikten Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV verweisen darauf, daß die Beteiligten eines Vertriebssystems vielfach das wettbewerbliche Umfeld nicht übersehen und deshalb die Bewertung der Intensität des Wettbewerbs der Überprüfung durch die Kommission im Rahmen von Freistellungsentscheidungen überlassen bleiben sollte⁶¹ – die zitierten Passagen nehmen freilich auf dieses Umfeld Bezug.

59 A.a.O., 1905, 1906, 1904.

60 Vgl. nur Korah, *Comfort Letters – Reflection on the Perfume-Cases*, *European Law Review* 6 (1981), 14 ff., 36; Kon, Art. 85, Para. 3: *A Case for Application by National Courts*, *Common Market Law Review* 19 (1982), 541 ff., 555.

61 So z.B. Stöver, A.a.O. (Fn. 1), 400 f., der dabei vor allem auf das Beispiel homogener Vertriebssysteme in einem an sich polypolistischen Markt verweist. S. auch Thiesing, Die Abgrenzung des relevanten Marktes in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 85 u. 86 EWGV, FS Hartmann, 1976, 355 ff., 362 ff., der den Schutz des Intra-brand-Wettbewerbes durch Art. 85 Abs. 1 EWGV durch eine spezifische Fassung des Begriffs des relevanten Marktes (für vertikale Bindungen!) gewährleistet sieht. Der relevante Markt i.S. dieser Vorschrift könne ein einziges Produkt betreffen, auf das sich die Vertriebsvereinbarung bezieht. Dann wären für die Vertragspartner von Saba die einfachen qualitativen Selektionskriterien wohl deshalb keine Wettbewerbsbeschränkungen, weil für sie das Angebot von Saba-Produkten substituierbar ist, während dies aus der Sicht der Endverbraucher anders sein mag. Auch wenn man sich dazu versteht, zur Kontrolle vertikaler Bindungen ein Sonderkonzept des relevanten Marktes zu verwenden, bleibt es schwer, eine Kontinuität zwischen dem Grundig/Consten- und dem Metro/Saba-Urteil herzustellen: Auch die Vertragspartner von Grundig waren Händler und nicht Endverbraucher. Die sachliche Differenz beider Urteile liegt in der unterschiedlichen Argumentation zur Bedeutung des Intra-brand-Wettbewerbs.

Wie immer die praktische Bedeutung der Aussagen des Metro/Saba-Urteils zu Art. 85 Abs. 1 EWGV zu bewerten sein mag, fest steht, daß sie, wenn man den EuGH beim Wort nimmt, zu einer neuen Bewertung des Intrabrand-Wettbewerbs führen müßten. Die Kommission hatte in ihrer Grundig/Consten-Entscheidung noch hervorgehoben, daß die Käufer von Markenartikeln deren Preiswürdigkeit nur dann zuverlässig einschätzen und mit konkurrierenden Produkten vergleichen könnten, wenn diese Artikel auf unterschiedlichen Vertriebswegen angeboten würden⁶². Die Anerkennung der qualitativen Selektionskriterien mindert die Intensität des Schutzes des Intrabrand-Wettbewerbs. Aber diese Einschränkung ist dann, wenn „eine verhältnismäßig kleine Zahl von großen und mittleren Herstellern ein abgestuftes Angebot von – jedenfalls aus der Sicht des Verbrauchers – leicht austauschbaren Waren bereithält“⁶³ nur unter der Voraussetzung unbedenklich, daß es für die substituierbaren Produkte „unterschiedliche, den Eigenheiten der verschiedenen Hersteller und den Bedürfnissen der verschiedenen Verbrauchergruppen angepaßte Vertriebswege gibt“, während eine Uniformität selektiver Vertriebssysteme in einer Branche „möglicherweise“ für Art. 85 EWGV „von Belang“ ist⁶⁴.

3.2.4. Die Parfüm-Fälle

Der Gedanke, daß bei der Beurteilung vertikaler Bindungen nach Art. 85 Abs. 1 EWGV die branchenweite Durchsetzung gleichartiger Vertriebssysteme relevant sei, war bereits im Haecht I-Urteil ausgesprochen und dort mit Erschwernissen des Marktzutritts in Verbindung gebracht worden⁶⁵. Selbst bei einem sehr geringen Marktanteil, so hatte der EuGH das vorliegende Tribunal de Commerce Lüttich beschieden, könne ein Verstoß gegen Art. 85 Abs. 1 EWGV vorliegen. Die Kriterien beider Präjudizien, des Metro/Saba und des Haecht-Urteils, ermöglichen und erfordern in ihrem Verbund eine umfassende Würdigung selektiver Vertriebssysteme: Zu prüfen sind die Wirksamkeit des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt und der Intrabrand-Wettbewerb im Vertriebsnetz, zu fragen ist aber auch, ob trotz geringer Marktanteile eines einzelnen Anbieters die branchenweite Etablierung einer einheitlichen Distributionspolitik negative Auswirkungen hat.

⁶² ABl. L 64 v. 20.10.1964, 2545, 2548.

⁶³ EuGH (Fn. 53), 1905 i.V.m. 1904.

⁶⁴ A.a.O., 1905 f.; für den Fall der VO 67/67 (unten 5.1.) hat der EuGH die Kommission allerdings auf die Befugnisse des Art. 6 dieser VO verwiesen: U. v. 01.02.1977, Rs. 47/76, Slg. 1977, 65, 95 – Concordia. Zur Neuauflage der Metro/Saba – Problematik vgl. unten 5.2.2.

⁶⁵ U. v. 12.12.1967, Rs. 23/67, Slg. 1967, 543, 555 f.; vgl. in diesem Sinne auch das Plädoyer von GA Roemer, 562 ff.

In der Auseinandersetzung mit den Vertriebssystemen der französischen Parfüm-Hersteller ist es bedauerlicherweise nicht zu einem ernsthaften Test dieses Kriterienverbundes gekommen. Die Kommission hatte Untersuchungen der Vertriebspraktiken im Parfümsektor schon im Jahre 1973 aufgenommen⁶⁶ und im Verhandlungswege zum Abschluß gebracht⁶⁷. Bei der nachträglichen wettbewerbsrechtlichen Begründung dieses Verhandlungsabschlusses im Rahmen der einschlägigen Vorlage-Verfahren vor dem EuGH⁶⁸ war die Kommission mithin gezwungen darzulegen, daß ihre Position auch gegenüber der neuen Rechtsprechungs-entwicklung bestehen könne. Dies mag die unübersehbaren Schwächen der Argumentation erklären: Die Kommission hat es abgelehnt, die Etablierung selektiver Vertriebssysteme mit der „Natur“ der betroffenen Produkte – „ihre Hochwertigkeit und Frische muß gewährleistet und für eine fachliche Beratung muß gesorgt sein“⁶⁹ – zu rechtfertigen – darauf läßt jedenfalls ihre ausdrückliche Zurückweisung einer Freistellungsmöglichkeit nach Art. 85 Abs. 3 EWGV schließen⁷⁰. Wenn aber die „Natur“ von Parfüm den Selektivvertrieb nicht erfordert, so hätte ungeachtet des relativ geringen Marktanteils der einzelne Hersteller gem. den Haecht- und Metro/Saba-Entscheidungen gefragt werden müssen, wie es um die Distributionssysteme in diesem Sektor bestellt ist. Gab es hier keine realen Alternativen zu den selektiven Vertriebssystemen, so war, wie Korah mit Recht bemerkt hat, eine schlüssige Rechtfertigung dieser Systeme nur noch durch eine ausdrückliche Erweiterung der bislang nur stillschweigend anerkannten Beurteilungskriterien möglich: durch einen „bloß“ ökonomischen Test, der akzeptiert, „that manufacturers are selling glamour and that this is incompatible with low price outlets“⁷¹. Die Kommission ist jedoch in ihren Darlegungen vor dem EuGH auf das Gesamtbild der Distribution und auf die ökonomischen Bedingungen der Distributionspolitik für Parfüm nicht eingegangen, sondern hat sich auf die Präjudizien zum Spürbarkeitserfordernis⁷² zurückgezogen⁷³. Dies mag aus Gesichtspunkten der Verfahrens- (und Argumentations-)ökonomie verständlich sein, bedeutet aber, daß die vom EuGH entwickelten Beurteilungskriterien nicht erprobt wurden. Der EuGH hat im übrigen in seinen Antworten auf die Vorlagefragen die Begründungen der Kommission nicht etwa pauschal abgesegnet, sondern viel-

66 3. Wettbewerbsbericht 1973, Ziff. 12; 4. Wettbewerbsbericht 1974, Ziff. 35 f., 93 ff.

67 Vgl. die Erklärungen der Kommission im Verfahren Guerlain, EuGH, U. v. 10.07.1980, Rs. 253/78 u. 1-3/79, Slg. 1980, 2327, 2346 ff.; s. auch die Darstellung von Korah, A.a.O. (Fn. 60), 14, 16 ff.

68 Vgl. Fn. 67 sowie EuGH, U. v. 10.07.1980, Rs. 37/79, Slg. 1980, 2481 – Estée Lauder; U. v. 10.07.1980, Rs. 99/79, Slg. 1980, 2511 – Lancôme; U. v. 11.12.1980, Rs. 31/80, Slg. 1980, 3775 – L'Oréal.

69 So der Schlußantrag von GA Reischl in Guerlain-Verfahren (Fn. 67), 2383.

70 A.a.O., 2352.

71 Korah, a.a.O. (Fn. 60), 20.

72 Vgl. oben 3.1.

73 Fn. 67, 2351.

mehr den nationalen Gerichten die Anwendung der Grundsätze der Metro/Saba- und Haecht-Entscheidungen aufzugeben⁷⁴.

3.2.5. Das Verfahren gegen AEG-Telefunken

In ihrer Entscheidung vom 6.1.1982 hat die Kommission erstmalig auf Abweichungen zwischen einem ihr vorgelegten und ausdrücklich für unbedenklich erklärten Vertriebssystem und dessen tatsächlicher Handhabung durch Geldbußen reagiert⁷⁵. Nach den Feststellungen der Kommission hatte AEG bestimmte Handelsformen, nämlich Verbrauchermärkte und SB-Warenhäuser, ohne Rücksicht auf deren „qualitative“ Eignung vom Vertrieb ihrer Produkte ausgeschlossen und dafür gesorgt, daß der belieferte Fachhandel die Hochpreispolitik des Konzerns befolgte. Diese Praktiken verstoßen eindeutig gegen die Forderungen nach einer nicht-diskriminierenden Handhabung „qualitativer“ Zulassungskriterien und gegen das Preisbindungsverbot. Aber nach den Aussagen des EuGH im Haecht I-, im Metro/Saba-Urteil und in den Parfüm-Fällen kommt es darauf an, wie sich die inkriminierten „Vereinbarungen einzeln oder gemeinsam mit anderen in dem wirtschaftlichen Zusammenhang, in dem sie zustande gekommen sind“, darstellen, und dabei ist „die Gesamtheit der objektiven rechtlichen oder tatsächlichen Umstände“ zu berücksichtigen⁷⁶. Diese Aussagen bezieht die Kommission augenscheinlich nicht auf den Interbrand-Wettbewerb, sondern zitiert sie nur, um ihr Einschreiten gegen die tatsächliche Handhabung der bei ihr angemeldeten Vertriebsbindung zu legitimieren⁷⁷ und so erneut die Interpretation des Art. 85 Abs. 1 EWGV als per se-Regel gegen bestimmte Beschränkungen des Intrabrand-Wettbewerbs zu bekräftigen.

Vor dem EuGH⁷⁸ hat die Kommission nicht nur im Ergebnis obsiegt, sondern zugleich Klarstellungen erreicht, die ihrer Handhabung des Art. 85 Abs. 1 EWGV entgegenkommen. Die Anerkennung des Qualitätswettbewerbs durch das Metro/Saba-Urteil sei, so führt der EuGH aus, keineswegs als unumschränktes Recht des Produzenten zur Bestimmung der Vertriebswege für seine Produkte zu verstehen. Der Hersteller dürfe lediglich „objektive“ Anforderungen festlegen, die dann ein bestimmtes Preisniveau nach sich ziehen, nicht aber umgekehrt seine Preisvorstellungen ohne Rücksicht darauf durchzusetzen versuchen, ob ein Handelsunternehmen, das den objektivierten Anforderungen des Vertriebskonzeptes genügt, die ihm zugedachte Gewinnmarge überhaupt realisieren will⁷⁹. In den

⁷⁴ Nachw. in Fn. 67 f.

⁷⁵ ABl. L 117 v. 30.04.1982, 15.

⁷⁶ So die von der Kommission a.a.O., Ziff. 53 zit. Formel des L'Oréal-Urteils (Fn. 68, 3775).

⁷⁷ A.a.O., Ziff. 54.

⁷⁸ U. v. 25.10.1983, Rs. 107/82, Slg. 1983, 3151.

⁷⁹ A.a.O., Rs. 37, 41 f., 73.

Worten des EuGH: „Die Aufrechterhaltung einer Mindestgewinnspanne für die Händler gehört als solche keinesfalls zu den Zielen, die mit einem derartigen (Vertriebs-)System verfolgt werden dürfen“⁸⁰.

In dieser Verteidigung des Preisbindungsverbots wird man den wettbewerbspolitischen und wettbewerbsrechtlichen Kern des AEG-Urteils sehen dürfen⁸¹, zumal die Begründung des EuGH eine entscheidende Schwäche der Argumentationen seiner von der Chicago-Ökonomie inspirierten Kritiker offenbart: Die Preisbindung dient, wie der EuGH am Beispiel der AEG-Vertriebspolitik demonstriert, eben nicht bloß dazu, ein vom Hersteller erwünschtes Beratungs- und Serviceniveau zu sichern, sondern sie motiviert den belieferten Fachhandel wohl auch, sich vorzugsweise für diejenigen Produkte einzusetzen, für die dieser Einsatz sich auszahlt. Die damit verbundene Hochpreispolitik mag sich als „effizient“ erweisen und jedenfalls in einer für den Hersteller schwierigen Wettbewerbssituation ein relativ geringes Risiko bergen⁸². Sie verdankt dann diesen Erfolg aber einem Nachfragerverhalten, das den vom Fachhandel geforderten Preis zu Unrecht als marktgerechte Leistungsvergütung interpretiert. Der EuGH ist zur Absicherung dieses Ergebnisses so wenig wie die Kommission auf die Marktstärke von AEG sowie die Konkurrenzsituation im relevanten Markt eingegangen und hat lediglich im Zusammenhang mit der Prüfung der Handelsbeschränkung auf den Marktanteil von AEG hingewiesen⁸³. Deshalb wird man das Urteil für eine eher statische Wettbewerbskonzeption verbuchen und es als erneute Absage an eine Rule of Reason für Art. 85 Abs. 1 EWGV interpretieren. Richtig ist indessen auch, daß durch eine genauere Berücksichtigung der Wettbewerbsverhältnisse die Argumentation des EuGH noch an Überzeugungskraft gewonnen hätte. Die Vertriebspolitik von AEG war offenbar als eine Überlebensstrategie angelegt, die auf gleichlaufende Interessen eines in Bedrängnis geratenen Herstellers und bestimmter Handelsgruppen setzte; es handelte sich aber nicht um eine auf die Intensivierung des Qualitätswettbewerbs durch einen Innovator angelegte Strategie. Und der Sache nach berücksichtigt der EuGH diesen Aspekt durchaus, wenn er mit Hilfe des Art. 85 Abs. 1 EWGV den Preiswettbewerb gerade auch deshalb aktivieren will, weil das betroffene Vertriebskonzept sich Informationsdefizite der Verbraucherseite zunutze macht.

80 A.a.O., Rz. 72.

81 Vgl. die Besprechung von Buijs, *Common Market Law Review* 21 (1984), 567 ff., 575 ff.

82 A.a.O., Rz. 18; vgl. näher Kap. 5, 2.5.1.2.

83 A.a.O., Rz. 58.

4. Handelsfreiheit und Intra-brand-Wettbewerb

Wenn sonach die Interpretation des Art. 85 Abs. 1 EWGV eine durchaus abwechslungsreiche Entwicklung genommen hat, so haben Kommission und EuGH jedenfalls eine Position mit äußerster Beharrlichkeit vertreten: Selektive Vertriebssysteme dürfen nicht durch Exportbeschränkungen zu einer privaten territorialen Marktaufteilung führen. Diese Position haben alle bislang angesprochenen förmlichen Entscheidungen ebenso wie auch die Parfüm-Fälle vertreten, in denen die Kommission erst nach der Beseitigung indirekter Export- und Importverbote zu einer Verfahrenseinstellung bereit war⁸⁴. Diese Unnachgiebigkeit der Kommission hat gerade in neuerer Zeit kritische Kommentare provoziert und muß möglicherweise durch eine flexiblere Haltung abgelöst werden.

4.1. Die Begründung der Regeln gegen Marktaufteilungen

Grundlegende Bedeutung für die Praxis der Wettbewerbspolitik kommt abermals dem Grundig/Consten-Urteil zu. Der EuGH hat in dieser Entscheidung private Marktaufteilungen sowohl im Rahmen seiner Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Handelsbeeinträchtigung als auch bei seiner Beurteilung vertikaler Bindungen kritisiert. Für eine Handelsbeeinträchtigung komme es „insbesondere darauf an, ob die Vereinbarung unmittelbar oder mittelbar tatsächlich oder der Möglichkeit nach geeignet ist, die Freiheit des Handels zwischen den Mitgliedsstaaten in einer Weise zu gefährden, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann“⁸⁵. Deshalb schließt der Umstand, daß eine Vereinbarung zu einer selbst beträchtlichen Ausweitung des Handelsvolumens zwischen den Mitgliedsstaaten führt, noch nicht aus, daß die Vereinbarung den Handel in der genannten Weise 'beeinträchtigen' kann⁸⁶. Dem so umschriebenen Ziel der Realisierung eines einheitlichen Marktes in der Gemeinschaft entspricht auch die Beurteilung von Ausfuhrverboten als Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 85 Abs. 1 EWGV: „Da die streitige Vereinbarung darauf abzielt, den französischen Markt für Grundig-Erzeugnisse abzuriegeln und innerhalb der Gemeinschaft getrennte Märkte für Erzeugnisse einer weit verbreiteten Marke künstlich aufrechtzuerhalten, verfälscht sie den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes“⁸⁶.

84 A.a.O. (Fn. 67), 2346; 5. Wettbewerbsbericht 1975, Ziff. 94; vgl. jetzt noch ABL L 136 v. 23.05.1984, 9, Ziff. 41 – Polistil/Arbois.

85 Fn. 12, 389 f.; zur Reaktion von Grundig vgl. Fn. 30.

86 Fn. 12, 392; vgl. 394 zum Warenzeichenrecht.

Die sich an diese Leitentscheidung anschließende Praxis braucht hier nicht im Detail referiert zu werden⁸⁷. Hinzuweisen ist aber auf das wettbewerbspolitische Konfliktpotential, das sich aus der dargestellten weitgehenden Anerkennung selektiver Vertriebssysteme in der Zeit nach der Grundig/Consten-Entscheidung ergibt. Das Grundig/Consten-Urteil hatte seine Interpretation des Art. 85 Abs. 1 EWGV auch mit einer Kritik von Strategien der Produktdifferenzierung begründet⁸⁸ und sich insofern bei dem Verbot vertikaler Bindungen und insbesondere territorialer Marktaufteilungen zur Prärogative des Preiswettbewerbs bekannt. Selektive Vertriebsformen aber sind, jedenfalls soweit sie mit anderen Vertriebssystemen konkurrieren, auf einen bestimmten Kundenkreis abgestimmt und dabei Ausdruck eines Nicht-Preis (= Qualitäts-)wettbewerbs, den der EuGH grundsätzlich sowohl im Metro/Saba- als auch im AEG-Urteil für legitim erklärt hat⁸⁹. Wenn aber die Wettbewerbspolitik eine dementsprechende Absatzpolitik der Unternehmungen akzeptiert, so gerät sie unvermeidlich in Begründungsschwierigkeiten, wenn sie eine kundenspezifische Differenzierung hinnimmt, regionale Differenzierungen aber generell verbietet, obwohl sich die letzteren doch ebenfalls „nur“ unterschiedliche Käuferpräferenzen und Einkommensstrukturen zunutze machen. Die Abwehr direkter und indirekter Importverbote in den selektiven Vertriebssystemen enthält, so gesehen, einen wettbewerbspolitischen Kompromiß: Sie bedeutet, daß selektive Vertriebssysteme demjenigen Preiswettbewerb ausgesetzt bleiben, der sich in Fällen einer territorialen Preisdifferenzierung innerhalb des Vertriebsnetzes entfalten kann. Um einen Kompromiß mit ungewissem wettbewerbspolitischen Effekt handelt es sich deshalb, weil nicht ersichtlich ist, inwieweit die Chancen eines grenzüberschreitenden Intrabrand-Preiswettbewerbs jeweils tatsächlich bestehen, ausgenutzt werden und eine Preisangleichung herbeiführen⁹⁰.

87 Eine vollständige Übersicht des Zeitraums bis 1978/79 bietet Meier II, 187 ff., 200 ff.; für die Zeit danach vgl. Pawilowski, a.a.O. (Fn. 1), 187 ff.

88 Fn. 12, 391 (unten).

89 Saba-Urteil (Fn. 53), 1904; AEG-Urteil (Fn. 78), Rz. 41 f.

90 Vgl. oben 2.2. bei Fn. 30 sowie unten 5.2.3.

4.2. Die Problematik von Preisregulierung und Besteuerung

Die Kritik⁹¹ an der Praxis der europäischen Wettbewerbspolitik hat sich vor allem an Beispielen entzündet, in denen sich die territoriale Preisdifferenzierung von Unternehmungen nicht lediglich aus dem Versuch einer Nutzung von Marktchancen, sondern auch aus durch das staatliche Recht vorgegebenen Bedingungen erklärte. Im Vordergrund der Diskussion stehen staatliche Preiskontrollen – so im Falle BMW-Belgium⁹² – und unterschiedliche Besteuerungssysteme sowie die Kombination beider Elemente – so im Falle Distillers⁹³.

Das BMW-Belgium-Verfahren hat den Konflikt zwischen wettbewerbsrechtlichen Kontrollen des Neuwagenpreises via Intra-brand-Wettbewerb und Handelsfreiheit einerseits und einer Preiskontrolle durch staatliche Maßnahmen andererseits noch nicht zum Thema gemacht. Die Kommissionsentscheidung vom 23.12.1977 beschränkte sich auf den Nachweis der Vereinbarung eines Exportverbots zwischen BMW-Belgium und den belgischen Vertragshändlern und bestätigte die dargestellten wettbewerbs- und integrationspolitischen Grundlagen der wettbewerbsrechtlichen Praxis: Es gehe „um die Aufrechterhaltung einer potentiellen Wettbewerbslage zwischen allen selektierten Händlern im Gemeinsamen Markt ..; sie sollen nämlich durch Wettbewerb genötigt werden, in ihrer Preisgestaltung aufeinander Rücksicht zu nehmen und auf billige Angebote bestimmter Händler zu reagieren“⁹⁴. Auch das Verfahren vor dem EuGH konzentrierte sich ganz auf den Nachweis der Tatbestandsmerkmale des Art. 85 Abs. 1 EWGV; eine Revision der bisherigen Interpretationsgrundsätze mit Rücksicht auf einzelstaatliche Interventionen in das Preisbildungsgefüge wurde nicht erwogen⁹⁵.

91 Vgl. zum folgenden aus der expandierenden Lit.: Korah, „Goodbye“, Red Label: condemnation of dual pricing by Distillers, European Law Review 3 (1978), 62 ff.; Baden Fuller, Price variations – The Distillers case and article 85 EEC, International Comparative Law Quarterly Review 28 (1979), 128 ff.; van Bael, Heretical Reflections on the Basic Dogma of EEC Antitrust: Single Market Integration, Schweiz. Zs. f. Int. Wettbewerbsrecht 10 (1980), 45 ff.; Steindorff, Preisdifferenzierung im Gemeinsamen Markt, in: IX. Internationales EG-Kartellrechtsforum, 1982, 80 ff.

92 ABl. L 46 v. 17.02.1978, 33; EuGH, U. v. 12.07.1979, Rs. 32/78 u. 36-82/78, Slg. 1979, 2435.

93 ABl. L 50 v. 22.02.1978, 16; EuGH, U. v. 10.07.1980, Rs. 30/78, Slg. 1980, 2229; s. auch ABl. L 272 v. 05.12.1972 – Pittsburgh Corning Europe.

94 A.a.O. (Fn. 92), 40; für die USA vgl. die insoweit parallele Entscheidung U.S. v. General Motors Corp., 384 U.S. 127 (1966) und dazu Kap. 4, 4.1.2.3.

95 A.a.O. (Fn. 92). Sind allerdings, wie der 12. Wettbewerbsbericht 1982, Ziff. 238 für den Fall Belgiens zeigt, nationale Preisregulierungen ohnehin praktisch unwirksam, so erweist sich der im Text diskutierte Einwand als hinfällig.

Das Distillers-Verfahren ist vergleichsweise ergiebiger, aber auch vom Problemgehalt her komplizierter; denn hier traten alle bislang angesprochenen Hindernisse für eine einheitliche wettbewerbliche Preisbildung in kumulierter Form auf: Das betroffene Produkt, der Whisky von Distillers, hat in einem Land (Großbritannien) die Popularität eines Massenartikels, im anderen (Frankreich) wurde er zum Edel-Getränk stilisiert – ein klassisches Beispiel für die Differenzen zwischen „technischem“ und „absatzwirtschaftlichem“ Qualitätsbegriff⁹⁶. Die unterschiedlichen Absatzstrategien beruhten zum einen auf unterschiedlichen Wettbewerbsbedingungen i.e.S.: In Großbritannien sah sich Distillers einer intensiven Konkurrenz und einem nachfragemächtigen Handel ausgesetzt, in Frankreich sollte durch den Alleinvertriebshändler ein Absatzmarkt gegenüber anderen Alkoholika erschlossen werden⁹⁷. Die Absatzstrategie von Distillers reagierte aber auch auf unterschiedliche staatlich gesetzte Randbedingungen: In Großbritannien gab es Preiskontrollvorschriften; in Frankreich wurde der Whiskyabsatz steuerrechtlich benachteiligt⁹⁸.

Die Kommission sah sich durch all dies nicht veranlaßt, ihre bisherige Praxis der Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV zu modifizieren. Sie erklärte zunächst das direkte Exportverbot für britische Händler und sodann auch die „price terms“ von Distillers für unwirksam, weil diese Bedingungen den britischen Händlern höhere Preise für solche Waren abverlangten, die von Großbritannien aus weiter exportiert wurden⁹⁹. Die Hindernisse für eine einheitliche Preispolitik von Distillers erörterte die Kommission erst im Zusammenhang mit einer hypothetischen¹⁰⁰ Prüfung der Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 EWGV. Aber sie begnügte sich hier mit dem Hinweis, daß Distillers, statt Parallelexporte zu behindern, die besonderen Aufwendungen für die Absatzförderung in Frankreich selbst hätte übernehmen können¹⁰¹. In dem Verfahren vor dem EuGH ist GA Warner dieser These mit der Begründung entgegengetreten, die Kommission zwingt Distillers faktisch entweder zur vertikalen Integration oder aber zur Aufgabe des kontinentalen Marktes¹⁰². Im Ergebnis freilich hat auch GA Warner wegen des Fehlens eines förmlichen Freistellungsantrags für eine Klageabweisung plädiert – und der EuGH ist, ohne sich auf eine grundsätzliche Erörterung der Problematik einzulassen, diesem Antrag gefolgt¹⁰³.

96 Vgl. oben 3.2. bei Fn. 39.

97 Vgl. in der Kommissionsentscheidung (Fn. 93), 23.

98 A.a.O., 21, 23.

99 A.a.O., 25 f.

100 Distillers hatte keinen förmlichen Freistellungsantrag gestellt.

101 A.a.O., 28 f.

102 A.a.O. (Fn. 93), 2284 ff.

103 A.a.O., 2258.

4.3. Einwände

Die Argumentation der Kommission und selbst das Plädoyer von GA Warner beurteilen das Verhalten von Distillers nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien und behandeln damit die staatlichen Interventionen in den Wettbewerbsprozeß als eine Rahmenbedingung für die Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV. Diese Position bedeutet aber, wie Steindorff zu Recht hervorhebt, daß mit Hilfe des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft einzelstaatlichen Maßnahmen eine extraterritoriale Auswirkung verliehen wird¹⁰⁴. Solche Auswirkungen können, gemessen an den Zwecken einzelstaatlicher Regelungen, durchaus unerwünscht oder doch fragwürdig sein. Das Beispiel der dänischen Automobilsteuer, das in Dänemark zu extrem niedrigen Abgabepreisen der Hersteller, aber zu extrem hohen Erwerbskosten der Verbraucher geführt hat¹⁰⁵, ist hier instruktiv: Wenn die hohe Besteuerung des „Automobilkonsums“ nicht nur industrie- und steuerpolitisch, sondern z.B. auch umwelt- und gesellschaftspolitisch motiviert sein sollte, so führt der Re-Import unbesteuert Autos aus Dänemark zu einer Begünstigung von Automobil-Konsumenten, die sich mit dem Sinn der dänischen Gesetzgebung schwerlich verträgt. Umgekehrt ist schwer einzusehen, warum die nicht-dänischen Automobilisten eine Verkaufsstrategie subventionieren sollen, die den dänischen Markt mit Hilfe extrem niedriger (offenbar z.T. unter Selbstkosten liegender) Abgabepreise gegen die japanische Konkurrenz verteidigt. Im Distillers-Fall drängen sich ähnliche Zweifel gegenüber den Auswirkungen des Parallelexports auf. Die Kommission hat dem Einwand, der unbehinderte Export nach Frankreich begünstige ein Free Rider-Verhalten britischer Händler zu Lasten des französischen Alleinvertriebsberechtigten, mit ihrem Hinweis auf die Finanzierungsmöglichkeiten des Absatzes in Frankreich durch den britischen Hersteller Rechnung tragen wollen. Die Finanzierung von Markterschließungskosten für Frankreich aus Gewinnen in Großbritannien hätte aber, selbst wenn dort eine Preisanhebung durchsetzbar gewesen wäre, letztlich von den britischen Konsumenten finanziert werden müssen. Die Verlagerung der unterschiedlichen Vertriebsaufwendungen von den territorial unterschiedlichen Produktpreisen auf den Hersteller führt mithin zu einer „Konsumentenrente“ der französischen, aber auch zu einer schwer einsehbaren Belastung britischer Verbraucher.

Beide Beispiele verweisen auf ein gleiches Grundproblem: Mit ihren „territorial“ differenzierenden Absatzstrategien reagieren die Unternehmungen jeweils *auch* auf unterschiedliche Rahmenbedingungen, in denen Unvollkommenheiten der Marktintegration in der Gemeinschaft zum Ausdruck kommen. Um die Problematik weiter zuspitzen: Kann die Wettbewerbspolitik der Gemeinschaft im

104 A.a.O. (Fn. 91), 87 f.; allerdings setzt Steindorff dabei die tatsächliche Wirksamkeit derartiger Maßnahmen voraus (vgl. dazu Fn. 95).

105 Das Ausmaß der Preisdifferenzen ist aus den jährlichen Erhebungen des B.E.U.C. ersichtlich.

Namen ihrer integrationspolitischen Aufgaben weiterhin an der Einheitlichkeit des europäischen Marktes als einer zwingenden „Spielregel“ des unternehmerischen Handelns festhalten, oder muß sie ihre wettbewerbspolitischen Maßnahmen auf die Unvollkommenheiten der Marktintegration einstellen? Es kann hier nicht um den Entwurf einer die Gesamtheit der Wettbewerbspolitik umfassenden Konzeption gehen, die auf diese Problematik eine Antwort geben könnte. Immerhin ist aber hervorzuheben, daß die Kommission selbst auf die Unterschiede der Marktbedingungen nicht bloß „faktisch“¹⁰⁶, sondern auch durch differenzierende Regelungen reagiert hat und reagiert. So zeigt die neueste Bekanntmachung in Sachen Distillers, daß zum einen dieses Unternehmen den Abzug der Marke Johnnie Walker vom britischen Markt nicht durchhalten kann (hieraus erklärt sich der erneute Freistellungsantrag), daß aber auch die Kommission bereit ist, den besonderen Schwierigkeiten von Distillers Rechnung zu tragen: Für einen Zeitraum von drei Jahren soll es Distillers gestattet werden, britische Bezieher im Falle eines Exports zur Zahlung einer „promotion equalization charge“ zu verpflichten¹⁰⁷.

Im Entwurf der GruppenfreistellungsVO für die Vertriebssysteme des Automobilsektors¹⁰⁸ wurde – entgegen früheren Vorstellungen – bei der Sanktionierung von Preisunterschieden bereits nach den Ursachen für solche Unterschiede differenziert; wenn extreme Steuersätze, wie Dänemark sie vorsieht, zu Preisdifferenzen von mehr als 12 % führen, so sollte dies nicht eine Unwirksamkeit des Vertriebssystems nach sich ziehen¹⁰⁹. In dem endgültigen Verordnungstext fungieren Preisdifferenzen bloß noch unter den Gründen, die zu einem Entzug der Vorteile aus der Anwendung der GruppenfreistellungsVO führen können¹¹⁰.

Gewiß mag man über die Angemessenheit all dieser Modifikationen der Regeln gegen die Gebietsaufteilung im Gemeinsamen Markt streiten, es bleibt aber festzuhalten, daß die Kommission sich bei ihren wettbewerbspolitischen Maßnahmen auf den Umgang mit Unterschieden (statt auf die Fiktion eines einheitlichen Marktes) einstellt.

4.4. Die Ford-Entscheidung

Parallel zu den Vorarbeiten für die GruppenfreistellungsVO für den Automobilsektor hat die Kommission ein Verfahren gegen die Ford-Werke AG und Ford of

106 Vgl. unten 5.2.3.1.

107 ABl. C 245 v. 14.09.1983, 3.

108 ABl. C 165 v. 24.06.1983, 2.

109 A.a.O., Art. 7 Abs. 1 Ziff. 1.

110 VO 123/85, ABl. L 15 v. 18.01.1985, 16 (vgl. dort Art. 10 Ziff. 3 und dazu die Bekanntmachung der Kommission v. 12.12.1984, ABl. C 17 v. 18.01.1985, 4, 5 f.); ausführlich Kap. 6, 6.1.

Europe Inc. eingeleitet, das zu einem die umstrittensten Fragen der Freistellungs-VO faktisch präjudizierenden Urteil des EuGH hätte führen können¹¹¹, das mittlerweile allerdings „nur“ noch die künftige Handhabung der Verordnung beeinflussen wird.

Die Ford-Werke AG produziert in Köln nicht nur Fahrzeuge für den deutschen Markt, sondern auch – und zwar mit einem Anteil von 43 - 67 % ihres Produktionsprogrammes – Rechtslenker, die mit britischen Spezifikationen zu ebenso hohen Preisen wie die in Großbritannien produzierten Ford-Fahrzeuge abgesetzt werden¹¹². Diese Rechtslenker wurden von Ford Köln auch in der Bundesrepublik abgegeben, und zwar zu den hier üblichen niedrigeren Preisen – teils mit deutschen, teils mit britischen Spezifikationen. Die wachsenden Preisdifferenzen zwischen Großbritannien und dem Kontinent wurden durch die von den europäischen und nationalen Verbraucherorganisationen erstellten bzw. publizierten Preisvergleiche bekannt. Die Nachfrage nach den Rechtslenkern stieg seit 1979 beträchtlich an. Ford reagierte am 27.4.1982 durch ein Rundschreiben, in dem den deutschen Ford-Händlern angekündigt wurde, daß Bestellungen für Rechtslenker künftig an eine britische Ford-Tochter zu richten seien. Die europäische Verbraucherorganisation B.E.U.C. hatte wegen der Behinderung privater Importe durch Ford (und andere Hersteller) bereits am 23.12.1981 die Kommission zur Einleitung einer Untersuchung wegen Verletzung der Art. 85, 86 EWGV aufgefordert und dann am 23.5.1982, gestützt auf Art. 3 Abs. 2 lit. b VO 17 ein Einschreiten der Kommission gegen Ford verlangt. Die Kommission nahm das zitierte Rundschreiben der Ford AG vom 27.4.1982 zum Anlaß für Nachprüfungen bei Ford am 13. und 14.5.1982 und beschloß dann die Einleitung eines Verfahrens wegen Verletzung des Art. 85 Abs. 1 EWGV. Am 18.8.1982 erging eine einstweilige Anordnung, in der Ford aufgegeben wurde, das Rundschreiben zurückzunehmen und die Ford-Händler über die Möglichkeit einer Bestellung von Rechtslenkern zu informieren. Über die Anträge von Ford, die Durchführung der Kommissions-Anordnung auszusetzen, entschied der EuGH durch Beschluß vom 29.9.1982: Der Ford-Werke AG wurde lediglich aufgegeben, begrenzte Kontingente der sowohl von Ford Britain als auch von der Ford-Werke AG hergestellten Modelle als Rechtslenker mit deutschen Spezifikationen weiterhin in Deutschland auszuliefern¹¹⁴. Im abschließenden Urteil vom 21.4.1984 unterlag die Kommission vollends¹¹⁵. Der EuGH bezog sich zur Begründung

111 Vgl. Joerges, The Administration of Art. 85(3) EEC Treaty: The Need for Consultation and Information in the Legal Assessment of Selective Distribution Systems, JCP 7 (1984), 271 ff., 284 ff.

112 Vgl. zu den folgenden Sachverhaltsangaben die Kommissionsentscheidung v. 18.08.1982, sowie den Sitzungsbericht zur Rs. 228 u. 229/82, Slg. 1984, -.

113 A.a.O. (Fn. 112), Ziff. 21.

114 Rs. 228 u. 229/82 R, Slg. 1982, 3091.

115 U. v. 20.02.1984, Rs. 228 u. 229/82, Ziff. 19 ff. Zitat nach Common Market Law Review 21 (1984) 579, 583 f. (mit Anmerkung Ullrich).

allerdings ganz auf den im Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 VO 17 vorausgesetzten Zusammenhang zwischen einstweiligen Maßnahmen und der endgültigen Entscheidung über einen Freistellungsantrag und vermied es, die wettbewerbsrechtliche Bedeutung der Liefereinstellung durch Ford zu würdigen¹¹⁶.

Einer Stellungnahme zu dieser wettbewerbsrechtlichen Kernfrage des Ford-Verfahrens wird der EuGH jedoch nicht dauerhaft ausweichen können, da die Kommission am 16.11.1983 die Praxis von Ford, den deutschen Händlern keine Rechtslenkerfahrzeuge mehr zu liefern, zum Anlaß nahm, den Freistellungsantrag insgesamt abschlägig zu bescheiden: Die Lieferverweigerung sei keine selbständige Entscheidung der Ford-Werke AG, sondern stelle eine Abänderung der vertraglichen Beziehungen zu den Händlern dar. In dem Kontext, in dem diese Praxis eingeführt wurde, wirke sie wie ein Exportverbot für Rechtslenkerfahrzeuge¹¹⁷. Derzeit ist schwer absehbar, inwieweit der EuGH sich auf die grundsätzlichen wettbewerbs- und integrationspolitischen Fragen dieses Verfahrens einlassen, sich statt dessen auf eine dogmatisch-konstruktive Fortschreibung anerkannter Präjudizien zurückziehen oder aber die spezifischen Bedingungen des Ford-Falles herausstellen wird. Die zuletzt genannte Entscheidungsstrategie liegt durchaus nahe. Ford hat mit seiner Lieferverweigerung auf die nach wie vor beträchtlichen Preisdifferenzen zwischen Großbritannien und der Bundesrepublik reagiert. Daß die „Einsichtigkeit“ dieser Reaktion sie rechtlich nicht a priori dem Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 1 EWGV entzieht, hat das AEG-Urteil klargestellt¹¹⁸. Der Ford-Haupthändlervertrag begründet insgesamt überhaupt erst die Möglichkeit, derartige Maßnahmen „einseitig“ zu ergreifen, und gleichzeitig ergeben sich aus diesem Vertrag die Wirkungen, die die Lieferverweigerung entfaltet. Bei der Beurteilung dieser Wirkungen könnte der EuGH sich auf die spezifischen Bedingungen für die Preisdifferenzen zwischen Großbritannien und der Bundesrepublik konzentrieren. Alle Anzeichen deuten nämlich darauf hin, daß für diese Preisunterschiede nicht etwa ausschließlich monetäre Faktoren, sondern vielmehr in erster Linie spezifische Wettbewerbsbedingungen maßgeblich sind. Ford und British Leyland agieren in Großbritannien als Preisführer und die ausländischen Importeure nutzen diese Hochpreispolitik aus¹¹⁹. Nun mag die Befürchtung nicht von der Hand zu weisen sein, daß eine aggressive Preispolitik der ausländischen Konkurrenz für Großbritannien in-

116 Vgl. die insoweit kritische Besprechung von Ullrich, ebenda (Fn. 115) 585 ff.; zur Bedeutung des Rsgr. des EuGH für die künftige Praxis der Kommission vgl. Hitzler, Einstweilige Anordnungen der Kommission zu Verfahren nach Art. 85 und 86 EWG-Vertrag nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, WuW 1985, 189 ff.

117 ABl. L 327 v. 24.11.1983, 31, Ziff. 36, 44 f.

118 A.a.O. (Fn. 78), Ziff. 38 f.

119 Locksley, Pricing strategy of car manufacturers in the U.K. compared with some other EEC member states, 1983, 77 ff.; vgl. Kap. 6, 2.2.1.

dustrie- und arbeitsmarktpolitisch fatale Folgen haben würde. Aber solche Konsequenzen, deren wettbewerbsrechtliche Relevanz ohnehin fragwürdig wäre, stehen im Ford-Fall nicht zur Debatte. Betroffen ist die Einfuhr von ohnehin in Deutschland produzierten Fahrzeugen, und der Umfang, den Private oder auch durch „bootleggers“ vermittelte Importe annehmen könnten, dürfte ohnehin nur in einem sehr begrenzten Ausmaß in der Lage sein, Druck auf das britische Preisniveau auszuüben¹²⁰.

5. Freistellungen nach Art. 85 Abs. 3 EWGV

Eine Analyse der Freistellungspraxis zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen muß – mittlerweile – drei unterschiedliche Formen der Freistellung untersuchen: die abstrakt an eine spezifische Vertriebsform anknüpfende GruppenfreistellungsVO, die nunmehr dominierende Tendenz zu *branchenspezifischen* Gruppenfreistellungen und die auf Art. 85 Abs. 3 EWGV beruhende Einzelfreistellung. Das unterschiedliche Abstraktionsniveau dieser Maßnahmen führt zu unterschiedlichen praktischen Auswirkungen und dementsprechend auch zu je spezifischen rechtlichen Konfliktkonstellationen.

5.1. Die Verordnung 67/67 und die neuen Verordnungen Nr. 1983 und 1984/83

Die Gruppenfreistellung von Alleinvertriebsverträgen durch die VO 67/67¹²¹ ist gerade wegen ihres globalen Ansatzes für eine konzeptionelle Untersuchung wenig ergiebig. Die VO hat im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens gesicherte Rechtsbestände kodifiziert und mußte dabei auf die administrativen Engpässe der Kommission Rücksicht nehmen¹²². Dementsprechend akzeptierte sie in Art. 2 typi-

¹²⁰ Diese Wirkung könnte Ford durch eine Differenzierung seiner Abgabegrenze zwischen Rechtslenkern und Linkslenkern konterkarieren. Hiergegen hat die Kommission sich vorsorglich gewandt (a.a.O., Fn. 117, Ziff. 44).

¹²¹ VO 67/67 EWG über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf die Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen v. 22.03.1967, ABl. L 1967, 849, zuletzt verlängert durch VO 3577/82 v. 23.12.1982, ABl. L 373 v. 31.12.1982; abgelöst durch VO 1983/83 v. 22.06.1983 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinvertriebsvereinbarungen, ABl. L 173 v. 30.06.1983, 1 sowie durch VO 1984/83 v. 22.06.1983 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Alleinbezugsvereinbarungen, ABl. L 173 v. 30.06.1983, 5; dazu jetzt die Bekanntmachungen der Kommission in ABl. C 355 v. 30.12.1983, 7, ersetzt durch die Bekanntmachung in ABl. C 101 v. 13.04.1984, 2; vgl. die erste Kommentierung bei von der Groeben-de Bronell, a.a.O. (Fn. 1), Art. 85, Rz. 208 ff. sowie Korah, Group Exemptions for Exclusive Distribution and Servicing in the EC, Common Market Law Review 21 (1984) 53 ff.

¹²² Vgl. Baldi, Die Freistellung vom EWG-Kartellverbot, 1972, 347.

sche Verkaufsförderungspflichten, sicherte in Art. 3 die Freiheit des zwischenstaatlichen Handelsverkehrs entsprechend den Grundig/Consten-Grundsätzen und behielt der Kommission in Art. 6 eine im Prinzip allen wettbewerbspolitischen Bedenken gegen vertikale Bindungen Rechnung tragende Interventionsbefugnis vor – schon deshalb ist dem *Text* der VO 67/67 keine „einseitige“ Parteinahme im Grundsatzstreit um vertikale Bindungen zu entnehmen. Wie nicht anders zu erwarten, nahm dieser Grundsatzstreit nach Erlass der VO 67/67 die Form von Auseinandersetzungen um die Reichweite dieser Verordnung an. Der EuGH urteilte, daß sie trotz des Wortlauts von Art. 1 Abs. 2 auch reine Inlandssachverhalte erfaßte¹²³. Den vielfach erhobenen Forderungen¹²⁴, Art. 2 Abs. 2 c als Rechtsgrundlage für Absatzförderungspflichten in selektiven Vertriebsystemen anzuerkennen, hat die Praxis sich verweigert. Zur Begründung hat die Kommission bereits in ihrer Omega-Entscheidung¹²⁵ darauf hingewiesen, daß in den selektiven Vertriebsystemen dem Alleinvertriebsberechtigten über die ihm selbst obliegenden und durch Art. 1 Abs. 2 c gedeckten Verkaufsförderungspflichten hinaus auch die Befugnis zur Entscheidung über den Einsatz geeigneter Händler beschnitten wird. Die Haltung der Kommission, die der geringen Regelungsdichte, den administrativen Gründen und auch den begrenzten wettbewerbspolitischen Zielsetzungen der VO 67/67 Rechnung trägt¹²⁶, erklärt zugleich aber auch das Bedürfnis nach einer Regulierung auf „mittlerem“ Niveau, eben mit Hilfe von branchenspezifischen Freistellungsverordnungen.

Diese neue Regulierungstechnik offenbart einmal mehr das Dilemma einer wettbewerbspolitischen Praxis, die ihre begrenzten Handlungsressourcen in Rechnung zu stellen hat, gleichzeitig aber auch die wettbewerbspolitische Rationalität ihrer Maßnahmen ausweisen muß. Mit dem branchenspezifischen Zugriff erleichtert sich die Kommission die Bewältigung ihrer Entscheidungsaufgaben und dies dürfte die Durchsetzung der Prinzipien des europäischen Wettbewerbsrechts verbessern. Andererseits geschieht diese Effektivitätssteigerung auf Kosten einer individualisierenden wettbewerbspolitischen Analyse und Bewertung, wie sie namentlich von den dynamischen Wettbewerbskonzepten gefordert wird¹²⁷, und es ist überdies schwerlich vorstellbar, daß branchenweite Regelungsvorschläge den Tendenzen zu einer Uniformierung der Vertriebsformen entgegenwirken oder gar die Entwicklung unterschiedlicher Absatzkonzeptionen begünstigen.

123 U. v. 3.02.1976, Rs. 63/75, Slg. 1976, 111 – Roubaix/Roux (Absatzbindungen); U. v. 1.02.1977, Rs. 47/76, Slg. 1977, 65 – Concordia (Bezugsbindungen).

124 Vgl. nur Frignani, das „Selektive Vertriebssystem“ in der EWG: Eine falsch ausgelegte und schlecht gelöste Frage, WuW 1978, 365 ff., 368 f. m.w.N.

125 A.a.O. (Fn. 43), Ziff. 7; vgl. auch die Junghans-Entscheidung (a.a.O., Fn. 44), Ziff. 32.

126 Vgl. nur Meier II, 243 f.; Piriou, Selektiver Vertrieb und die Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaft, GRUR Int. 1980, 321 ff., 322.

127 Vgl. näher Kap. 5, 2.2.3. und 2.4.2.

Gleichwohl gibt es auch aus der Sicht dieses Konzepts Gesichtspunkte, die für eine branchenspezifische Vorgehensweise sprechen können. Die bislang betroffenen Absatzsysteme – Bierlieferungs- und Tankstellenverträge¹²⁸ sowie die Vertragshändlerverträge des Automobilsektors – sind durch ein deutliches Machtgefälle zwischen den Vertragspartnern gekennzeichnet; Tendenzen zu einer Vereinheitlichung der Vertriebssysteme gehen hierbei von der Herstellerseite aus, die ihre Absatzpolitik gegenüber der nachgelagerten Wirtschaftsstufe durchzusetzen weiß. Unter solchen Bedingungen kann eine branchenspezifische Verstärkung der Positionen des Handels zur Intensivierung des Intra-brand-Wettbewerbs beitragen. Im übrigen hängen etwaige Markterschließungseffekte gleichförmiger Absatzstrategien von deren konkreter Ausgestaltung und auch von dem jeweiligen wettbewerblichen Umfeld ab – ohne eine genauere Analyse dieser Bedingungen ist ein Urteil über den neuen branchenspezifischen Regulierungsansatz nicht möglich.

5.2. *Einzelfreistellungen selektiver Vertriebssysteme*

Eine Interpretation der Einzelfreistellungen selektiver Vertriebssysteme durch die Kommission ist durchweg ungleich schwieriger als die der Urteile des EuGH. Die jeweils für eine wettbewerbspolitische Beurteilung relevanten Umstände – und erst recht die der förmlichen Entscheidung vorausgegangene Fühlungenahmen oder Verhandlungen – sind aus den publizierten Gründen nur höchst unvollständig ersichtlich, und auch die Kontinuität im Duktus der Entscheidungen garantiert allein keineswegs die Verwendung konzeptionell kohärenter Urteilskriterien. Gleichwohl: die folgende Übersicht zu wichtigen unmittelbar einschlägigen Freistellungsentscheidungen¹²⁹ soll, anknüpfend an die bereits bei der Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV beobachteten Tendenzen, den besonderen wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten nachgehen, die im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 EWGV eine Rolle gespielt haben.

5.2.1. Qualitätswettbewerb und selektiver Vertrieb

Die prinzipielle Anerkennung des Selektivvertriebs als einer Erscheinungsform des Qualitätswettbewerbs, die der EuGH mit der Metro/Saba-Entscheidung vollzogen hat, ist von der Kommission am deutlichsten in der Omega-Entscheidung mit Überlegungen begründet worden, die den im Namen der ökonomischen Analyse vorgetragenen Argumenten sehr nahe kommen: „Die Bestellung nur

¹²⁸ Vgl. Art. 6 - 9 sowie Art. 10 - 13 der VO 1984/83 (Fn. 121).

¹²⁹ Für einen vollständigen Überblick für den Zeitraum von 1963 bis 1971 vgl. Baldi, a.a.O. (Fn. 122), 326 ff.; für eine Übersicht bis zum Jahre 1978 vgl. Meier II, 245 ff., 269 ff.; für den Zeitraum danach vgl. Wild, Die Praxis der Organe der Europäischen Gemeinschaften zu Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, 1982 sowie Pawilowski, a.a.O. (Fn. 1), passim.

eines Omega-Händlers für jedes Vertragsgebiet ... führt nämlich zu einer intensiven Bearbeitung des Marktes und einer kontinuierlichen Versorgung unter gleichzeitiger Rationalisierung der Verteilung ... Angesichts der verhältnismäßig geringen Zahl von Uhren, die Omega in ihren Werken herstellen kann und angesichts des kleinen Kundenkreises, der für langlebende Artikel dieser Preisklasse in Betracht kommt (müßte eine quantitativ unbegrenzte Zulassung von Händlern dahin führen) ..., daß sich schließlich die Dienstleistungen, die sie dem Hersteller und dem Verbraucher zu erbringen hätten, eher verschlechtern als verbessern würden. (Die Händler hätten dann nämlich) ... kaum Interesse daran, sich tatkräftig für die Förderung des Absatzes und des Kundendienstes einzusetzen, und wegen des geringen Lagerumschlages für Artikel dieser Marke wären sie nicht in der Lage, der Kundschaft ständig die den speziellen örtlichen Wünschen entsprechenden neuesten Modelle in hinreichender Auswahl anzubieten¹³⁰.

In diesen Aussagen dominieren eindeutig spezifisch absatzpolitische Überlegungen über technisch-funktionelle Gesichtspunkte, und die Junghans-Entscheidung argumentiert ganz entsprechend, um die „Unerläßlichkeit“ der Vertriebsförderungspflichten der Junghans-Großhändler darzutun¹³¹. Dennoch haben die Uhren-Entscheidungen den Schritt zu einer rein absatzwirtschaftlichen Rechtfertigung des Selektivvertriebs nicht vollzogen. In der Omega- und ebenso in der Junghans-Entscheidung bestand die Kommission in den Vertragsverhandlungen mit den betroffenen Unternehmen auf einer Streichung der „Kaufhaus-Klauseln“, mit denen der „large store“-Vertrieb unterbunden werden sollte. Die Kommission hat dadurch einen – wenn auch begrenzten – Intra-brand-Wettbewerb unterschiedlicher Vertriebsformen gesichert.

Die BMW-Entscheidung¹³² bereitet insofern größere Interpretationsschwierigkeiten, als sie zur Rechtfertigung der Gesamtheit der qualitativen und der quantitativen Beschränkungen auf die Vorteile einer Kooperation der Kundendienststellen mit dem Herstellerwerk verweist. Fragt man demgegenüber differenzierend nach den Erfordernissen des Neuwagenabsatzes und des Kundendienstes, so kann diese Begründung nicht befriedigen. Beim Neuwagenabsatz sind Funktionskontrollen bereits im Werk möglich; die ohnehin z.B. in der Bundesrepublik unabdingbaren Zulassungskontrollen durch den TÜV kann der Vertragshändler nicht übernehmen. Jedenfalls ist er, wie das Beispiel des Gebrauchtwagenhandels zeigt, durchaus auch zum Verkauf unterschiedlicher Fabrikate in der Lage. Die Kooperationserfordernisse sind mithin nicht für die Verkaufstätigkeit des Vertragshändlers, sondern nur für die vom Verkauf organisatorisch getrennten Werkstätten „unerläßlich“. Die Koordination von Verkauf und Service aber ist unerläßlich nur i.S. einer absatzpolitischen Strategie. Durch diese

130 A.a.O. (Fn. 43), Ziff. 7.

131 A.a.O. (Fn. 44), Ziff. 36.

132 Fn. 50.

„Verkoppelung“ möchten die Kfz-Hersteller die Markenloyalität der Kunden sichern – und dem kommt die BMW-Entscheidung der Sache nach entgegen. Es bleibt allerdings festzuhalten, daß die Kommission sich keineswegs zu einer generellen Anerkennung absatzpolitischer Motive bereitgefunden hat und vor allem auch der EuGH an dem Erfordernis „objektiver“ Gründe für freistellungsbedürftige Wettbewerbsbeschränkungen festhält¹³³.

5.2.2. Selektiver Vertrieb und Wettbewerbsverhältnisse

Die Marktmacht der Betroffenen hat im Rahmen der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse nach Art. 85 Abs. 3 lit. b EWGV bislang eine geringe Rolle gespielt¹³⁴ und im Bereich des selektiven Vertriebs offenbar nicht zur Zurückweisung von Freistellungsverträgen geführt. Immer wieder hat die Kommission in gleichbleibend knappen Bemerkungen auf die Intensität des Produktwettbewerbs und/oder einen relativ geringen Marktanteil des jeweiligen Herstellers verwiesen¹³⁵. Überdies hätte die zufolge Metro/Saba und Haecht I unerläßliche Frage nach den Auswirkungen einer branchenweiten Etablierung einheitlicher Vertriebssysteme jedenfalls beim Automobilabsatz eine eingehende Erörterung verdient. Wenn die BMW-Entscheidung diese Frage dennoch im Zusammenhang mit dem Neuwagenabsatz nicht aufgreift, so mag sich dies daraus erklären, daß die Freistellung für BMW zwar nach dem Haecht-, aber noch vor dem Metro/Saba-Urteil ergangen ist. Die BMW-Entscheidung geht aber immerhin auf den Interbrand-Wettbewerb im Zusammenhang mit dem After Sales-Geschäft ein. Sie verteidigt das Recht der Vertragshändler zum unbeschränkten Vertrieb von Zubehör und zum Vertrieb qualitätsgleicher Fremdteile, soweit es sich nicht um sicherheitsrelevante Ersatzteile handelt¹³⁶. Sie berücksichtigt ferner die Befugnis zum Verkauf der BMW-Teile an Endverbraucher und Reparaturwerkstätten – freilich ohne die Konditionen dieser Form des Ersatzteilhandels und deren Bedeutung für die Konkurrenzfähigkeit von Reparaturwerkstätten zu überprüfen¹³⁷. So kommt die (partielle) Kontrolle von Bezugsbindungen in der BMW-Entscheidung in erster Linie dem ohnehin durch eine größere Vielfalt gekennzeichneten Ersatzteil- und Reparaturmarkt zugute; nur für diesen Markt gilt, daß

133 Vgl. etwa im 5. Wettbewerbsbericht 1975, Ziff. 13 sowie im Metro/Saba-Urteil (Fn. 53) 1916 und jetzt die „Saba II“-Entscheidung, ABl. L 367 v. 31.12.1983, 41 (dazu sogleich 5.2.2.).

134 Vgl. Meier II, 239 ff.; Wild, a.a.O. (Fn. 129), 126 ff.

135 BMW-Entscheidung (Fn. 50), Ziff. 31; Junghans (Fn. 44), Ziff. 37; Saba (Fn. 50), Ziff. 48; beim Negativattest für Kodak (oben Fn. 40) wurde bei der Anerkennung der „qualitativen“ Selektionskriterien nach der Marktstärke von Kodak nicht gefragt; bei der Verweigerung der Freistellung im Distillers-Fall (Fn. 92) spielte weder die Marktposition der Betroffenen in Großbritannien noch die dortige Nachfragemacht des Handels eine ausschlaggebende Rolle.

136 Fn. 50 Ziff. 18, 30.

137 A.a.O., Ziff. 3, 14, 18, 28 - 30.

BMW „mit Hilfe des selektiven Systems nur (gewährleistet), daß parallel zu diesem Serviceangebot Dritter ein solches bereitgehalten wird, das infolge der Kooperation zu BMW, den BMW-Direkthändlern und BMW-Händlern auch diejenigen Serviceleistungen umfaßt, die BMW zur Pflege und Sicherung der von ihr hergestellten Fahrzeuge als notwendig erachtet“¹³⁸.

Eine deutlichere Akzentuierung der Bedeutung der jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse für die Beurteilung selektiver Vertriebssysteme könnte sich nun allerdings durch die Neu-Auflage des Streits um das Saba-EG-Vertriebssystem durch die am 19.3.1984 eingereichte Klage der Metro¹³⁹ gegen die Freistellungsentscheidung der Kommission vom 21.12.1983¹⁴⁰ ergeben. In dieser Entscheidung hat die Kommission sich, um den Vorgaben des Metro/Saba-Urteils und der Parfüm-Entscheidungen zu entsprechen, zunächst darum bemüht, zwischen „sachgerechten“ qualitativen Anforderungen und darüber hinausgehenden Beschränkungen zu unterscheiden. Zur ersten Kategorie sollen die Vertragskonditionen zählen, mit denen eine angemessene Warenpräsentation und Verkaufsberatung sowie ein After Sales-Service sichergestellt wird, zur zweiten dagegen insbesondere die Verpflichtungen, das Saba-Programm vollständig zu führen, Vorräte zu halten und Jahresumsätze vorab festzulegen. In ihrer Begründung für die Freistellung der zuletzt genannten Beschränkungen hat die Kommission in einer ausführlichen Weise auch den Interbrand-Wettbewerb gewürdigt. So sollen sich eine „Verbesserung der Produktion und der Warenverteilung“ auch aus der Intensivierung des Wettbewerbs „zwischen Saba und anderen Marken“ und „Verbesserungen für die Verbraucher“ daraus ergeben, „daß Saba wegen des im Bereich der Unterhaltungselektronik starken Wettbewerbs“ zur Weitergabe von Rationalisierungsvorteilen gezwungen sei¹⁴¹. Bei der Erörterung des Art. 85 Abs. 3 lit. b EWGV verweist die Kommission auf die relativ schwache Position in einem auf der Herstellerebene intensiven Wettbewerb, ferner auf die Konkurrenz unterschiedlicher Absatzsysteme und die Präsenz von Discount-Anbietern auf der Distributionsstufe¹⁴². Die Klagebegründung der Metro bestreitet indessen mit guten Gründen die Berechtigung all dieser Annahmen. Die Konzentrationsentwicklung der Branche, die u.a. zur Übernahme von Saba, Telefunken, Dual und Nordmende durch Thomsen-Brandt geführt hat, habe „die Möglichkeit jeden echten Wettbewerbs zwischen verschiedenen Marken beseitigt“, die Zahl der selektiven Vertriebssysteme drastisch erhöht und zu einer Verdrängung namentlich des SB-Großhandels geführt¹⁴³. Es besteht mithin die begründete Aussicht, daß die Erneuerung des Metro/Saba-Streits zu einer

138 A.a.O., Ziff. 30.

139 ABl. C 132 v. 19.05.1984, 3 (Rs. 75/84).

140 ABl. L 376 v. 31.12.1983, 41.

141 A.a.O., 50.

142 A.a.O., 50 f.

143 A.a.O. (Fn. 139), 3 f.

intensiveren Prüfung jener wettbewerblichen Bedingungen führen wird, die von der Kommission bei der Freistellung selektiver Vertriebssysteme vorausgesetzt werden.

5.2.3. Intrabrand-Wettbewerb und Handelsfreiheit

Die Grundentscheidung zugunsten der selektiven Vertriebssysteme ist zugleich eine Entscheidung gegen die Autonomie der Distribution. Konsequenterweise sind vielfältige Verkaufsförderungspflichten mitsamt den Maßnahmen akzeptiert worden, die zu ihrer Überwachung und Durchsetzung erforderlich erscheinen¹⁴⁴. Im Falle Saba schloß dies die Verpflichtung zur Vereinbarung eines bestimmten Liefervolumens¹⁴⁵, in der BMW-Entscheidung die „in Abstimmung mit dem Direkt Händler“ vorzunehmende Vorausschätzung mit den entsprechenden Bevorratungspflichten ein¹⁴⁶.

5.2.3.1. Parallelimporte

Damit stellt sich nun aber erneut die Frage nach der realen Bedeutung der Freiheit des grenzüberschreitenden Intrabrand-Handels, den die Kommission so nachhaltig verteidigt. In der Omega-Entscheidung wurde die Vermutung ausgesprochen, daß „die beachtlichen Preisunterschiede, die noch in einigen Fällen bei den Generalvertretern für die gleichen Modelle zu verzeichnen sind, ... für die Vertragshändler ein Anreiz sein (dürften), die günstigsten Bezugsmöglichkeiten auszusuchen“¹⁴⁷. Die Kommission legt auch die entsprechenden Bezugsfreiheiten der Omega-Händler im einzelnen dar; sie weist andererseits selbst auf Umstände hin, die eine Gefährdung der Absatzpolitik von Omega unwahrscheinlich machen; nur 7 der 30 gängigen Omega-Modelle wurden von sämtlichen Generalvertretern geführt, und das Preisbewußtsein der Omega-Käufer war in den Mitgliedstaaten höchst unterschiedlich¹⁴⁸. Für das Saba-Vertriebssystem, das Kommission und EuGH im Ergebnis akzeptiert haben, sind Querlieferungen als äußerst unwahrscheinlich bezeichnet worden¹⁴⁹. Die GruppenfreistellungsVO

144 Omega (Fn. 63) Ziff. 30; Saba (Fn. 54) Ziff. 29; vgl. im Urteil des EuGH (Fn. 53) 1912 ff.; s. auch Piriou, a.a.O. (Fn. 126), 330 f., Meier II, 309 ff.

145 A.a.O. (Fn. 54), Ziff. 38.

146 A.a.O. (Fn. 50), Ziff. 3, 13, 24; vgl. jetzt auch die Saba II-Entscheidung, a.a.O. (Fn. 140), 49.

147 A.a.O. (Fn. 63), Ziff. 7.

148 A.a.O., Ziff. 4.

149 Pollmüller, a.a.O. (Fn. 53), 340 f. – Die Dissertation von Knöchel, Preiszusammenhang und Marktpaltungen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Köln 1980, registriert eine Verminderung der Preisdifferenzen für Rundfunkgeräte in Deutschland und Frankreich von 58 % auf 22 % im Anschluß an das Grundig/Consten-Urteil, hält aber die Einwirkung des europäischen Wettbewerbsrechts auf die Preisbindungsprozesse für insgesamt marginal (a.a.O., 198 f., 222 f.). Zur Reaktion der Fa. Grundig auf dieses Urteil vgl. schon oben Fn. 30.

für den Automobilsektor geht eindeutig davon aus, daß jedenfalls bei diesen gut durchorganisierten und von den Herstellern intensiv kontrollierten Systemen mit marken-internen Handelsaktivitäten nicht zu rechnen ist¹⁵⁰, und in ihrer letzten Ford-Entscheidung stellt die Kommission ausdrücklich fest, „daß keiner der britischen Ford-Händler versucht hat oder daran interessiert war, Parallelimporte von Ford-Fahrzeugen vorzunehmen, obwohl dies über das Vertriebssystem möglich gewesen wäre und der Händler bei einigen Modellen einen größeren Gewinn erzielt hätte als bei einem Bezug von Ford Britain“¹⁵¹.

5.2.3.2. Geldbußen und Garantie

Das Verbot der Belieferung netzfremder Händler i.V.m. der gerade in den Vertragshändlersystemen durch markenspezifische Händlerorganisationen vermittelten Gruppensolidarität mag genügen, um netzinterne Parallelimporte weitgehend auszuschließen. Aber diese Mechanismen verhindern, wie der Fall BMW-Belgium zeigt¹⁵², die Entwicklung eines „grauen“ zwischenstaatlichen Marktes eben nicht. Auf die Versuche, diesen Handel zu unterbinden, hat die Kommission im Falle BMW – ebenso wie in vergleichbaren Konstellationen¹⁵³ – mit Geldbußen reagiert.

Bei all dem geht es indessen bloß um den Vollzug der Grundsatzentscheidung zugunsten der innergemeinschaftlichen Handelsfreiheit, nicht um eine Ausweitung oder Veränderung von wettbewerbs- und integrationspolitischen Beurteilungskriterien. Das gleiche gilt für die Behandlung der Garantie-Problematik durch die Zanussi-Entscheidung, in der die Kommission deutlich gemacht hat, daß Garantieverprechen nicht auf den Verkaufsstaat beschränkt werden dürfen¹⁵⁴. Diese Haltung ist konsequent. Zu einer bereitwilligen Durchführung von Garantiewerken durch den Händler im Importstaat wird sie aber nur dann führen, wenn dieser sich beim Produzenten in einer akzeptablen Weise schadlos halten kann.

150 Vgl. im ursprünglichen Entwurf (Fn. 118) Art. 3 Ziff. 9 b sowie Art. 7 und im endgültigen Text (Fn. 120) Art. 3 Nr. 11, Art. 10 Nr. 2-4.

151 Fn. 110, Ziff. 25.

152 Fn. 93.

153 Vgl. nur ABL L 60 v. 5.03.1980, 21 – Pioneer; ABL L 117 v. 30.04.1982, 15 – AEG-Telefunken; ABL L 354 v. 16.12.1982, 28 – National Panasonic; ABL L 360 v. 21.12.1982, 3 – Instituto brasileiro do Café.

154 ABL L 322 v. 16.11.1978, 36. Die im BMW-Erscheid beurteilten Garantiebedingungen trugen dieser Anforderung Rechnung (vgl. a.a.O., Fn. 50, Ziff. 3.) Vgl. im übrigen den 7. Wettbewerbsbericht 1977, Ziff. 17 - 20; 8. Wettbewerbsbericht 1978, Ziff. 116 f.; 12. Wettbewerbsbericht 1982, 77 f.

5.3. Die angemessene Beteiligung der Verbraucher

Der praktische Umgang mit dem Kriterium der Verbrauchervorteile i.S.d. Art. 85 Abs. 3 EWGV illustriert gleichsam spiegelbildlich nochmals alle wettbewerbspolitischen Schwierigkeiten bei der Beurteilung selektiver Vertriebssysteme. Wer für die Gleichwertigkeit aller Wettbewerbsparameter plädiert und deshalb eine weite Interpretation der qualitativen Selektionskriterien befürwortet, wird auch geneigt sein, eine „angemessene Verbraucherbeteiligung“ einfach schon deshalb anzunehmen, weil selektive Vertriebssysteme dem Angebot des Herstellers ein bestimmtes Profil geben. Aber auch die Kriterien des Metro/Saba- und des Haecht I-Urteils lassen sich als Probleme der Verbraucherbeteiligung reformulieren. So könnte man mit dem Metro/Saba-Urteil fragen, ob von einem intensiven Interbrand-Wettbewerb ein Effizienzdruck auf die selektiven Vertriebssysteme ausgeht, der den Aufwand für Warenpreis und Service unter Kontrolle hält, und ob sich der Selektivvertrieb auf dem relevanten Gütermarkt gegen Angebotsformen behaupten muß, die dem Verbraucher eine Wahl zwischen anspruchsvollen und bescheideneren „Leistungsbündeln“ lassen. Mit dem Haecht I-Urteil könnte gegen eine branchenweite Durchsetzung gleichförmiger Angebotsformen eingewandt werden, diese wirkten nicht nur als Marktzutrittsschranke gegen potentielle Konkurrenten, sondern auch als „unangemessene“ Einschränkung der Wahlmöglichkeiten von Verbrauchern. Und schließlich lassen sich die für den Intrabrand-Wettbewerb angeführten Argumente in die Forderung übersetzen, jeder Hersteller müsse für seine Produkte einen Wettbewerb unterschiedlicher Angebotsformen zulassen, damit sich der Verbraucher an der Entscheidung über die Verbindung von Produkt- und Vertriebsleistung „angemessen“ beteiligen kann¹⁵⁵.

155 Zur Validität dieser Argumentation vgl. Kap. 5, 2.5.3.3. Die literarische Diskussion zum Tatbestandsmerkmal der angemessenen Verbraucherbeteiligung verwendet nicht die im Text skizzierten Argumentationsmuster, aber ihre Argumente lassen sich in diese Muster weitgehend einfügen: So entspricht die These, es genüge, wenn Vorteile aus einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung nur für eine Partei der Vereinbarung ersichtlich seien, und es brauche sich bei den geforderten „Vorteilen“ nicht um günstigere Preise zu handeln (so etwa Baldi, a.a.O., Fn. 122, 299 f.; von der Groeben, Boeckh, H. Thiesing, Handbuch des Europäischen Rechts, Bd. 6 A, 1983, Art. 85 Rz. 92), der Anerkennung des Qualitätswettbewerbs und des selektiven Vertriebs als Erscheinungsform dieses Wettbewerbs. Mit der Forderung, es müsse „neben den kartellistischen Vorkehrungen ein genügender (Rest-)wettbewerb weiterleben“, und es sei überdies „allemaal auch die produktinterne Konkurrenz zu veranschlagen“ (Meier II, 236), werden Wirkungen des Interbrand- und des Intrabrand-Wettbewerbs berücksichtigt – freilich in einer analytisch wie dogmatisch nicht eben klaren Weise. Die im Text erwähnte dritte Interpretationsvariante wird in der Literatur zu Art. 85 Abs. 3 EWGV, soweit ersichtlich, nicht vertreten; sie findet aber im Grundig/Consten-Urteil durchaus Rückhalt (vgl. oben 2.1. bei Fn. 21).

Die Entscheidungspraxis läßt sich nicht etwa durchgängig auf eines dieser Konzepte festlegen. Aber in der Gewichtung der für relevant erklärten Gesichtspunkte sind Entwicklungslinien erkennbar, die ganz den bisherigen Analyseergebnissen entsprechen. Das gilt namentlich für die Umschreibung der angemessenen Verbraucherbeteiligung in den Freistellungsentscheidungen zu selektiven Vertriebssystemen. In ihrer Erwiderung auf die Klage von Consten und Grundig hatte die Kommission seinerzeit noch erklärt, „daß auf den Wettbewerb zwischen Händlern von Grundig-Erzeugnissen abzustellen sei, da der Wettbewerb zwischen Herstellern für sich allein nicht ausreiche, um in Frankreich die Bildung von 'Marktpreisen' für Grundig-Geräte zu gewährleisten“¹⁵⁶. Die Omega-Entscheidung der Kommission umschreibt die Verbrauchervorteile bloß mit den von Omega angebotenen Leistungen¹⁵⁷. Aber im allgemeinen – nach den Zählungen von Wild in ca. 80 % der Freistellungsfälle¹⁵⁸ – verbindet sich diese Umschreibung mit einem Hinweis auf die Wettbewerbsverhältnisse. Dabei geht es jeweils um den Interbrand- und den Intrabrand-Wettbewerb: Die Intensität des Interbrand-Wettbewerbs Sorge für die Weitergabe von „Rationalisierungsurteilen“; der Intrabrand-Wettbewerb werde durch einen ungehinderten Parallelimport gewährleistet.

5.4. Zwischenergebnisse

Die Suche nach konzeptionellen Begründungselementen für die Beurteilung vertikaler Bindungen nach Art. 85 EWGV hat eine Reihe deutlicher Entwicklungslinien, aber auch ungelöste Fragen der wettbewerbspolitischen Praxis zutage gefördert:

- Das Leitbild der europäischen Wettbewerbspolitik hat sich verändert; der Grundsatz der Prärogative des Preiswettbewerbs und die damit verbundene Geringschätzung der Produktdifferenzierung machten einer Auffassung des Wettbewerbsprozesses Platz, die alle im realen Wettbewerbsverhalten relevanten Parameter grundsätzlich gelten läßt, dem Preiswettbewerb allerdings immer noch eine Sonderstellung einräumt¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Fn. 12, 375; vgl. 377.

¹⁵⁷ Fn. 43, Ziff. 7; vgl. als Kontrast im Grundig/Consten-Verfahren (Fn. 12, 432) den Schlußantrag von GA Roemer: „... und eine ausreichende Gewinnbeteiligung dürfte wohl nicht schon darin zu sehen sein, daß die Verbraucher an dem festgestellten Verbesserungseffekt als solchem (in der Erleichterung des Einkaufs) teilhaben, weil bei dieser Deutung das Kriterium der Gewinnbeteiligung eines eigenständigen Sinnes beraubt würde“.

¹⁵⁸ A.a.O. (Fn. 129), 113.

¹⁵⁹ Vgl. oben 3.2.3. und 3.2.5.

- Verbunden ist diese Entwicklung mit einer immer großzügigeren Haltung gegenüber selektiven Vertriebssystemen. Dabei werden zunehmend die absatzpolitischen Entscheidungen der Unternehmungen als zureichende Begründung für vertikale Bindungen anerkannt. Ablesbar ist dies an den Selektionskriterien, die im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 EWGV Anerkennung finden: Die qualitative Selektion braucht sich nicht auf technisch-funktionelle Erfordernisse der Qualitätssicherung zu beschränken, sondern kann sich eben auch auf „bloß“ ökonomisch motivierte Erfordernisse der unternehmerischen Qualitätspolitik beziehen¹⁶⁰.
- Die Urteile des EuGH bestehen auf einer wettbewerblichen „Außenkontrolle“ selektiver Vertriebssysteme: So sollen unterschiedliche Vertriebsformen zwar nicht für die Güter eines einzelnen Herstellers verfügbar sein, wohl aber auf dem relevanten Markt erhalten bleiben. Danach schließt ein geringer Marktanteil die Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV nicht aus, wenn es auf dem relevanten Markt keine Alternativen zum selektiven Vertrieb gibt¹⁶¹. Aber zu einer Erprobung dieser vom EuGH ausgesprochenen Grundsätze ist es bislang nicht gekommen. Die Parfüm-Urteile legen sogar ihre praktische Relativierung nahe: Offenbar kann eine Branche, die insgesamt selektive Vertriebssysteme etabliert, der Verbotsnorm des Art. 85 Abs. 1 EWGV entgehen, wenn diese Systeme von allen Anbietern für wirtschaftlich vernünftig gehalten werden¹⁶².
- Durch die grundsätzliche Anerkennung der wettbewerbspolitischen Legitimität des Qualitätswettbewerbs ist der Stellenwert der den Intrabrand-Wettbewerb schützenden Rechtsprinzipien undeutlich geworden. Selbst die klaren Regeln gegen Preisbindungen und Exportverbote werden praktisch nicht konsequent durchgesetzt. Dabei sind zwei Gesichtspunkte für die Ambivalenzen der europäischen Wettbewerbspolitik erkennbar: (1) Die Anerkennung des Qualitätswettbewerbs verträgt sich schwerlich mit einem per se-Verbot solcher Preisdifferenzierungen, die sich regional unterschiedliche „Konsumentenpräferenzen“ zunutze machen. (2) Die Bemühungen, mit Hilfe des Wettbewerbsrechts zu einer Vereinheitlichung des Binnenmarktes zu kommen, treffen auf Unterschiede in den Wettbewerbsbedingungen, die z.T. durch staatliche Politiken verursacht werden. Die europäische Wettbewerbspolitik gerät dadurch in neue Zielkonflikte: Sie muß entweder nach den Ursachen für die Unterschiedlichkeit von Wettbewerbsbedingungen differenzieren oder die Wettbewerbsregeln i.S. einer Angleichung wettbewerbspolitischer Rahmenbedingungen zu instrumentalisieren versuchen¹⁶³.

160 Vgl. oben 3.2.1.

161 Vgl. oben 3.2.3.

162 Vgl. oben 3.2.4.

163 Vgl. die im 12. Wettbewerbsbericht 1982, Ziff. 232 ff. wiedergegebene Konzentra-

- Das Verhältnis der Absätze 1 und 3 des Art. 85 Abs. 3 EWGV steht nach der Anerkennung des Qualitätswettbewerbs neu zur Debatte. Die Kommission hat zwar an dem systematischen Ansatz des Grundig/Consten-Urteils insofern festgehalten, als sie Erwähnungen zur Intensität des Interbrand-Wettbewerbs der Beurteilung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV vorbehält und die Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV von entsprechenden Wertungen entlastet sehen möchte. Unvermeidbar führt aber die Beurteilung des Qualitätswettbewerbs und des Selektivvertriebs auch im Rahmen des Art. 85 Abs. 3 EWGV zu den schon bekannten Wertungsproblemen: Genügt eine absatzpolitische Begründung zur Rechtfertigung einheitlicher Vertriebssysteme? Widerspricht eine solche Vereinheitlichung den wettbewerblichen Funktionen und der rechtlichen Autonomie des Handels? Kann von einer „angemessenen Verbraucherbeteiligung“ die Rede sein, wenn der Konsument nicht mehr zwischen unterschiedlichen Angebotsformen wählen kann? Wie verträgt sich die Anerkennung des Qualitätswettbewerbs mit dem Verbot einer durch territoriale Marktaufteilungen realisierten Preisdifferenzierung oder -diskriminierung? Die Beantwortung all dieser Fragen bleibt der Kommission vorbehalten, solange vertikale wie horizontale Wettbewerbsbeschränkungen gleichermaßen dem Verbot des Art. 85 Abs. 1 EWGV unterstellt werden. In dem Maße aber, in dem schon bei der Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV „qualitative“ Gesichtspunkte herangezogen werden, in dem insbesondere eine Bewertung der Wettbewerbsintensität auf dem relevanten Markt an die Stelle formaler Abgrenzungskriterien tritt, gehen wettbewerbspolitische Kompetenzen von der Kommission auf die mit der Anwendung des Art. 85 Abs. 1 befaßten Instanzen, namentlich also auch auf nationale Gerichte über.

6. Die Bedeutung des Art. 86 EWGV für den selektiven Vertrieb

Die Einwirkungsmöglichkeiten des Art. 86 EWGV auf den Automobilsektor sind erheblich: (1) In Betracht kommt im Hinblick auf oligopolistische Marktstrukturen in den Mitgliedstaaten eine Kontrolle des Anbieterverhaltens beim Neuwagenabsatz. (2) Erprobt wurde im General Motors-Fall¹⁶⁴ eine Abwehr „territorialer“ Preisdifferenzierungen. (3) Gefragt werden kann nach dem Schutz von Vertragshändlern gegen einen Machtmißbrauch der Hersteller. (4) In Betracht kommen nach dem Vorbild des Hugin-Entscheids¹⁶⁵ Belieferungs-

tionsanalyse und die dort in Ziff. 238 herausgestellten preispolitischen Handlungsspielräume inländischer Automobilhersteller; s. auch Monopolkommission, Sondergutachten 7. Mißbräuche der Nachfragemacht, Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1977, Ziff. 133.

164 ABL L 29 v. 03.02.1975, 14; EuGH, U. v. 13.11.1975, Rs. 26/75, Slg. 1975, 1367.
165 ABL L 22 v. 17.01.1978, 23; EuGH, U. v. 31.05.1979, Rs. 22/78, Slg. 1979, 1869.

pflchten und, wenn diese bestehen, (5) eine Kontrolle der Belieferungskonditionen. (6) Und schließlich sind auch die Beziehungen zwischen den Herstellern und Zulieferunternehmen ein potentiellcs Anwendungsfeld des Art. 86. Die folgende Darstellung wird diese Fragenkomplexe nicht umfassend erörtern, sondern lediglich nochmals die Problematik der Preisdifferenzierung aufgreifen und sich im übrigen auf die für das Ersatzteil- bzw. Reparaturgeschäft unmittelbar einschlägigen Präjudizien konzentrieren¹⁶⁶.

5.1. General Motors Continental und British Leyland

Im Gegensatz zu dem Chiquita-Urteil¹⁶⁷ handelt es sich bei der General Motors-Entscheidung der Kommission nicht etwa um eine Leitentscheidung zur Bekämpfung territorialer Marktsplutungen mit Hilfe des Art. 86 EWGV. Im Chiquita-Urteil hatte der EuGH bekanntlich eine beherrschende Stellung von United Brands auf dem Bananenmarkt konstatiert¹⁶⁸ und das Weiterverkaufsverbot der Chiquita-Reifereien als Mißbrauch beurteilt; der Preispolitik von United Brand ist der EuGH aber im Gegensatz zur Kommission¹⁶⁹ nur wegen der unterschiedlichen Behandlung der Handelsstufe entgegengetreten, ohne auf der Basis der Ermittlungen der Kommission einen Ausbeutungsmißbrauch festzustellen¹⁷⁰. Die GM-Entscheidung hat sich dagegen nicht mit den Marktverhältnissen auf dem Automobilsektor auseinandergesetzt, sondern den Mißbrauchsvorwurf nur an eine markenspezifische Tätigkeit geknüpft: Nach belgischem Recht ist für die Zulassung von Automobilen eine Konformitätsbescheinigung erforderlich, die nur vom Hersteller oder seinem Beauftragten erteilt werden kann. Diese staatlich verordnete Aufgabe hat die Kommission als „relevanten Markt“ behandelt und einen Mißbrauch darin gesehen, daß General Motors Continental hierfür erheblich höhere Preise ansetzte als die Beauftragten anderer Hersteller¹⁷¹. In der Sache ging es der Kommission dabei um die Durchsetzung der Freiheit des Parallelimports. Der Anreiz, Preisvorteile auf ausländischen Märkten auszunutzen, soll nicht durch Praktiken beseitigt werden, die auf eine Marktsplutung hinauslaufen. Die General Motors-Entscheidung vollzieht mithin bloß die bei der

166 Zur Hersteller-Vertragshändlerbeziehung sei verwiesen auf Piriou, a.a.O. (Fn. 126), 408 f.; zu den Zulieferverträgen vgl. die Bekanntmachung der Kommission vom 18.12.1978 „Über die Beurteilung von Zulieferverträgen nach Art. 85 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft“, ABL C 1 v. 03.01.1979, 2. Eine weitbewerbstheoretische Analyse der Behandlung von Marktmacht durch EuGH und Kommission kann hier nicht geleistet werden.

167 EuGH U. v. 14.02.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207.

168 A.a.O., 286.

169 ABL L 95 v. 09.04.1976, 1.

170 Fn. 167, 301 ff.

171 Der EuGH (Fn. 164) hat die Marktabgrenzung und damit auch die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gebilligt, einen Mißbrauch in casu aber verneint.

Beurteilung selektiver Vertriebsysteme nach Art. 85 Abs. 1 und Art. 85 Abs. 3 EWGV entwickelte Politik; Aussagen von grundsätzlicher Bedeutung über die Funktionen des Art. 86 EWGV für den Automobilsektor sind ihr nicht zu entnehmen.

Das gleiche gilt für die British Leylands-Entscheidung der Kommission vom 2.7.1984, die ebenfalls Art. 86 EWGV zur Sicherung der Möglichkeit des Re-Imports von Kraftfahrzeugen nach Großbritannien heranzieht¹⁷². Die britischen Vorschriften über die Betriebserlaubnis von Kraftfahrzeugen sehen vor, daß der Hersteller selbst die Nationale Betriebserlaubnis beantragt und die Konformität von Fahrzeugen mit dieser Erlaubnis bescheinigt. Nach den Feststellungen der Kommission hatte British Leylands teils zu Unrecht das Bestehen der Betriebserlaubnis für re-importierte Kraftfahrzeuge mit Linkslenkung geleugnet, teils den erforderlichen Antrag für die Betriebserlaubnis für solche Fahrzeuge nicht erneuert und schließlich für die Ausstellung solcher Bescheinigungen von importierenden Händlern bis zu 150 Pfund verlangt – ein vielfach höherer Betrag als der, der privaten Importeuren in Rechnung gestellt wurde. Als relevanten Markt i.S.d. Art. 86 EWGV bestimmte die Kommission den „Markt für die Lieferung von Informationen bzgl. der Bescheinigung über die Betriebserlaubnis“¹⁷³; daß die geschilderten Praktiken sich dann als mißbräuchlich darstellen, versteht sich von selbst.

6.2. Lieferpflichten gegenüber Reparaturunternehmen

Die Weigerung des Registrierkassen-Herstellers Hugin, unabhängige Reparaturunternehmen mit Ersatzteilen zu beliefern, die allein von Hugin produziert werden, hat im Automobilsektor keine Parallele. Ersatzteile sind für unabhängige Werkstätten auf dem „Zweiten Vertriebsweg“ der Zulieferindustrie sowie von „Nachbauern“ erhältlich, und die Automobilhersteller machen ihre Originalteile jedermann über die Vertragswerkstätten zugänglich. Dennoch birgt die im Hugin-Fall statuierte Belieferungspflicht beträchtlichen Konfliktstoff. Die Brisanz dieser Entscheidung wird deutlich, wenn man sich ihr Verhältnis zu der von den Automobilherstellern vertretenen „Bündeltheorie“ vergegenwärtigt¹⁷⁴; der die BMW-Entscheidung im Rahmen der Beurteilung des Exklusivvertriebs und des Zusammenhangs von Neuwagen- und After Sales-Geschäft ein Stück weit entgegengekommen ist. Der Bündeltheorie zufolge handelt es sich beim Leistungsangebot der Kraftfahrzeughersteller um ein *einheitliches Gut*; demgemäß mußte bei der Anwendung des Art. 86 EWGV dieses Gesamtangebot als der „relevante Markt“ behandelt werden. Die BMW-Entscheidung hat sich diese These nicht zu

172 ABl. L 207 v. 02.08.1984, 11.

173 A.a.O., Ziff. 25.

174 Vgl. Kap. 2, 3.1.3. sowie Kap. 5, 2.3.

eigen gemacht. Die Kommission hat dort vielmehr die Bindungen für Neuwagen und für Ersatzteile unterschiedlichen Regeln unterstellt und insofern auch keine unbeschränkte Koppelung von Neuwagen- und Ersatzteilvertrieb akzeptiert. Sie hat jedoch den von den Kraftfahrzeugherstellern gewählten Vertriebsweg mit den Kooperationsbedürfnissen zwischen Herstellerwerk und Werkstätten gerechtfertigt und dadurch eine Vorentscheidung über die Konditionen getroffen, zu denen die Originalteile der Hersteller für unabhängige Werkstätten erhältlich sind. Diese Vorentscheidung verträgt sich nicht ohne weiteres mit den von der Kommission im Hugin-Verfahren vertretenen Positionen.

Das Vertriebssystem des Registrierkassenherstellers Hugin trug denselben absatzpolitischen Motiven Rechnung wie die Vertriebssysteme der Automobilhersteller. Hugin betrachtet den Absatz ihrer Kassen sowie deren Wartung und Instandsetzung als ein zusammenhängendes Leistungsangebot, das mit entsprechenden Angeboten anderer Hersteller verglichen werden müsse. Diese „Philosophie“ wurde von Hugin allerdings in einer die Automobilhersteller überbietenden Konsequenz umgesetzt. Im Interesse eines qualitativ hochwertigen Service, den Hugin in der Auseinandersetzung mit seinem Hersteller-Konkurrenten für unabdingbar erklärte, verweigerte Hugin die Belieferung von Reparaturunternehmen, die ihrem „selektiven Vertriebs-, Wartungs- und Reparatursystem“ nicht angehörten¹⁷⁵. Demgegenüber bestand die Kommission auf der Selbständigkeit des Ersatzteil- und des Reparaturgeschäfts. Sie folgerte hieraus, daß auch die Angemessenheit der Selektionskriterien für Verkaufsstellen und Reparaturwerkstätten selbständig zu prüfen sei und wies die von Hugin für eine „quantitative“ Selektion vorgebrachten Argumente zurück¹⁷⁶. Den Tatbestand der Marktbeherrschung begründete die Kommission mit der Monopolstellung Hugins bei der Herstellung von Originalersatzteilen und der daraus resultierenden Abhängigkeit unabhängiger Werkstätten von einer Belieferung durch Hugin¹⁷⁷. Für die hieraus abgeleiteten Belieferungspflichten stellt sich nun allerdings erneut die Frage nach der Relevanz der von Hugin vorgebrachten absatzpolitischen Motive. Nach der Auffassung der Kommission sollte Hugin „zu einem angemessenen Marktpreis“ liefern, der zwischen dem der autorisierten Händler und dem Preis für Endverbraucher liege, so daß dem Vertragshändler „eine angemessene Gewinnspanne“ und den unabhängigen Werkstätten „ein entsprechender Handlungsspielraum“ verbleibe¹⁷⁸. Hugin dagegen verwies auf die besonderen Leistungen seiner Händler; dieser Leistungen wegen sei es angebracht, im Falle einer Belieferung unabhängiger Werkstätten die Preise für Endverwender zu verlangen¹⁷⁹.

175 So der Klagevortrag vor dem EuGH (Fn. 165) 1875, 1877, 1880, 1889.

176 Vgl. die Kommissionsentscheidung (Fn. 165) 24 f. und im Urteil des EuGH (Fn. 165) 1887.

177 Fn. 165, 23.

178 Vgl. den Vortrag im Verfahren vor dem EuGH (Fn. 165) 1876.

179 Ebenda 1890 f.

Der EuGH hat die Marktabgrenzung der Kommission gebilligt, die Frage, ob Hugin im Interesse ihres Goodwill-Schutzes zu einer „quantitativen“ Selektion berechtigt war, aber offengelassen und im übrigen eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten verneint¹⁸⁰. Deshalb kann das Hugin-Urteil nur für die Problematik der Marktabgrenzung und der Feststellung einer Marktbeherrschung als Präjudiz gelten, nicht dagegen bereits als Bestätigung der von der Kommission vertretenen Auffassung zum Inhalt der Belieferungspflicht. Aber die Begründung der Anwendbarkeit des Art. 86 EWGV ist bedeutsam genug. Für den Automobilsektor bedeutet sie, daß die Hersteller für alle diejenigen Ersatzteile eine marktbeherrschende Stellung gegenüber unabhängigen Werkstätten innehaben, für die es aus ökonomischen oder auch aus rechtlichen Gründen keine Substitute gibt – betroffen sind mithin eine Vielzahl von Eigenkonstruktionsteilen und Originalteilen gebundener Zulieferunternehmen¹⁸¹.

6.3. Diskriminierende Lieferbedingungen

Die vom EuGH offengelassene und von der Kommission bestrittene Frage einer Berechtigung zur quantitativen Selektion bei der Belieferung mit Ersatzteilen steht im Automobilsektor nicht zur Debatte. Klärungsbedürftig ist gerade deshalb umso mehr die Angemessenheit von Preisdifferenzierungen zwischen gebundenen und unabhängigen Werkstätten.

Die Beurteilung von Rabattsystemen hat es i.d.R. mit Konflikten um den Marktzugang von konkurrierenden Herstellern zu tun¹⁸². Anhand solcher Konflikte wurden die einschlägigen Grundsätze der europäischen Wettbewerbspolitik entwickelt: das Verbot des Treuerabatts¹⁸³ insbesondere i.V.m. Ausschließlichkeitsbindungen¹⁸⁴, das Verbot der punktuellen Rabattierung¹⁸⁵. Diese Grundsätze enthalten aber, wie das Fedetab-Verfahren implizit zeigt¹⁸⁶, nicht etwa ein Verbot der differenzierenden Vergütung unterschiedlicher Handelsleistungen – und

180 Fn. 165, 1896, 1898 f.

181 Vgl. die gleiche Marktabgrenzung in der Crash Parts-Entscheidung der FTC (unten Kap. 4, 4.3.5.). Für eine ökonomische Analyse der Hugin-Entscheidung vgl. Baden Fuller, Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position, *European Law Review* 4 (1979), 423 ff.

182 Zum folgenden Steindorff, a.a.O. (Fn. 91), 94 ff.

183 ABl. L 140 v. 26.05.1953, 17; EuGH, U. v. 16.12.1975, Rs. 40 - 48, 50, 54 - 56, 11, 113 - 114/73, Slg. 1975, 1663 – Suiker Unie.

184 ABl. L 223 v. 16.08.1976, 27; EuGH, U. v. 13.02.1979, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461.

185 ABl. L 353 v. 09.12.1981, 33 – Michelin.

186 ABl. L 224 v. 15.08.1978, 29, 38; EuGH, U. v. 29.10.1980, Rs. 209 - 215 u. 218/78, Slg. 1980, 3125, 3256 ff.; Vgl. jetzt auch EuGH, U. v. 09.11.1983, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461 – Michelin.

nur eine solche Differenzierung verträgt sich mit der grundsätzlichen Anerkennung selektiver Vertriebssysteme. Für die Konsequenzen dieser Differenzierung gibt es allerdings, soweit ersichtlich, keine Präzisierung des „Angemessenheits“-Tests der Hugin-Entscheidung.

Die von der Kommission im Hugin-Entscheid befürwortete Mißbrauchskontrolle der Lieferkonditionen von nicht-substituierbaren Originalteilen bietet eine Möglichkeit, die „Außenwirkungen“ selektiver Absatzsysteme zu berücksichtigen. Es handelt sich um eine Kontrolle, die sowohl auf die Verkoppelung unterschiedlicher Leistungskomponenten in diesen Systemen als auch auf die Beschränkung des Intra-brand-Wettbewerbs dadurch reagiert, daß sie, ohne den Selektivvertrieb zu diskriminieren, alternativen Angebotsformen Entwicklungschancen einräumt. Ob für dieses Ziel nun allerdings Art. 86 EWGV bemüht werden muß, ist eine andere Frage. Die Kommission hat selbst darauf hingewiesen, daß die qualitativen Selektionskriterien für den Verkauf und für den After Sales-Service nicht identisch sein müssen, und sie ist hierin vom EuGH bestätigt worden¹⁸⁷. Demzufolge könnte schon bei der Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV und erst recht bei der Freistellung nach Art. 85 Abs. 3 EWGV differenzierend verfahren werden: Ebenso wie sich die (faktisch begrenzte) Bezugsfreiheit der Vertragshändler durch das Gebot einer getrennten Rabattierung unterstützen läßt, kann den Vertragshändlern die Verpflichtung auferlegt werden, beim Weiterverkauf von Ersatzteilen Rabatte weiterzugeben, die konkurrierenden Werkstätten einen „entsprechenden Handlungsspielraum“ belassen¹⁸⁸.

6.4. Marktpaltung marktbeherrschender Unternehmen

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes im Hugin-Verfahren durch Kommission und Gerichtshof¹⁸⁹ eröffnet eine zweite, bislang offenbar noch nicht praktisch erprobte Zugriffsmöglichkeit auf den Ersatzteilmarkt durch Art. 86 EWGV. Bilden nämlich die „captive parts“ der Automobilhersteller jeweils markenspezifische Teilmärkte, so befinden sich die Automobilhersteller hier wegen ihres Angebotsmonopols in der Position eines marktbeherrschenden Unternehmens, das auch in seiner allgemeinen Preispolitik die Schranken des Art. 86 EWGV zu beachten hat¹⁹⁰.

187 Vgl. Fn. 176 und 180.

188 Vgl. oben Fn. 178.

189 Oben Fn. 177, 180.

190 Der Einwand von Baden Fuller, a.a.O. (Fn. 181), 426 gegen die Marktabgrenzung im Hugin-Verfahren, Reparaturunternehmen seien in der Lage, sich andere Betätigungsfelder zu suchen und dann die Angebote der ursprünglichen Lieferanten zu substituieren, kann jedenfalls in bezug auf die Vertragswerkstätten nicht überzeugen; er berücksichtigt im übrigen nicht, daß ungebundene Werkstätten ohne die Belieferung mit Captive Parts für wesentliche Geschäftsbereiche als potentielle Konkurrenten ausfallen würden.

Unter den Entscheidungen, die den Art. 86 EWGV zu einer Preiskontrolle genutzt haben, verdient das United Brands-Urteil¹⁹¹ besondere Aufmerksamkeit. Der EuGH hat in diesem Urteil aus verständlichen Gründen die Entscheidungsgrundlagen der Kommission zur Feststellung eines Preismißbrauchs für unzureichend gehalten, um dann zu einer allerdings ebenfalls problematischen Begründung für den Vorwurf einer Preisdiskriminierung zu greifen: Die Kommission hatte die Feststellung eines mißbräuchlichen Verhaltens – neben dem hier nicht interessierenden Abbruch einer Lieferbeziehung – auf ein faktisches Exportverbot sowie nicht durch Kostenunterschiede erklärbare erhebliche Preisdifferenzen gestützt, wobei sie ihre Beurteilung dieser Preisunterschiede am Maßstab des in Irland verlangten relativ niedrigsten Preises orientierte¹⁹². Als nun United Brands seine ursprüngliche Bekundung, der irische Preis sei keineswegs ein Dumping-Angebot, sondern werfe durchaus Gewinne ab, gegenüber der Kommission und vor dem EuGH zurücknahm¹⁹³, sah sich der EuGH veranlaßt, die Mißbrauchsfeststellung der Kommission insoweit zurückzuweisen¹⁹⁴. Der EuGH hat jedoch die Preispolitik von United Brands als Diskriminierung (i.S. von Art. 86 Abs. 2 lit. c) der Vertriebshändler beurteilt. Zwar sei es einem Marktbeherrscher nicht verwehrt, seine Preise an den Marktbedingungen auszurichten und dabei territoriale Unterschiede auszunutzen. Aber dies dürfe nur auf der Endverbraucherstufe gelten, auf der sich „das Spiel von Angebot und Nachfrage ... tatsächlich äußert“. Dieser Marktmechanismus werde aber beeinträchtigt, „wenn bei der Berechnung des Preises nicht das Gesetz von Angebot und Nachfrage zwischen Verkäufer (UBC) und Käufer (den Vertriebshändlern/Reifereien), sondern, eine Stufe des Marktes überspringend, das von Angebot und Nachfrage zwischen Verkäufer und Endverbraucher berücksichtigt“ werde¹⁹⁵. Dies liest sich zunächst wie eine Aufforderung, das „was der Markt hergibt“, der Handelsstufe zu überlassen, die überzogene Gewinne also bloß auf eine andere Stufe zu verlagern. Die weitere Argumentation des EuGH – und ebenso der Schlußantrag von GA Mayras¹⁹⁶ – legen jedoch ein integrationspolitisches Motiv für diese Argumentation nahe: Offenbar wollte der EuGH gewährleisten, daß zwischen den Vertriebshändlern der Arbitrage-Mechanismus in Gang kommen kann. Auch bei dieser Interpretation bleiben die Aussagen des EuGH wohl noch eine klare Antwort auf die Frage schuldig, ob der Mißbrauchsvorwurf allein an diskriminierende Preisunterschiede auf der Handelsstufe anknüpfen kann oder ob eine Diskriminierung erst im Zusammenhang mit Maßnahmen zur Marktabstottung zum Mißbrauch führt. Wenn man der zweiten – restriktiveren – Interpreta-

191 Fn. 169, 167.

192 Fn. 169, 13 ff.

193 Fn. 167, 247 ff., 251, 306.

194 Fn. 167, 307.

195 Fn. 167, 302.

196 Fn. 167, 341 f.

tion folgt oder diese Auffassung für allein tragfähig hält¹⁹⁷, bleibt noch weiter zu fragen, wie weit der Kreis der zu einer Marktabstottung führenden Maßnahmen zu ziehen ist. Eindeutig geklärt hat der EuGH jedoch, daß auch indirekte Behinderungen, die auf ein formelles Export- oder Importverbot verzichten, aber eine Marktabstottung herbeiführen, um dieser Wirkung willen mißbräuchlich sein können. Und überdies erscheint es auch, wenn man der restriktiven Interpretation des EuGH folgt, nur konsequent, auch die Preispolitik eines vertikal integrierten Unternehmens, das eine territorial unterschiedliche Preispolitik mit marktabschließenden Maßnahmen absichert, nach Art. 86 zu beurteilen¹⁹⁸.

Die Bedeutung des United Brands-Urteils für den Vertrieb von Captive Parts ist derzeit noch schwer absehbar. Fest steht, daß die Endabgabepreise für Captive Parts sich in der EG markant unterscheiden¹⁹⁹. Ob diese Unterschiede auf unterschiedliche Werksabgabepreise zurückzuführen sind, ob eventuelle Unterschiede auf Transportkosten oder auf unterschiedlichen Markterschließungskosten beruhen (und daher nicht diskriminierend sind), ob die in den Vertragshändlerverträgen vorgesehenen Vorausschätzungsrechte und Bestellmodalitäten den internationalen Handel verhindern oder ob einfach die Schwergängigkeit dieser Teile Handelsaktivitäten ausschließt – all dies läßt sich aufgrund des uns zugänglichen Materials nicht sicher beurteilen. Gewiß würde aber eine Verpflichtung, Captive Parts zu nicht-diskriminierenden Bedingungen weiterzuveräußern, auch die Chancen zum Ausgleich eines beträchtlichen innergemeinschaftlichen Preisgefälles erhöhen²⁰⁰.

197 Dafür insbes. Steindorff, a.a.O. (Fn. 91), 101 ff.

198 A.A. Deringer, *Ungelöste Fragen der Preisbildung im Gemeinsamen Markt*, RS Robert Fischer, 1979, 79 ff., 87. Deringers Interpretation stützt sich auf die Differenzierung von Handels- und Endverbraucherstufe; fehle es an einer eigenständigen Handelsstufe, so komme ein Mißbrauch nicht in Betracht.

199 Vgl. Angaben der Schweizerischen Kartellkommission, 160 f. sowie zu der Erhebung der Europäischen Versicherer oben Kap. 2, Anhang B.

200 Vgl. auch Kap. 6, 4.3.2.

ENTWICKLUNGSTENDENZEN BEI DER BEURTEILUNG VERTIKALER WETTBEWERBSBESCHRÄNKUNGEN IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND, IN GROSSBRITANNIEN, IN FRANKREICH UND IN DEN USA

Die folgenden Darstellungen der rechtlichen Beurteilung der Vertriebssysteme der Kraftfahrzeughersteller in einzelnen Rechtsordnungen stellt das für die selektiven Vertriebssysteme maßgebliche Recht nicht systematisch dar. Es geht vielmehr um eine Auswertung unmittelbar einschlägiger gerichtlicher und administrativer Entscheidungen, die sich auf die konkrete Bewertung von Vertriebspraktiken konzentriert. Diese Vorgehensweise, die sich aus den theoretischen und praktischen Erkenntniszielen dieser Studie rechtfertigt, ließ sich allerdings nicht konsequent durchhalten. Im Falle der Bundesrepublik Deutschland markiert die neueste Rechtsprechung des BGH den Stand der rechtlichen Beurteilung; hier lag deshalb eine Darstellungsweise der Entwicklungsschritte nahe, die zu dieser Rechtsprechung geführt haben. Im Falle Großbritanniens liegt der Bericht der Monopolies and Mergers Commission vor; hier konnten wir uns auf diesen Bericht konzentrieren und auf Hinweise zur Behandlung angrenzender Rechtsfragen des selektiven Vertriebs in aktuellen Verfahren beschränken. Im Falle Frankreichs dagegen waren wir zunächst zu einer systematischen Gesamtdarstellung gezwungen, konnten aber jetzt noch die Stellungnahme der Commission de la Concurrence berücksichtigen. Die USA nehmen eine Sonderstellung ein. Hier haben wir im Hinblick auf die Intensität der Grundlagendiskussion zu den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen und auf die neue Rechtsprechung des Supreme Court sowie die Haltung der derzeitigen Administration eine systematische Übersicht zu den Argumentationen der sog. New Economics gegeben, sodann aber auch am Beispiel aktueller Entscheidungen zu den Vertriebssystemen die Bedeutung der neuen Richtung relativiert.

1. Die Kontinuität der Beurteilung des Ersatzteilvertriebs durch die deutsche Rechtsprechung

1.1. Der Begriff „Original“-Ersatzteil und seine Anerkennung durch die deutsche Rechtsprechung

In Deutschland ist die langjährige Auseinandersetzung um selektive Vertriebsverbindungen im Kraftfahrzeugersatzteilsektor von der, die um den Begriff „Original“-Ersatzteil geführt wird, kaum zu trennen.

Der (deutsche) freie Ersatzteilgroßhandel sieht sowohl seine Marktposition als auch seine Marktchancen nicht nur durch selektive Vertriebssysteme der Auto-

mobilerhersteller, sondern auch dadurch, daß die Automobilhersteller, die von ihnen gelieferten Ersatzteile – ganz gleich, ob es sich um von ihnen selbst produzierte Ersatzteile oder um Zulieferteile handelt – als sog. „Original“-Ersatzteile bezeichnen, als gefährdet an.¹

Die Auseinandersetzung um den Begriff „Original“-Ersatzteil nahm in Deutschland bereits Ende der zwanziger Jahre ihren Ausgang als eine eigenständige Teileindustrie im Begriff war, sich zu einem gewichtigen Marktfaktor zu entwickeln². Um dem Wettbewerbsdruck des freien Ersatzteilhandels und der hinter ihm stehenden Teileindustrie entgegenzuwirken, prägte die Automobilindustrie den Begriff „Original“-Ersatzteil³. Dieser Begriff sollte zwar einerseits dem Zweck dienen, verstärkt auf die Herkunft des Ersatzteils hinzuweisen, um so etwaigen Verwechslungen mit anderen – nicht vom Automobilhersteller gelieferten Ersatzteilen – vorzubeugen, andererseits sollte aber auch die „Originalersatzteil-Strategie“ der Automobilhersteller dadurch, daß mit dem Begriff „Original“ zugleich Qualitätsassoziationen hervorgerufen werden, dem werbepsychologischen⁴ Ziel dienen, andere – nicht über die Automobilhersteller und ihre Vertriebssysteme in den Endverbrauchermarkt gelangte – Ersatzteile als „nicht-original“, als „nachgemacht“, mithin als qualitativ tieferstehend erscheinen zu lassen⁵.

1.1.1. Der „Feldmann“-Prozeß

Gegen diese von der „Originalersatzteil-Strategie“ ausgehenden Gefahren für ihr Ersatzteilgeschäft setzte sich der freie Handel zum ersten Mal 1935 rechtlich im sog. „Feldmann“-Prozeß vor dem Landgericht Berlin⁶ zur Wehr, der aufgrund dessen, daß die in ihm vorgetragenen Meinungen und Argumente im wesentlichen auch heute noch in der Auseinandersetzung um Bezugsbindungen im Kraftfahrzeugersatzteilsektor von hoher Aktualität zu sein scheinen, im folgenden dargestellt werden soll. Rechtlich ging es im wesentlichen im „Feldmann“-Prozeß darum, ob die Bezeichnung „Original-Opel-Ersatzteil“ das Kriterium einer irreführenden Angabe, insbesondere einer Herkunftstäuschung im Sinne des § 3 UWG erfüllt. Die klagende Firma Feldmann betrieb in den dreißiger Jahren einen

- 1 Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V./Interessengemeinschaft der Werksvertreter für Kfz-Teile e.V., 103.
- 2 Waibel, Warenzeichenrechtliche und wettbewerbsrechtliche Fragen des Ersatzteil-, Zubehör- und Reparaturgewerbes, 1977, 261; Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V./Interessengemeinschaft der Werksvertreter für Kfz-Teile e.V., 103; vgl. auch Kap. 2, 2.2.1.
- 3 Waibel, a.a.O. (Fn. 2), 261; Laleike, Struktur und Wettbewerbsprobleme der Kraftfahrzeug-Teile-Wirtschaft, 1965, 147.
- 4 Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V./Interessengemeinschaft der Werksvertreter für Kfz-Teile e.V., 103.
- 5 Waibel, a.a.O. (Fn. 2), 262; Bussmann, Warenzeichen, Originalersatzteile und Ausschließlichkeitsverträge, WuW 1953, 131, 134.
- 6 LG Berlin GRUR 1937, 159.

ausgedehnten Handel mit Kraftfahrzeuersatzteilen für verschiedene Fabrikate. Die von der Firma Feldmann beklagte Adam Opel AG bezeichnete die von ihr über die Vertragshändler und -werkstätten vertriebenen Ersatzteile als „Original-Opel-Ersatzteile“ und unterhielt zwecks Verkaufsförderung eine lebhaft und umfassende Werbetätigkeit. Die Adam Opel AG stellte u.a. folgende Werbebehauptungen auf:

- „Ihre persönliche Sicherheit verlangt bei Reparaturen den Einbau von Original-Opel-Ersatzteilen.
- Auch Sie werden stets nur den Einbau von Original-Opel-Ersatzteilen verlangen, denn nur Teile, die in den Opelwerken in komplettem Zustande den vorgeschriebenen Belastungsproben unterworfen wurden, bieten ihnen Gewähr für absolute Sicherheit.
- Nur Original-Opel-Teile bieten Gewähr für bestgeeignetes Material.
- Original-Opel-Ersatzteile entsprechen den Erfahrungen des größten automobiltechnischen Versuchsfeldes der Welt.
- Original-Opel-Ersatzteile verbürgen Qualität und Präzision.
- Nur im Werk geprüfte Teile sind Original-Opel-Teile.
- Original-Opel-Teile sind zuverlässig, billig und unbedingt maßhaltig.
- Original-Opel-Teile vereinfachen und verbilligen Reparaturen“.⁷

Die Klägerin Feldmann fühlte sich durch die Bezeichnung „Original-Opel-Ersatzteile“ in ihren Rechten verletzt, soweit die Adam Opel AG diese Bezeichnung auch für Zulieferteile benutzte. Die Firma Feldmann vertrat im Verfahren vor dem Landgericht Berlin die Auffassung, daß die Bezeichnung „Original-Opel“ bedeuten würde, daß die Erzeugnisse aus den Opel-Werken stammten und sich somit nach Herkunftsort, Beschaffenheit und Qualität von allen übrigen Ersatzteilen unterschieden. Diese Auslegung folge zudem zwangsläufig aus den Werbemaßnahmen der beklagten Adam Opel AG, die ihre Ersatzteile als „echt“ anpreise, die übrigen aber als „minderwertige Nachahmungen“ bezeichne. Die Verwendung der Bezeichnung „Original“ für die sog. Fremd- oder Zulieferteile führe die Verbraucher irre und sei schlechthin unzulässig. Auch die stichprobenhafte Eingangskontrolle mache die Fremdteile nicht zu sog. „Original-Opel-Ersatzteilen“, denn diese Art Eingangskontrolle, die sich nur auf die Prüfung weniger Teile erstreckte, gewährleiste keinerlei Garantie für eine besondere Güte oder Paßform der Ersatzteile. Da sie, die Firma Feldmann, Ersatzteile von den gleichen Teile-Herstellern wie die Adam Opel AG beziehe, sei es ein Unding, daß die gleichen Teile dann in den Händen der Adam Opel AG „Original“, bei der Klägerin aber „nachgeahmte“ Teile sein sollten. Die beklagte Adam Opel AG vertrat demgegenüber die Auffassung, daß es unerheblich sei, ob sie die Stücke selbst herstelle oder von Zulieferanten erhalte⁸. Auch sei eine Irreführung der Verbraucher ausgeschlossen, da jeder Kraftfahrer ohne weiteres wisse, daß viele Teile des Kraftwagens erkennbar von dritten Werken stammten

⁷ LG Berlin, a.a.O. (Fn. 6), 159.

⁸ LG Berlin, a.a.O. (Fn. 6), 160.

(Bosch, Solex, Continental u.a.). Die Bezeichnung als „Original-Ersatzteile“ habe gerade bei den sog. Fremtteilen erhebliche wirtschaftliche Bedeutung, denn die Adam Opel AG habe ein Lebensinteresse daran, jeden Kunden als Käufer eines weiteren Wagens zu behalten. Sie könne, so die Adam Opel AG weiter, ihren Ruf nicht durch minderwertige Ersatzteile aufs Spiel setzen. Ihr Name biete daher Gewähr dafür, daß die von ihr gelieferten Teile nach Paßform und Material erstklassig seien. Demgegenüber sei die Firma Feldmann eine reine Ersatzteilhändlerfirma und habe daher nicht die Rücksichten auf den Endverbraucher zu nehmen, welche die Adam Opel AG zu beachten habe. Darüberhinaus unterwerfe sie alle Teile, die sie selbst herstelle oder von dritter Seite für Neuwagen oder für das Ersatzteillager beziehe, gleichmäßig genauesten und schärfsten Kontrollen, da sich auch bei den zuverlässigsten Teilelieferanten ein nicht unerheblicher Prozentsatz von Ausschuß ergeben könne, der den Anforderungen der Adam Opel AG nicht genüge und daher dem Lieferanten wieder zur Verfügung gestellt werden müsse.⁹

Das LG Berlin ist dem Vortrag der Adam Opel AG weitgehend gefolgt¹⁰ und hat in seinen Entscheidungsgründen ausgeführt, daß die Bezeichnung „Original-Opel-Ersatzteil“ nicht eine vorbehaltlose Eigenherstellung erfordere. Jedoch dürfe sich die Adam Opel AG nicht damit begnügen, ihren Namen formell für Erzeugnisse herzugeben, die mit ihren eigenen Werken sonst nichts zu tun hätten. Durch die Bezeichnung „Original-Opel-Ersatzteil“ werde der Endverbraucher nicht getäuscht, da es nicht darauf ankomme, was sich der völlig unkundige Durchschnittsmensch unter „Original-Ersatzteilen“ vorstelle, sondern weil es auf den durchschnittlichen Abnehmer ankomme. Die Zeiten aber, so das Landgericht Berlin weiter, in denen der Automobilfahrer bei einer Panne hilflos vor einer ihm geheimnisvollen Maschinerie stand, seien seit langem vorbei. Das wachsende technische Verständnis weitester Kreise mit der zielbewußten Aufklärungsarbeit der Kraftwagenfabriken hätten selbst den Erstkäufer eines Automobils oder Motorrades mit den Einzelteilen einer Maschine von vornherein hinreichend vertraut gemacht. Über den langjährigen Kraftfahrer, der heute die meisten kleineren Reparaturen selbständig erledigte, sei in dieser Richtung kein Wort zu verlieren. Beide wüßten, daß ihr Fahrzeug eine große Anzahl von Teilen enthalte, die die Automobilfabrik von dritter Seite, d.h. von Zulieferanten, beziehe. Sie alle hätten auf der elektrischen Ausrüstung „Bosch“, auf den Reifen „Continental“, auf dem Vergaser „Solex“, auf den Kugellagern „F.&S.“ u.a. gelesen. Jede Fachzeitschrift und jedes Automobilhandbuch verdeutliche dem Verbraucher, daß es besondere Spezialfabriken für Brems- und Kupplungsbeläge, Kolbenringe, Zahnräder, Schrauben und andere Kleinteile gäbe. Kein Verbraucher werde glauben, daß der Automobilhersteller mit unkaufmännischem Altruismus bei diesen

9 LG Berlin, a.a.O. (Fn. 6), 161; ebenso heute noch die Volkswagenwerk AG, Interview vom 26. Aug. 1983.

10 LG Berlin, a.a.O. (Fn. 6), 161.

Fremdteilen ganz außergewöhnliche Maßnahmen trafe. Für den Verbraucher bedeute daher der Bezug von „Original-Ersatzteilen“ nur die Gewißheit,

- „a) nach Maßen und Werkstoff diejenigen Teile zu erhalten, welche auch ursprünglich in ihr Fahrzeug eingebaut waren,
- b) bei den Ersatzteilen wie bei den Neuteilen mit einer gewissen Qualitätsauslese und laufenden Kontrollen rechnen zu können, soweit beide durch das Eigeninteresse der Beklagten, ihre Erzeugnisse konkurrenzfähig zu halten und den Lieferwerken nicht gutes Geld für schlechte Ware zu zahlen, bedingt ist.“¹¹

Danach sei, so das LG Berlin in seiner Urteilsbegründung weiter, die Bezeichnung „Original-Ersatzteile“ dann gerechtfertigt, wenn Neu- und Ersatzteile in keiner Weise unterschiedlich behandelt werden würden und beide den üblichen Werksabnahmeprüfungen unterlägen. Bei der Eingangskontrolle für Zulieferteile sei als Maßstab die beim Handelskauf geltende Untersuchungs- und Rügepflicht gem. § 377 HGB zugrunde zu legen. Danach kann es dem Käufer (hier: der Automobilhersteller) nicht immer zugemutet werden, die Ware in allen ihren einzelnen Bestandteilen zu untersuchen, da dieses Verfahren oftmals zu kostspielig sei. Es reiche daher aus, wenn bei umfangreichen Warensendungen gleicher Ersatzteile nur einzelne Stücke untersucht werden würden¹². Auf die Verhältnisse der Adam Opel AG übertragen ergäbe sich folgendes: „Die Opel-Werke sind eine der ältesten Automobilfabriken. Ihnen steht eine Fülle langjähriger Erfahrungen zur Seite. Diese setzen sie instand, ihre Lieferungen mit größtmöglicher Umsicht auszusuchen. Bei den gewählten Werken spricht daher eine hohe Wahrscheinlichkeit für absolute und dauernde Zuverlässigkeit. Der Weltruf z.B. der Firma „Bosch“ und der „F. & S.“-Kugellagerfabriken spricht schon für sich selbst. Bei den der Beklagten gelieferten Waren handelt es sich ausnahmslos um Serienfabrikate von gleichmäßiger Beschaffenheit. Die Beklagte kann sich daher bei allen Lieferungen durchaus auf Stichproben beschränken. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme gehen ihre Maßnahmen weit über diese Mindestanforderungen hinaus“¹³.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß nach diesem Urteil des LG Berlin der Zusatz „Original-...“ zur Marke des jeweiligen Kraftfahrzeugsatzteils eigentlich

11 LG Berlin, a.a.O. (Fn. 6), 162.

12 LG Berlin, a.a.O. (Fn. 6), 162.

13 LG Berlin, a.a.O. (Fn. 6), 162; auch anlässlich einer Besichtigung des Zentralen Ersatzteillagers der Volkswagenwerk AG in Kassel vom 26. Aug. 1983 konnten sich die Verfasser dieser Studie davon überzeugen, daß die Prüfungen durch die VW-Eingangskontrolle tatsächlich über die Mindestanforderungen der beim Handelskauf geltenden Untersuchungs- und Rügepflicht, § 377 HGB, hinausgehen. Ähnliches dürfte heute auch für die Eingangskontrollen der meisten übrigen Automobilhersteller gelten.

nur die Funktion der Kenntlichmachung einer Art Gewährübernahme in puncto Qualität und Güte des jeweiligen Ersatzteils durch den Automobilhersteller erfüllt. Diese Interpretation wird von Bussmann¹⁴ kritisiert, denn dem Wort „Original“ komme, so Bussmann, nicht nur die Bedeutung einer Ursprungsangabe zu, sondern es stelle gleichzeitig einen Hinweis auf etwas Besonderes, Eigentümliches dar. Es behaupte eine Vorzugsstellung des Betriebes gegenüber fremden Erzeugern. Der Verbraucher werde in „Original“ nicht nur den Ursprung, sondern darüberhinaus auch die Art der Verarbeitung einer Ware zu erkennen glauben. Er werde also getäuscht, wenn mit dieser Bezeichnung auch Teile gekennzeichnet würden, die in einem fremden Betrieb hergestellt worden seien. Der Verkehr vertraue beim Lesen des Wortes „Original“ auf die unmittelbare Herstellung der so bezeichneten Ersatz- und Zubehörteile in der Automobilfabrik selbst. Er könne und werde nicht annehmen, daß einmal diese Gegenstände von einem dritten Hersteller kommen und zum anderen die gleichen Artikel in gleicher Form und Herstellungsweise ohne Kennzeichnung mit „Original-Ersatzteile“ von den Spezial-Ersatzteileherstellern über den Großhandel an den Verbraucher abgesetzt werden. Infolgedessen müsse – so Bussmann – die Bezeichnung „Original-Ersatzteile“ immer dann unterbleiben, wenn die gleichen Gegenstände aus der gleichen Herstellungsstätte von den Spezialherstellern unmittelbar auch an Großhändler abgesetzt werden.¹⁵

Wenngleich Bussmann wohl darin zugestimmt werden kann, daß die Bezeichnung „Original“ das Produkt als etwas Besonderes oder Eigentümliches darstelle, so kann nicht ohne weiteres seiner Auffassung, daß der Verkehr beim Lesen des Wortes „Original“ auf die unmittelbare Herstellung der so bezeichneten Ersatz- und Zubehörteile im Automobilherstellerwerk selbst vertraue, gefolgt werden, da diese Auffassung sich nicht auf tatsächliche Feststellungen oder Erhebungen stützt, sondern die Bedeutung, die der Bezeichnung „Original“ nach der Verkehrsauffassung innewohnen soll, lediglich unterstellt wird. Die gleiche Kritik muß aber allerdings auch dem oben näher dargestellten Urteil des LG Berlin gegenüber geltend gemacht werden. Auch die in diesem Urteil dargestellte Verkehrsauffassung fußt nicht auf tatsächlichen Erhebungen, sondern findet ihre Grundlage lediglich „in der Sachkunde und Lebenserfahrung“ der erkennenden Richter. So wird denn auch von Waibel¹⁶ die Begründung des LG Berlin in Bezug auf die Allgemeinbekanntheit der Tatsache, daß die Automobilhersteller, die die von ihnen für die Erstausrüstung des Fahrzeugs und für den Ersatzteilvertrieb benötigten Kraftfahrzeugteile nur zum Teil selbst produzieren, im übrigen aber von spezialisierten Teileproduzenten beziehen, kritisiert. Das LG Berlin habe,

14 Bussmann, a.a.O. (Fn. 5), 134; a.A. Hagenauer, Die Bedeutung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für die Absatzorganisation der Automobilindustrie, 1963, 112.

15 Bussmann, a.a.O. (Fn. 5), 134; ähnlich Trüstedt, Original-Ersatzteile?, GRUR 1936, 85, 87.

16 Waibel, a.a.O. (Fn. 2), 268.

so Waibel, in seiner Betrachtung sich in erster Linie auf Teile berufen, die seit jeher von spezialisierten Teileproduzenten hergestellt und geliefert worden seien, wie z.B. elektrische Aggregate, Reifen, Batterien und Lampen. Über die Herkunft dieser Teile dürften zwar richtigerweise beim Verbraucher kaum Zweifel bestehen, doch gelte für die meisten anderen Ersatzteile etwas anderes. Sie stammten überwiegend von dem Verbraucher unbekannten Zulieferanten, die zudem die von ihnen gefertigten Ersatzteile völlig anonym, d.h. ohne eigenes Markenzeichen des Teileherstellers, an den Automobilhersteller geliefert und dann durch diesen an den Endverbraucher weitergeleitet würden. Bei völlig anonymen Teilen sei es daher nicht selbstverständlich, daß der Verbraucher überhaupt von der Möglichkeit der Fremdherstellung ausgehe: „Wenn Vergaser, Batterien und Reifen bekanntermaßen von Zulieferfirmen hergestellt werden, so muß nicht daraus gefolgert werden, daß dies auch für Dichtungen, Kolbenringe oder Bolzen gilt. Es ist immerhin möglich, daß viele Verbraucher den umgekehrten Schluß ziehen und meinen, daß solche Teile gerade im Originalwerk eigengefertigt werden ...“¹⁷

In einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 28. Januar 1939¹⁸ wird der Begriff „Original“-Ersatzteil höchststrichtrichterlich ohne nähere Ausführungen anerkannt bzw. nicht infrage gestellt: „Die Kraftfahrzeugfabriken nennen die Kraftfahrzeugteile, die sie selbst abgeben, gleichviel ob sie von ihnen selbst hergestellt oder von Spezialfabriken bezogen sind, Original-Ersatzteile, während die Ersatzteile, die durch den Großhandel vertrieben werden 'nicht originale Ersatzteile' genannt werden, mögen sie auch von denselben Spezialfabriken hergestellt sein, die auch den Bedarf der Kraftfahrzeugfabriken decken“¹⁹.

1.1.2. Der Rechtsstreit „Maaßen/DKW“

Auch in der Nachkriegszeit ist in Fortführung der dargestellten Rechtsprechung des Landgerichts Berlin und des Reichsgerichts – unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diese Rechtsprechung – der Begriff „Original“-Ersatzteil höchststrichtrichterlich vom Bundesgerichtshof im Rechtsstreit „Maaßen/DKW“ mit Urteil vom 16. Okt. 1962 anerkannt worden.²⁰

Ähnlich wie im Rechtsstreit vor dem LG Berlin im Jahre 1935 trug auch hier die klagende Kraftfahrzeugsersatzteillgroßhandlungsfirma Maaßen vor, daß die beklagte Auto Union GmbH, die Herstellerin von „DKW“-Personenkraftfahrzeugen, die von ihr vertriebenen Zulieferteile *irreführend* als „Original-DKW-Ersatzteile“ bzw. „Original-Auto-Union-Ersatzteile“ bezeichne, da der Verkehr (Verbraucher) von „Original“-Ersatzteilen erwarte, daß sie entweder im Betrieb des Auto-

17 Waibel, a.a.O. (Fn. 2), 269.

18 RG GRUR 1939, 572.

19 RG, a.a.O. (Fn. 18), 572.

20 BGH GRUR 1963, 142.

mobobilherstellers selbst oder von Dritten im Auftrag und unter ständiger Kontrolle des Automobilherstellers angefertigt worden seien.²¹ Demgegenüber trug die beklagte Auto Union GmbH vor, daß, soweit sie Ersatzteile von Zulieferern herstellen lasse, dieses nach ihren genauen Anordnungen und Angaben geschehe. Sie lasse diese Erzeugnisse ferner in ihrem Werk in einem für Massengüter sinnvollen, mehr oder weniger großen Umfang prüfen. Hiernach sei es keine Irreführung, wenn sie auch die von ihren Zulieferanten stammenden Ersatzteile als „Original“-Ersatzteile in den Verkehr bringe, zumal dem Verkehr bekannt sei, daß die Automobilfabrikation sich einer breiten Zulieferindustrie bediene.²² Der BGH hat als Revisionsgericht das klageabweisende Urteil des Berufungsgerichts (OLG Düsseldorf) bestätigt, das in seinen Entscheidungsgründen darlegte, daß der Verkehr unter „Original“ eine Angabe über die Herkunft der Ware, verbunden mit der Vorstellung einer bestimmten Qualität verstehe. Diese Bezeichnung grenze, so das OLG, die Ware gegenüber ähnlichen Erzeugnissen ab, die nicht aus der gleichen Quelle stammten und nicht die gleichen Qualitätsmerkmale wie das Original aufwiesen. Nun wisse aber der Kraftfahrzeugbesitzer, auf dessen Auffassung es hier ankomme, daß viele Fahrzeugteile von Spezialherstellern und Unt Zulieferanten hergestellt würden. Mit solchen Zulieferanten rechne der Verkehr (Verbraucher); er wolle sie nur von der Autofabrik kontrolliert wissen. Es komme dem Verbraucher nicht ausschlaggebend darauf an, ob die Fahrzeugfabrik die Pläne zu diesen Teilen geliefert oder nachträglich jedes Stück kontrolliert oder sich auf Stichproben beschränkt habe, sondern darauf, daß die Fabrik den Teilehersteller als für ihren Ruf gut ansehe; er erwarte zwar eine Kontrolle der Fabrik, aber keine bestimmte und keine andere Kontrolle als bei den Teilen der Erstausstattung.²³ Der BGH fand in dieser Auffassung des Berufungsgerichts keinen Rechtsverstoß, sondern stützte auf den Umstand, daß bereits das LG Berlin in seiner vom Berufungsgericht an anderer Stelle erwähnten rechtskräftig gewordenen Entscheidung aus dem Jahre 1935 für Opel-Ersatzteile die Bezeichnung „Original“-Ersatzteile auch für nur stichprobenweise in der Autofabrik geprüfte zugelieferte Erzeugnisse zugelassen hatte und spätere gerichtliche Auseinandersetzungen über diese Bezeichnungsweise nicht mehr stattgefunden hatten, einen nach der Lebenserfahrung naheliegenden Schluß, daß sich die Bezeichnung „Originalteil“ mit der vom Berufungsgericht angenommenen Bedeutung durchgesetzt habe.²⁴

Auch diese Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des BGH sind jedenfalls insoweit zu kritisieren, als sie an die Stelle tatsächlicher Erhebungen über die Verkehrsauffassung lediglich die eigene richterliche Sachkunde setzten und die

21 BGH, a.a.O. (Fn. 20), 142.

22 BGH, a.a.O. (Fn. 20), 143.

23 OLG Düsseldorf BB 1962, 200; BGH, a.a.O. (Fn. 20), 144.

24 BGH, a.a.O. (Fn. 20), 146.

hieraus resultierenden Schlußfolgerungen dadurch bestätigt sehen, daß frühere – z.T. Jahrzehnte zurückliegende – Entscheidungen, deren „Tatsachenfeststellungen“ gleichfalls nur auf tatrichterlicher Sachkunde fußten, zu gleichen Ergebnissen kamen. Waibel²⁵ zieht hieraus zu Recht den Schluß, daß die maßgebende Verkehrsauffassung zu dem Begriff „Original“-Ersatzteile nicht durch die übereinstimmende Rechtsprechung als festgelegt gelten kann, aber auch nicht durch eigene Mutmaßungen ersetzt werden sollte²⁶. – Mangels einer zuverlässigen Feststellung der maßgebenden Verkehrsauffassung könne daher auch nicht, so Waibel, von einer generellen Zulässigkeit des Begriffs „Original“-Ersatzteile für fremdfertigte Ersatzteile i.S.d. UWG ausgegangen werden²⁷.

1.1.3. Die „Ölfilter“-Entscheidung des BGH

Ihren (vorläufigen) Abschluß fand die Rechtsprechung zu der Frage, ob Automobilhersteller Ersatzteile, die nicht aus eigener Produktion, sondern von Zulieferanten stammen, als „Original“-Ersatzteile kennzeichnen dürfen, ohne damit gegen §§ 1, 3 UWG zu verstoßen, mit der sogenannten „Ölfilter“-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10. Nov. 1965²⁸. Die Klägerin in diesem Prozeß stellte verschiedene Arten von Ölfiltern für Kraftfahrzeuge her. Darunter befand sich auch ein Filter, das für Kraftfahrzeuge vom Typ „NSU-PRINZ“ verwendbar war. Die Beklagte, die den „NSU-PRINZ“ baute, rüstete diesen Wagen serienmäßig mit einem Ölfilter aus, das sie von dem Filterwerk M. & H. bezog. Das gleiche Filter bot sie auch im Ersatzteilgeschäft als „Original-NSU-Ölfilter“ an. Das Filterwerk M. & H. lieferte das gleiche Ölfilter auch an andere Kraftfahrzeughersteller. Die Klägerin vertrat die Ansicht, daß die Bezeichnung „Original-NSU-Ölfilter“ irreführend sei, weil entgegen den Vorstellungen des Verkehrs (der Verbraucher) das Filter nicht ausschließlich in Fahrzeugen der Beklagten Verwendung finde. Der BGH ist dieser Ansicht der Beklagten nicht gefolgt, sondern hat das die Klage abweisende Urteil des Berufungsgerichts bestätigt. Danach erwartet der Kraftfahrzeugbesitzer gerade nicht, ein „Original“-Ersatzteil werde ausschließlich von der Kraftfahrzeugfabrik verwendet, die es als solches ankündigt, sondern daß er vielmehr darauf Wert legt, ein gleiches Teil wie das entsprechende zur Erstausrüstung gehörende Teil zu erhalten, wobei er mit einer irgendwie gearteten Zusammenarbeit zwischen Kraftfahrzeug- und Ersatzteilersteller und mit einer Kontrolle durch den Automobilhersteller rechnet, die zur Folge hat, daß der Automobilhersteller die zugelieferten Teile als für seinen Ruf gut ansieht und für deren Tauglichkeit einsteht. Die Annahme, das jeweilige Teil sei nur für Wagen der anbietenden Kraftfahrzeugfabrik geeignet, im übrigen aber für alle sonstigen Fahrzeuge nicht brauchbar, sei mit dieser Vorstellung nicht ver-

²⁵ Waibel, a.a.O. (Fn. 2), 271.

²⁶ Waibel, a.a.O. (Fn. 2), 270.

²⁷ Waibel, a.a.O. (Fn. 2), 271.

²⁸ BGH GRUR 1966, 211.

bunden. Die Vorschrift des § 3 UWG soll nach dem Urteil des Bundesgerichtshofes auf die Bezeichnung „Original-NSU-Ölfilter“ aber auch dann nicht anwendbar sein, wenn ein nicht unbeachtlicher Teil der NSU-Fahrzeugbesitzer allein schon aus dieser Bezeichnung schließen sollte, das Filter sei nur für NSU-Wagen verwendbar, da das Berufungsgericht ausdrücklich festgestellt habe, daß es einem Fahrzeugbesitzer gleichgültig sei, ob das von einer Kraftfahrzeugfabrik als „Original-Ersatzteil“ angebotene Teil auch in anderen Wagentypen eingebaut werde. Damit stehe zugleich fest, daß der Fahrzeugbesitzer die ausschließliche Verwendbarkeit eines Ersatzteils für eine bestimmte Type zumindest im Regelfall nicht als besonderen Vorteil werte. Auch sei nach der Lebenserfahrung nicht ersichtlich, inwiefern ein Fahrzeugbesitzer den Vorzug bei einem für seinen Wagen angebotenen Ölfilter gerade in dem negativen Umstand erblicken könnte, daß das Filter für Kraftwagen anderer Kraftfahrzeugfabriken nicht brauchbar ist. Das Angebot eines „Original-Filters“ könne dem Fahrzeugbesitzer verständigerweise nur deshalb besonders günstig erscheinen, weil es ihm die Gewißheit gäbe, daß das Filter wegen seiner Übereinstimmung mit dem gleichen Teil der Erstausrüstung den Anforderungen seines Fahrzeugs am besten gerecht werde und daß ihm die Kraftfahrzeugfabrik hierfür selbst Gewähr böte. Diese Gewißheit werde auch nicht dadurch beeinträchtigt, daß das Filter die gleiche Aufgabe auch noch bei Fahrzeugen anderer Hersteller zu erfüllen vermöge. Es wäre sogar denkbar, daß die Verwendung des gleichen Teils durch andere Hersteller als wertsteigernd betrachtet werden könnte, weil sie erkennen ließe, das dem Teil über seine Tauglichkeit für eine bestimmte Wagentype hinaus allgemein eine gute Beschaffenheit zuerkannt werde.

Entgegen dem BGH ist aber auch die gegenteilige Schlußfolgerung, daß nämlich der Verbraucher nur bereit ist, ein „Original-NSU-Filter“ wegen seiner (vermeintlichen) Originalität zu erstehen, denkbar. Das würde insbesondere dann der Fall sein, wenn das „Original-Filter“ preislich höher liegen sollte als Identteile oder gleichwertige Nachbau-Ölfilter. Auch diese weitere Entscheidung des BGH ist aufgrunddessen, daß sie sich lediglich auf die eigene Sachkunde und Lebenserfahrung des Gerichts bei der Tatsachenfeststellung stützt, zu kritisieren. Sie wird gleich wie die anderen Entscheidungen der wirtschaftlichen Bedeutung des Ersatzteilgeschäfts nicht gerecht. Sie hat denn auch in hohem Maße – gleich wie die vorangegangenen Entscheidungen – zu dem Wettbewerbsvorsprung der Original-Hersteller im Ersatzteilgeschäft beigetragen und die Abschottung des Marktes für „Original“-Ersatzteile gegenüber dem freien Markt als Ganzes begünstigt²⁹.

29 Waibel, a.a.O. (Fn. 2), 298.

1.2. Die kartellrechtliche Beurteilung von Ausschließlichkeitsbindungen beim Ersatzteilbezug

1.2.1. Zur rechtlichen Entwicklung vor 1945.

Bereits im sogenannten „Feldmann“-Prozeß vor dem LG Berlin³⁰ ist – über die rechtliche Zulässigkeit der Verwendung des Begriffes „Original“-Ersatzteile hinaus – auch über die Zulässigkeit von Ausschließlichkeitsbindungen im Ersatzteilbezug positiv entschieden worden³¹.

Da die Teileindustrie und der freie Kraftfahrzeuersatzteilgroßhandel sich nicht mithilfe gerichtlicher Auseinandersetzungen gegen die durch ein Geflecht von Verträgen zwischen Automobilherstellern und ihren jeweiligen Vertragshändlern gesicherte Vormachtstellung der Automobilproduzenten behaupten konnten, wandten sich ihre Verbände – der Reichsverband der Kraftfahrzeugteile-Industrie e.V. (RKI) und der Reichsverband des Kraftfahrzeugteile-Großhandels e.V. (RKG) Mitte 1935 an den Reichskommissar für Preisüberwachung und an den Reichswirtschaftsminister. Ihr Bestreben war, durch Interventionen staatlicher Stellen ihren Mitgliedern – trotz der (gerichtlich gebilligten) Ausschließlichkeitsbindungen im Ersatzteilbezug – die Möglichkeit zu verschaffen, (schnell-)gängige Ersatzteile an die Vertragshändler und -werkstätten der Automobilproduzenten zu liefern. Auf die Herstellung weniger dem Verschleiß unterworfenen Teile, die in entsprechend geringen Mengen benötigt wurden, legte man allerdings keinen Wert und wollte sie weiterhin der Automobilindustrie überlassen, da sie, so die Ansicht der o.g. Verbände, zur serienmäßigen kostengünstigen Herstellung nicht geeignet seien³². Die Kraftfahrzeugindustrie rechtfertigte ihre Ausschließlichkeitsbindungen mit nahezu den gleichen Argumenten, die z.T. schon im „Feldmann“-Prozeß angeführt worden sind, aber insbesondere in der heutigen Diskussion um Ausschließlichkeitsbindungen vorgetragen werden. Im wesentlichen trug sie vor, daß im Mittelpunkt ihrer Bemühungen ein einwandfreier Kundendienst stünde, der nur durch die ausschließliche Verwendung von vom Werk geprägten sog. „Original“-Ersatzteilen, durch eine Zusammenarbeit zwischen Herstellerwerken und den jeweiligen Vertragshändlern und durch Verpflichtungen der Vertragshändler, auch weniger gängige Teile vorrätig zu halten, zu verwirklichen sei. Durch die Konzentration des Ersatzteilbezuges der Vertragshändler bzw. -werkstätten werde zudem noch eine Mischkalkulation zugunsten weniger gängiger Teile ermöglicht³³. Infolge der Initiative der Kfz-Teileindustrie und des freien Großhandels beauftragte das Reichswirtschaftsministerium den

30 LG Berlin, a.a.O. (Fn. 6).

31 Insoweit nicht veröffentlicht, vgl. Hagenauer, a.a.O. (Fn. 14), 135, Fn. 307.

32 Berthmann, Der Ersatzteilstreit in der Kraftfahrzeugindustrie, Kartell-Rundschau 10/1936, 683, 686.

33 Berthmann, a.a.O. (Fn. 32), 687; vgl. auch zur heutigen Diskussion oben Kap. 2.4.2.1. bei Fn. 197.

Reichsverband der Automobilindustrie e.V. (RDA) als gemeinsamen Verband der Kraftfahrzeug- und Kraftfahrzeugteileindustrie mit der Führung von Verhandlungen zwischen den beteiligten Parteien³⁴. Da diese kein Verhandlungsergebnis erzielen konnten, erließ der Reichswirtschaftsminister in einem Schreiben vom 3. März 1936 an den Reichsverband der Automobilindustrie e.V. (II Pr. 3938/36) folgende Anordnung (Auszug):

„Auf Grund des Ergebnisses der inzwischen geführten Verhandlungen halte ich das in meinem Schreiben vom 9. 10. - II Pr. 22793/35 – ausgesprochene Verbot an die Automobilfabriken aufrecht, Vertragsgegnern die Verpflichtung aufzuerlegen, daß sie Ersatzteile für Wagen einer Fabrik ausschließlich von dieser Fabrik oder ihren Vertretern beziehen. Ich erweitere dieses Verbot auf Verträge mit Kraftfahrzeug-Händlern und -Vertretern mit Ausnahme derjenigen, die an Wiederverkäufer liefern. Ich bitte, Ihre Mitglieder zu ersuchen, daß sie auch bei den bereits abgeschlossenen Verträgen auf die Geltendmachung der sich aus der Ausschließlichkeitsklausel ergebenden Rechte in dem bezeichneten Umfange ihren Vertragsgegnern gegenüber verzichten.

Ich habe keine Einwendungen dagegen zu erheben, wenn Ihre Mitglieder Handwerkern und Händlern die Verpflichtung auferlegen, daß sie ihren Kunden die Verwendung von Ersatzteilen, die nicht durch die Hersteller des Wagens vertrieben worden sind, kenntlich zu machen haben. Ich würde auch bereit sein, die Ausschließlichkeitsklausel zuzulassen, wenn ihr Geltungsbereich auf gewisse, aus technischen Gründen besonders zu behandelnde Einzelteile beschränkt werden kann. Die von Ihren Mitgliedern bereits zugestandene Herausnahme aller Zubehörteile halte ich jedoch nicht für ausreichend. Ich stelle anheim, mir entsprechende Vorschläge zu machen“³⁵.

Berthmann führt diese Anordnung des Reichswirtschaftsministers auf vorwiegend preispolitische Erwägungen zurück³⁶, während v. Brunn – wohl richtigerweise – mittelstandspolitische Erwägungen der damaligen Regierung im Vordergrund sieht³⁷.

1.2.2. Ausschließlichkeitsbindungen unter den besatzungsrechtlichen Kartellbestimmungen

Die im Februar 1947 erlassenen besatzungsrechtlichen Kartellbestimmungen hoben die bis dahin noch geltenden deutschen Kartellvorschriften – und somit auch die Anordnung des Reichswirtschaftsministers vom 3. März 1936 – auf, so daß die Automobilhersteller wieder versuchten dazu überzugehen, ihren Vertragshändlern und -werkstätten Ausschließlichkeitsbindungen beim Ersatzteilbezug aufzuerlegen³⁸. Infolge der Neu-Etablierung von Ausschließlichkeitsbin-

34 Laleike, a.a.O. (Fn. 3), 148.

35 Zitiert aus Berthmann, a.a.O. (Fn. 32), 688.

36 Berthmann, a.a.O. (Fn. 32), 689.

37 v. Brunn, Wettbewerbsprobleme der Automobilindustrie, 1979, 74.

38 Hagenauer, a.a.O. (Fn. 14), 135; vgl. näher zur Frage der Zulässigkeit von Ausschließ-

dungen kam es zu erneuten Auseinandersetzungen zwischen dem freien Großhandel und der Automobilindustrie. Der bekannteste Prozeß dieser Zeit war der des Verbands der Kraftfahrzeuersatzteile- und Zubehörgrößhändler gegen eine Generalvertretung der Volkswagenwerk AG vor dem Landgericht Düsseldorf auf der Grundlage alliierter Dekartellierungsvorschriften – insbesondere der VO Nr. 78 für die britische Zone³⁹ – geführte Rechtsstreit⁴⁰, der allerdings nicht rechtskräftig wurde aufgrunddessen, daß sich die Parteien in der Berufungsinstanz verglichen. In diesem Vergleich kamen die Parteien überein, daß die Ausschließlichkeitsbindung nur noch für Eigenkonstruktionsteile und für die Zulieferteile, die von besonderer Wichtigkeit für die Verkehrs- und Betriebssicherheit des Volkswagens sind, gelten solle⁴¹.

1.2.3. Zur rechtlichen Entwicklung unter der Geltung des GWB

1.2.3.1. Die Anerkennung der Ersatzteil-Ausschließlichkeitsbindungen durch die „Maaßen/DKW“-Entscheidung des BGH

Nach der Ablösung der alliierten Dekartellierungsgesetze durch die Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Jahre 1957, wurde der Streit um die Zulässigkeit von Ausschließlichkeitsbindungen beim Kraftfahrzeuersatzteilbezug aufs Neue entfacht und fand seinen ersten Höhepunkt seit der Einführung des GWB in dem schon oben erwähnten Rechtsstreit „Maaßen/DKW“⁴². Das OLG Düsseldorf als Berufungsgericht hatte in diesem Rechtsstreit die Ausschließlichkeitsbindungen beim Ersatzteilbezug, die die Kraftfahrzeuge herstellende Auto Union GmbH ihren Vertragshändlern und -werkstätten auferlegte, nur zum Teil gebilligt, und zwar nur insoweit sie sich auf Teile, die durch gewerbliche Schutzrechte geschützt waren oder für die Leistungsfähigkeit, die Fahr- und die Verkehrssicherheit des Kraftfahrzeuges wesentlich waren, bezogen⁴³. In den Ausschließlichkeitsbindungen, die andere als die genannten Teile betrafen, sah es einen Verstoß gegen § 26 I und II GWB. Nach § 26 I darf ein Unternehmen nicht ein anderes Unternehmen in der Absicht, bestimmte Wettbewerber unbillig zu beeinträchtigen, zu Bezugssperren veranlassen. Darüberhinaus durfte nach der damaligen Fassung des § 26 II GWB ein marktbeherrschendes Unternehmen oder ein Unternehmen, das seine Preise nach § 16 GWB alter Fassung (!) band (Anmerkung: Preisbindungen sind nach der heute geltenden Fassung des § 16 GWB nur für bestimmte Verlagserzeug-

lichkeitsverträgen unter den Kartellbestimmungen des Besatzungsrechts, Berthmann, a.a.O. (Fn. 32), 134 - 138; Möhring, Ersatzteile- und Zubehörhandel durch die Automobilindustrie, WuW 1953, 537.

39 Die VO Nr. 78 entsprach im Wortlaut dem Gesetz Nr. 56 für die US-Zone.

40 LG Düsseldorf WuW 1954, 797.

41 Hagenauer, a.a.O. (Fn. 14), 136.

42 Vgl. Fn. 20.

43 OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 23).

nisse – aber nicht für Ersatzteile – zulässig; für *Marken*-Ersatzteile ist nunmehr § 38 a GWB einschlägig, der die Voraussetzungen von Preisempfehlungen für Markenwaren regelt), ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern.

Die Revisionsentscheidung des BGH im Rechtsstreit „Maaßen/DKW“ setzte sich in der Frage des Verstoßes von Ausschließlichkeitsbindungen beim Ersatzteilbezug gegen die Bestimmungen des § 26 I und II GWB im wesentlichen mit dem Tatbestandsmerkmal der „Unbilligkeit“ auseinander⁴⁴. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann die Frage der „Unbilligkeit“ einer Maßnahme i.S.d. § 26 GWB nur anhand einer umfassenden Abwägung der beiderseitigen Interessen der Beteiligten entschieden werden. Jedoch werden im Rahmen dieser Interessenabwägung nur diejenigen verfolgten (wirtschaftlichen) Individualinteressen als schützenswert und berücksichtigungsfähig anerkannt, die der Zielsetzung des GWB – gerichtet auf die Freiheit des Wettbewerbs – nicht widersprechen⁴⁵. In der „Maaßen/DKW“-Entscheidung führte die durch den Bundesgerichtshof durchgeführte Interessenabwägung zu einer vollständigen Anerkennung des Standpunktes der Automobilindustrie. Ergänzend trug der BGH in der „Maaßen/DKW“-Entscheidung vor, daß bei dieser Interessenabwägung auch die Belange und Wünsche der Kunden, d.h. hier der Kraftfahrer, zu berücksichtigen seien⁴⁶. Außerdem könne man in der vorliegenden Konstellation nicht, wie es das OLG Düsseldorf getan habe, bei der Abwägung nicht allein auf das Ersatzteilgeschäft abstellen, da dieses Geschäft in engstem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Konstruktion von Neuwagen stehe, durch die der Ersatzteilbedarf erst hervorgerufen werde und von der er abhängig sei, sowie mit dem Absatz dieser Wagen, an dem der Kraftfahrzeugfabrik in erster Linie gelegen sei. Ein Kraftfahrzeug sei ein kompliziertes Erzeugnis der Technik, bei dessen Konstruktion im Herstellerwerk eine außerordentlich große Zahl von für sich allein vielfach belanglosen Einzelteilen zu einer sinnvollen Einheit zusammengefügt worden sei. Zur Erhaltung dieser Einheit und ihrer vollkommenen Funktion bedürfe das Erzeugnis der ständigen Wartung und Betreuung durch zuverlässige Fachleute, die mit seinen jeweiligen konstruktiven Besonderheiten vertraut seien. Davon gingen auch die gesetzlichen Vorschriften aus, die zur Aufrechterhaltung der Betriebssicherheit von Kraftfahrzeugen erlassen worden seien, insbesondere die in § 29 StVZO enthaltenen Anordnungen über die amtliche Überwachung, die Halter und Fahrer dazu nötigten, das Fahrzeug, mit dessen konstruktiven Einzel-

44 BGH, a.a.O. (Fn. 20).

45 BGH GRUR 1981, 208, 209 – Rote Liste; BGH BB 1980, 1117, 1119 – Modellbauartikel; BGH GRUR 1976, 206, 208 – Rossignol; BGHZ 38, 90 – Grote Revers; Gamm, Das Verbot einer unbilligen Behinderung einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung, NJW 1980, 2489, 2496.

46 BGH, a.a.O. (Fn. 20), 149.

heiten sie selbst in der Regel nicht ausreichend vertraut seien, laufend von sachkundigen Personen überprüfen zu lassen. Dieser Prüfung dienten u.a. die von der Fahrzeugfabrik vorgesehenen regelmäßigen, nach bestimmten Kilometerständen vorzunehmenden Inspektionen, die weithin als Bestandteil der dem Fahrzeugverkäufer obliegenden Vertragsleistung gelten würden⁴⁷. Auch nach ständiger Rechtsprechung genüge der Halter eines Kraftfahrzeugs in der Regel nicht schon dadurch, daß er es gem. § 29 StVZO untersuchen läßt, seiner Pflicht, für den verkehrssicheren Zustand seines Fahrzeugs zu sorgen, jedoch sei, wenn kein Mangel auftritt, durch Inspektionen nach Herstellerplan dieser Pflicht Genüge getan.⁴⁸ Es liege auch im Rahmen des Aufbaus und der Sicherung des Absatzes an neuen Wagen, so der BGH in seiner „Maßen/DKW“-Entscheidung weiter, wenn die Hersteller von Kraftfahrzeugen sich bemühten, den Anforderungen, die der Käufer hiernach an die Wartung und Kontrolle seines Fahrzeuges stellen müsse, dadurch entgegenzukommen, daß sie einen auf die jeweilige Fahrzeugkonstruktion zugeschnittenen Kundendienst von Fachleuten einrichteten, die diese Konstruktion beherrschten, über die damit gemachten Erfahrungen auf dem Laufenden gehalten werden würden und in ständiger Verbindung mit dem Herstellerwerk bei den verkauften Fahrzeugen Kontrollen vornehmen, Instandsetzungen durchführen und Ersatzteile dafür abgeben würden. Die Frage, ob für eine Kraftfahrzeugmarke ein solcher vom Herstellerwerk autorisierter Kundendienst bestehe und wie dicht sein Netz ausgestaltet sei, könne beim Kauf neuer Fahrzeuge nicht ohne Einfluß auf die Wahl des Fabrikats bleiben. Aus diesem Grunde müsse der Kraftfahrzeugfabrik ein schutzwürdiges Interesse daran zugebilligt werden, zu bestimmen, welches Material im Bereich des zur Erhaltung und Förderung ihres Absatzes geschaffenen Kundendienstnetzes für Instandsetzungen und für den Austausch von Teilen verwendet werde, und zu diesem Zweck den in das Netz einbezogenen Vertragshändlern und -werkstätten zur Pflicht zu machen, nur solche Ersatz- und Austauschteile zu benutzen, die, wie die „Original“-Ersatzteile, wenigstens stichprobenweise in der Kraftfahrzeugfabrik überprüft würden⁴⁹. Dieses Interesse wiege umso schwerer, als nach der Lebenserfahrung viele Kraftfahrer damit rechneten, daß die Fahrzeugfabrik mit ihrem Ruf für die in ihren Vertragswerkstätten verkauften Teile einstehe. Dabei sei nicht entscheidend, ob der Automobilhersteller dem Fahrzeugbesitzer für die Tauglichkeit der Ersatzteile im kaufrechtlichen Sinne Gewähr leiste oder nicht. Unabhängig von einer solchen Gewährleistungspflicht würde dadurch, daß Vertragshändler oder -werkstätten fehlerhafte Einzelteile abgeben oder mit solchen Teilen Instandsetzungen ausführen, der Ruf des Automobilherstellers aufs Spiel gesetzt werden, dessen Beeinträchtigung sich wiederum nachteilig auf das Neuwagengeschäft auswirken würde⁵⁰. Der BGH weist im übrigen die Auffassung

47 BGH, a.a.O. (Fn. 20), 149.

48 Jagusch, Straßenverkehrsrecht, 3 StVZO § 29 Rn 20 (25. Aufl. 1980).

49 BGH, a.a.O. (Fn. 20), 150.

50 BGH, a.a.O. (Fn. 20), 150.

des OLG Düsseldorf⁵¹, daß zwischen sicherheitsrelevanten und -unrelevanten Ersatzteilen unterschieden werden müsse, zurück, da eine Aufspaltung je nach der Art des einzelnen Ersatzteils der Kundenerwartung, wie sie der Autohersteller in Rechnung stellen müsse, nicht gerecht werde, da der Ruf des Automobilherstellers durch fehlerhafte Teile ohne Rücksicht darauf gefährdet werden könne, ob sie für das fahrtechnische Funktionieren des Fahrzeugs mehr oder weniger wichtig sind⁵².

Nach alledem sei das Interesse der Automobilhersteller, einen guten Kundendienst mithilfe der ausschließlichen Verwendung von „Original“-Ersatzteilen zwecks Förderung und Sicherung des Absatzes von Neuwagen zu erreichen, höher zu veranschlagen als das des freien Ersatzteilhandels, dessen Interesse nur auf den Absatz von Ersatzteilen gerichtet sei.

Auch an dieser Entscheidung ist zu bemängeln, daß die „Feststellungen“ des Gerichts über Kundenerwartungen sich lediglich auf eigene richterliche Sachkunde und Lebenserfahrung und nicht etwa auf eine (umfassende) Verkehrsbefragung stützt, die angesichts der wirtschaftlichen Tragweite und Bedeutung dieser Entscheidung wohl als sinnvoll und sachgerecht hätte angesehen werden können. So erscheint denn auch die pauschale Behauptung, der Verbraucher erwarte bei der Inanspruchnahme einer Vertragswerkstatt die ausschließliche Verwendung von „Original“-Ersatzteilen, d.h. von Teilen für deren Qualität der Automobilhersteller – abseits von einer kaufrechtlichen Gewährleistungspflicht – mit seinem Ruf einstehe, als überzogen, da es sicherlich auch Verbraucher gibt, denen es mehr oder weniger nur auf die ihnen in den Vertragswerkstätten gebotene fabrikatspezifische Arbeitsleistung und – aus verschiedenen Gründen⁵³ – nicht auf die Verwendung von „Original“-Ersatzteilen ankommt. Bedenklich erscheint aus der Sicht des Verbrauchers zu sein – dessen Belange und Wünsche auch bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen sein sollen⁵⁴ –, daß man nicht ihm die Entscheidung darüber, ob er eine fabrikatsspezifische Reparatur- oder Wartungsarbeitsleistung mit „Original“- oder mit anderen Ersatzteilen ausgeführt wissen will, überläßt, sondern stattdessen ihm diese Wahlmöglichkeit nimmt, indem man den Vertragshändler durch Ausschließlichkeits- oder Verwendungsbindungen dazu veranlaßt, nur sogenannte „Original“-Ersatzteile zu beziehen und zu verwenden. Diese Praxis führt letztendlich auf eine Bevormundung des Vertragshändlers als auch des Verbrauchers hinaus⁵⁵.

51 OLG Düsseldorf, a.a.O. (Fn. 23).

52 BGH, a.a.O. (Fn. 20), 150.

53 Vgl. oben Kap. 2, 4.3.

54 BGH, a.a.O. (Fn. 20), 149.

55 Ähnlich Köhler, Individualwettbewerb und Gruppenwettbewerb, ZHR 146 (1980) 580, 587; vgl. auch Kurz/Rall, Behinderungsmissbrauch, 1983, 241.

1.2.3.2. Die „VW-Original-Ersatzteile II“-Entscheidung des BGH als Bestätigung der in der „Maaßen/DKW“-Entscheidung aufgestellten Grundsätze

Obwohl man vermuten durfte, daß mit der „Maaßen/DKW“-Entscheidung des BGH der Streit um die Zulässigkeit von Ausschließlichkeitsbindungen beim Kraftfahrzeuersatzteilbezug endgültig zugunsten der Automobilhersteller entschieden worden war, griff das Bundeskartellamt die Problematik der Bezugsbindungen im Kfz-Ersatzteilbereich Ende der siebziger Jahre unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Verstoßes gegen §§ 18 und 26 II GWB wieder auf⁵⁶. Begründet hat das BKartA sein Vorgehen damit, daß es sich in der „Maaßen/DKW“-Entscheidung bei der Fa. Maaßen um einen Großhändler handelte, der nur Nachbauteile der Teileproduzentin Lippische Metallwarenfabrik GmbH (LMB) vertrieb und nicht Identteile (= direkt in den freien Markt gelieferte Teile, die von den jeweiligen Zulieferanten der Automobilhersteller stammen und daher die gleichen (technischen) Spezifikationen wie die an die Automobilhersteller gelieferten „Original“-Ersatzteile aufweisen)⁵⁷. In seinem Beschluß vom 21. März 1979 führte das Bundeskartellamt dazu aus, daß im Gegensatz zum reinen Nachbauer⁵⁸ auch der in Zulieferbeziehungen zum Automobilhersteller stehende Hersteller von Identteilen ein starkes Interesse daran habe, zu verhindern, daß durch von ihm direkt auf den Markt gebrachte Teile, die nicht den gleichen Qualitätsanforderungen entsprächen wie die an den Automobilhersteller gelieferten Original-Ersatzteile, der Ruf der Fahrzeuge der betreffenden Automarke beim Kunden gefährdet werde. Denn dadurch würde er nicht nur den Ruf seiner eigenen Marke am Markt, sondern vor allem auch sein Zulieferverhältnis mit dem betreffenden Automobilhersteller aufs Spiel setzen und sich möglicherweise – bei entsprechender Gestaltung der Vertragsbeziehungen – sogar schadensersatzpflichtig machen. Insofern bestehe für die Interessenabwägung ein wesentlicher Unterschied zwischen Identteilen und Nachbauteilen. Der vom BGH in der Entscheidung im Fall „Original“-Ersatzteile“ (= „Maaßen/DKW“-Entscheidung) dementsprechend herausgestellte Gesichtspunkt, daß einem Hersteller von Nachbauteilen das zusätzliche Interesse der Automobilherstellerin fehle, „durch die Kontrolle des Ersatzteilgeschäfts zugleich ihre berechtigten Belange als Herstellerin des Gesamterzeugnisses zu wahren“⁵⁹, träfe offensichtlich auf die zum Automobilhersteller in Zulieferbeziehungen stehenden Teilehersteller nicht zu. Daß die Argumentation des BGH in dieser Entscheidung auf die Situation bei Nachbauteilen zugeschnitten sei, gehe auch aus anderen Stellen der Entscheidungsbegründung hervor und entspräche der Stellung der die Bin-

56 BKartA, Beschluß vom 21.3.1979, – WuW/E BKartA 1781; Beschluß vollständig wiedergegeben in: Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V./Interessengemeinschaft der Werksvertreter für Kfz-Teile e.V., Dokumenten-Sammlung, Dokument Nr. 47.

57 BKartA, a.a.O. (Fn. 56).

58 Zur Definition von „reinen“ oder „ausschließlichen“ Nachbauern, vgl. Kap. 2, 2.2.4.

59 BKartA, a.a.O. (Fn. 56).

dung in diesem Fall angreifenden Kläger als praktisch nur Nachbauteile anbietender Unternehmen⁶⁰.

Das Bundeskartellamt hat hier übersehen, daß es dem BGH in seiner „Maaßen/DKW“-Entscheidung nicht maßgeblich darauf ankam, die Interessen von Automobilherstellern speziell gegen die der sog. Nachbauteile herstellenden oder vertreibenden Firmen abzuwägen, sondern daß er bei der Interessenabwägung i.S.d. § 26 II GWB entscheidend darauf Wert legte, daß der Automobilhersteller, dessen primäres Interesse auf die Sicherung des Neuwagengeschäfts ausgerichtet sei, die Möglichkeit behält zu bestimmen, welche Ersatzteile der verschiedenen Kraftfahrzeugteilehersteller im Rahmen des das Neuwagengeschäft sichernden Kundendienstgeschäftes Verwendung finden sollen. Der Automobilhersteller müsse insbesondere auch die Möglichkeit haben, die in seinen Vertragswerkstätten verwendeten Ersatzteile vor deren Einbau einer eigenen Stichprobenkontrolle zuzuführen, da er andernfalls, der Kundenerwartung, daß er für die Güte und Qualität der in den Vertragswerkstätten vertriebenen Ersatzteile mit seinem Ruf einstehe, nicht entsprechen könne. Daß es bei dieser Sichtweise des BGH nicht darauf ankommen kann, ob es sich bei den jeweils infrage stehenden Ersatzteilen um Nachbau- oder Identteile handelt, dürfte auf der Hand liegen. Auch wird in der Argumentation des Bundeskartellamts nicht ganz deutlich, warum es den Identteileherstellern – im Unterschied zu den sog. Nachbauern – ein dem des Automobilherstellers entsprechendes Interesse zubilligt, denn auch der Identteilehersteller richtet sein Geschäftsinteresse „nur“ auf das Teilegeschäft, nicht aber wie der Automobilhersteller (primär) auf die Sicherung des Neuwagenabsatzes aus. Dieses Interesse ist, wie sich schon aus der „Maaßen/DKW“-Entscheidung ergibt, jedenfalls nach Ansicht des Bundesgerichtshofs, höher zu veranschlagen als das der (Ident-)Teileproduzenten und des freien Großhandels. So nimmt es auch nicht weiter Wunder, daß der BGH in seiner „VW-Original-Ersatzteile“-Entscheidung⁶¹ bei seiner Interessenabwägung zur Frage der „Unbilligkeit“ i.S.d. § 26 II GWB zu gleichen Ergebnissen wie in der „Maaßen/DKW“-Entscheidung kommt. Da er sich auch in seinen Entscheidungsgründen im „VW-Original-Ersatzteile“-Verfahren im wesentlichen auf die des „Maaßen/DKW“-Verfahrens stützt oder diese wiederholt, kann auf eine Wiedergabe verzichtet werden. Zusätzlich führt der BGH allerdings aus, daß dem Interesse der Kraftfahrzeughersteller nicht unter allen Umständen der Vorrang vor den Belangen der Teilehersteller und -großhändler zukomme. Das Tatbestandsmerkmal der Unbilligkeit werde auch durch die auf Wettbewerbsfreiheit gerichtete Zielsetzung des Gesetzes geprägt. Dieses bedeute einerseits, daß Wettbewerbsmaßnahmen (vgl. „Original-Ersatzteil-Strategie“, der Verf.) als solche

⁶⁰ BKartA, a.a.O. (Fn. 56).

⁶¹ BGHZ 81, 322 = NJW 1982, 46; vgl. hierzu auch: Köhler, a.a.O. (Fn. 55); Tessin, Zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Bezugs- und Verwendungsbindungen für Kfz-Ersatzteile, ZGR 4 (1982) 634 ff.

nicht mißbilligt werden könnten, auch wenn sie sich ihres Erfolges wegen für Mitbewerber nachteilig auswirken würden. Andererseits müsse sich aber das Vertriebssystem der Betroffenen in dem Bereich, in dem es zu Behinderungen von Wettbewerbern auf dem Ersatzteilmarkt führe, daran messen lassen, ob es dem Prinzip des freien und lauterer Wettbewerbs entspricht, mit der Güte und Preiswürdigkeit der angebotenen Leistung zu werben. Nach diesem Maßstab könne ein Interesse der Volkswagenwerk AG, sich durch die Bezugsbindung einen größeren Spielraum bei der Preiskalkulation ihrer Original-Ersatzteile zu sichern, keinen Vorrang vor den Interessen der Teilehersteller und -großhändler beanspruchen. Indessen ergäbe der ermittelte Sachverhalt nicht, daß die VW AG die Bezugsbindung der VAG-Betriebe zu solchen Zwecken eingeführt habe oder in spürbarer Weise dazu ausnutze. Ihr Vorbringen, sie nehme eine Mischkalkulation vor, um weniger gefragte Ersatzteile für ältere ihrer Fahrzeugmodelle preisgünstig anbieten und dadurch mit der Langlebigkeit und auch bei langer Benutzungsdauer anhaltenden Wirtschaftlichkeit ihrer Produkte werben zu können, enthalte zwar das Eingeständnis, daß sie bei mehr gefragten Teilen eine höhere Gewinnspanne kalkuliere als betriebswirtschaftlich geboten wäre. Eine solche Mischkalkulation liegt jedoch nach Ansicht des BGH als Teil des gesamten Vertriebskonzeptes im Rahmen der dem Unternehmen zustehenden Gestaltungsfreiheit⁶².

Eine der interessantesten in allen drei Beschlüssen des „VW-Original-Ersatzteile“-Verfahrens⁶³ behandelten Fragen ist die der Problematik der von den Verfassern dieser Studie favorisierten Hinweispflicht⁶⁴. Das BKartA, das die Ersatzteilverwendungs- oder -bezugsbindungen der Volkswagenwerk AG in seinem Beschluß untersagte, sah durch eine vorherige Hinweispflicht die Entscheidungsfreiheit des Fahrzeughalters als gewährleistet an. Das Berliner Kammergericht ist dem BKartA hierin gefolgt und hat dazu folgendes ausgeführt: Zahlreiche Fahrzeughalter, so das Kammergericht, würden erwarten, daß in den Vertragswerkstätten nur solche Ersatzteile Verwendung finden, für die der Automobilhersteller mit seinem Ruf einstehe. Diese Verbraucher würden getäuscht, wenn ihnen stattdessen Parallellieferteile (= Identteile) eingebaut werden würden. Da eine solche Enttäuschung einer Kundenerwartung sich auf das gesamte Vertriebssystem negativ auswirken könne, habe der Automobilhersteller ein berechtigtes Interesse daran, eine derartige Irreführung zu vermeiden. Dieses könne er jedoch durch weniger wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen erreichen. Insbesondere könne er seinen Vertragsbetrieben auferlegen, für die Verwendung von Parallellieferteilen die vorherige Zustimmung des Kunden einzuholen und ihn nachträglich auf etwaige Verwendung von Parallellieferteilen hinzuweisen. Auf diese Weise könne bei dem Kunden nicht die falsche Erwartung entstehen, nur Original-Ersatzteile,

62 BGH, a.a.O. (Fn. 61).

63 BKartA, a.a.O. (Fn. 56); KG BB 1982, 391 = WUW/E OLG 2247; BGH, a.a.O. (Fn. 61).

64 Vgl. Kap. 2, 4.3. (a.E.).

für die der Automobilhersteller mit seinem Ruf einstehe, erhalten zu haben⁶⁵. Entgegen der Ansicht der Volkswagenwerk AG sei es zulässig, sie auf die Möglichkeit der Hinweispflicht als milderes Mittel zum Schutz ihrer Interessen zu verweisen. Dieses folge schon daraus, daß es für das praktizierte, den Wettbewerb stärker beeinträchtigende Mittel an einem ausreichenden berechtigten Interesse fehle, wenn das betreffende Anliegen in gleicher Weise durch eine mildere Maßnahme geschützt werden könne. Dieses entspräche auch der Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die Wettbewerbsfreiheit möglichst weitgehend aufrecht zu erhalten⁶⁶. Der BGH hat demgegenüber diese Sichtweise zurückgewiesen, indem er lapidar bemerkte, daß die Bezugs- und Verwendungsbindung der VAG-Betriebe Teil einer Vertriebskonzeption sei, mit der die Volkswagenwerk AG das Ziel verfolge, mit einer qualitativ optimalen und gleichmäßigen Ersatzteilversorgung bei Wartungs- und Instandsetzungsarbeiten in jedem beliebigen VAG-Betrieb zu werben und bei ihren Kunden ein entsprechendes Vertrauen zu begründen. Dieses Konzept, das nach den Regeln des Wettbewerbs nicht zu beanstanden sei, würde bereits beeinträchtigt sein, wenn dem Kunden im Einzelfall neben Original-Ersatzteilen anders bezeichnete Teile angeboten werden würden⁶⁷.

Die Entscheidung des BGH erscheint aus Verbrauchersicht, insbesondere im Hinblick auf die Aussagen zur Hinweispflicht, als bedenklich, denn ob die Marketing-Konzeptionen der Automobilhersteller wettbewerbskonform sind, ist nicht aufgrund einer tatsächlichen oder u.U. auch unterstellten Verbrauchererwartung, die zudem noch zu einem nicht unbeträchtlichen Teil – im Falle ihres tatsächlichen Vorhandenseins – auf eben diese, dem Verbraucher durch Werbekampagnen vermittelten Marketing-Konzeptionen (= „Original-Ersatzteilstrategien“) erst hervorgerufen wurde, zu bewerten, da diese Vorgehensweise auf einen Zirkelschluß hinauslief⁶⁸. Überzeugender wäre es gewesen, bei der Berücksichtigung der „Belange und Wünsche der Kunden“, d.h. der kraftfahrenden (End-)Verbraucher, innerhalb der Interessenabwägung zur Frage der „Unbilligkeit“ i.S.d. § 26 II GWB nicht auf von Marketing-Strategien beeinflusste Verbraucher„erwartungen“, sondern auf Verbraucher„interessen“ abzustellen⁶⁹. Doch lassen sich, so Köhler⁷⁰, aufgrund der mitunter höchst subjektiven Präferenzen der Verbraucher, deren Interessen nicht objektiv-generell, sondern nur durch die Verbraucher selbst bestimmen. Dieses „Bestimmungsrecht“ des Verbrauchers, der auf eine durch Vertragswerkstätten durchgeführte fabrikatsspezi-

65 KG, a.a.O. (Fn. 63).

66 KG, a.a.O. (Fn. 63).

67 BGH, a.a.O. (Fn. 61); a.A. Kurz/Rall, a.a.O. (Fn. 55), 244; vgl. hierzu auch Markert, Die Wettbewerbsbehinderung im GWB nach der vierten Kartellnovelle, 1982, 45.

68 Köhler, a.a.O. (Fn. 55), 587.

69 Köhler, a.a.O. (Fn. 55), 587.

70 Köhler, a.a.O. (Fn. 55), 587.

fische Reparatur- oder Wartungsarbeitsleistung Wert legt, erscheint nur sichergestellt werden zu können, wenn fabrikatsspezifische Arbeitsleistungen nicht zwingend mit der Verwendung bestimmter („Original“-)Ersatzteile verbunden werden und man ihm die Wahl zwischen Ersatzteilen verschiedener Herkunft beläßt. Den Vertriebskonzeptionen und -philosophien der Automobilhersteller kann dadurch Rechnung getragen werden, daß man den Vertragswerkstätten eine Hinweispflicht, wie oben in Kapitel 2, 4.3. beschrieben, auferlegt.

1.3. Zur Frage der Ansprüche von außerhalb der Vertragshändlersysteme stehenden Kraftfahrzeugwerkstätten auf Belieferung mit („Original“-)Ersatzteilen gegenüber den Automobilherstellern

Wenngleich in Deutschland den Verfassern dieser Studie kein Fall bekannt geworden ist, in dem den außerhalb der Vertragshändlersysteme stehenden Kraftfahrzeugwerkstätten die Belieferung mit „Original“-Ersatzteilen verweigert worden wäre, so ist dennoch die Frage nach Belieferungsansprüchen nicht völlig theoretischer Natur. Denn Werkstätten, die außerhalb des jeweiligen Vertragshändler- und -werkstattsystems stehen, können in der Praxis „Original“-Ersatzteile nur von den jeweiligen Vertragshändlern der Automobilhersteller beziehen. Diese aber sind nicht gehalten, die ihnen von den Automobilherstellern gelieferten „Original“-Ersatzteile zu gleichen Konditionen, insbesondere was die Höhe der Rabattierung betrifft, an ihre Konkurrenten auf der Werkstattstufe weiterzureichen. Vertragshändler oder -werkstätten sind in der Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen für die Weitergabe der ihnen gelieferten „Original“-Ersatzteile grundsätzlich völlig frei. Insbesondere können Automobilhersteller – die Absicht hier einmal unterstellt – ihre Vertragshändler in der Regel nicht dazu zwingen, die ihnen auf die „Original“-Ersatzteile gewährten Rabatte ganz oder teilweise an andere Werkstätten weiterzureichen, § 15 GWB. Dieses könnte zur Folge haben, daß diese anderen Werkstätten gegenüber den Vertragswerkstätten im Wettbewerb benachteiligt sind. Diese Schlußfolgerung wäre insbesondere dann zu ziehen, wenn Vertragshändler die ihnen von den Automobilherstellern gewährten Rabatte, soweit sie ihre Erklärung nicht in den von ihnen ausgeübten Funktionen, wie z.B. der Lagerung und der ständigen Verfügbarkeit von Ersatzteilen, finden, nicht an außerhalb des Vertragsnetzes stehende Werkstätten weitergeben.

Aus diesem Grunde stellt sich die Frage, ob nicht die außerhalb des (jeweiligen) Vertragshändlersystems stehenden Werkstätten Ansprüche auf (unmittelbare) Belieferung von „Original“-Ersatzteilen gegenüber den Automobilherstellern haben. Dabei wird sinnvollerweise zwischen ungebundenen, sog. „freien“ Werkstätten und Vertragswerkstätten anderer Kraftfahrzeughersteller zu unterscheiden sein, weil erstere lediglich im Werkstattbereich mit Vertragswerkstätten konkurrieren,

während die letzteren zusätzlich Konkurrenten im Neuwagengeschäft darstellen⁷¹.

1.3.1. Zur Reichweite der Belieferungsansprüche der „freien“ Werkstätten gegenüber den Automobilherstellern

Für einen (etwaigen) Belieferungsanspruch von „Original“-Ersatzteilen gegenüber den Automobilherstellern ist § 26 II GWB einschlägig. Aus Satz 1 dieser Vorschrift folgt, daß marktbeherrschende Unternehmen ein anderes Unternehmen (hier: die „freie“ Werkstatt) in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen (hier: die (Vertrags-)Werkstätten) üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln dürfen. Satz 2 dieser Vorschrift besagt, daß Satz 1 auch für Unternehmen gilt, soweit von ihnen Nachfrager einer bestimmten Art von Waren abhängig sind, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen.

1.3.1.1. Zum Anspruch der „freien“ Werkstätten auf Belieferung mit „Eigenkonstruktionsteilen“ oder „Captive Parts“

Da der (jeweilige) Automobilhersteller auf dem Teilmarkt der „Eigenkonstruktionsteile“ oder „captive parts“ als marktbeherrschend – und somit als Adressat des § 26 II S. 1 GWB – anzusehen ist⁷², kommt es letztlich entscheidend darauf an, ob die Nichtbelieferung der „freien“ Werkstätten auch eine „unbillige Behinderung“ oder eine „sachlich ungerechtfertigte unterschiedliche Behandlung“ i.S.d. § 26 II GWB darstellt. Diese Frage ist nach ständiger Rechtsprechung anhand einer Abwägung der Interessen der Beteiligten „unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes“ zu entscheiden⁷³.

Hinweise darauf, ob eine solche Interessenabwägung im Ergebnis zu einem Belieferungsanspruch der „freien“ Werkstätten mit „Eigenkonstruktionsteilen“ oder „captive parts“ führen könnte, sind der „Registrierkassen“-Entscheidung

71 Vgl. zur Konkurrenzproblematik: BGH NJW 1973, 280 = BGH GRUR 1973, 277 – Registrierkassen; BGH WuW/E BGH 1288, 1292 – EDV-Ersatzteile; BGH, WuW/E BGH 1729, 1730, 1731 – Ölbrenner; OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 2364, 2366 – Ölbrenner II.

72 Markert, Die Wettbewerbsbehinderung im GWB nach der vierten Kartellnovelle, 1982, 25, Fn. 78; BGH NJW 1973, 280, 281 = BGH GRUR 1973, 277, 278 – Registrierkassen; BGH, WuW/E BGH 1288, 1291 – EDV-Ersatzteile; BGH, WuW/E BGH 1729, 1730 – Ölbrenner; OLG Karlsruhe, WuW/E OLG 2993, 2994.

73 Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 26 Rn 196, 1981; Markert, a.a.O. (Fn. 72), 15 f.; vgl. auch die Nachweise in Fn. 45.

des Bundesgerichtshofs vom 26. Okt. 1972 zu entnehmen⁷⁴. Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Beklagte, eine Verkaufsgesellschaft eines Registrierkassen-Herstellers, weigerte sich, dem Kläger, einem ehemaligen Kundendiensttechniker der Beklagten, der einen selbständigen Wartungsdienst für Registrierkassen, insbesondere für die Erzeugnisse der Beklagten, betrieb, die von ihm benötigten und nur bei der Beklagten erhältlichen (Original-) Ersatzteile zu liefern. Der Kläger begehrte mit der Klage den Verkauf von Ersatzteilen zu den üblichen Bedingungen.

Der Bundesgerichtshof führte zur Frage der Unbilligkeit der Liefersperrung aus, daß auf dem Markt der Reparatur- und Wartungsleistungen für Registrierkassen Dienstleistungen im Wettbewerb ständen, die durch Zuverlässigkeit und Schnelligkeit von Wartungen und Reparaturen gekennzeichnet seien. Die beklagte Verkaufsgesellschaft hielt den Kläger vom ungehinderten Angebot seiner Leistung durch eine Maßnahme ab, die mit der hier wesentlichen Marktleistung nichts zu tun habe. Auch wenn für den Wartungsdienst für Registrierkassen der Bedarf von Ersatzteilen nur gering sei, so unterdrücke doch im Hinblick auf den bei Reparaturen hin und wieder anfallenden Ersatzteilbedarf die Nichtbelieferung des Klägers mit Ersatzteilen zweifellos dessen Wettbewerbsfähigkeit auf dem gekennzeichneten Dienstleistungsmarkt. Auf diesem Markt werde von der Beklagten eine leistungsfremde Maßnahme eingeführt, die die Entfaltung der Leistungskraft des Klägers im Wettbewerb mit der Beklagten behindere und damit den Zielen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen widerspreche. Dem Kläger sei zuzugeben, daß das vom Berufungsgericht herangezogene Urteil des Senats vom 16. Okt. 1962 („Originalersatzteile“)⁷⁵ insofern einen anderen Sachverhalt betreffe, als dort der Hersteller mit billigen Gründen daran interessiert gewesen sei, daß fremde, nicht von ihm hergestellte Ersatzteile im Bereich des von ihm geschaffenen Kundendienstes für die Instandsetzung und für den Austausch von Teilen seines Fabrikats verwendet wurden; während hier der Kläger gerade Original-Ersatzteile der Beklagten verwenden wolle, so der BGH, jedoch nur insoweit auf dieses Urteil zurückgegriffen, als eine Fehlleistung im Wartungsdienst – dort wegen der Verwendung fremder Ersatzteile in einer Vertragswerkstatt – in den Augen der Kunden den Ruf des Herstellers der Hauptware aufs Spiel setze und diese Beeinträchtigung sich wiederum nachteilig auf das Hauptwarengeschäft auswirken könne. Im vorliegenden Fall bringe das Berufungsgericht zum Ausdruck, daß eine entsprechende Gefahr insofern bestehe, als eine Fehlleistung bei der Wartung des Gerätes auftreten könne, soweit nicht das sich ständig erneuernde technische Wissen verarbeitet werde, das für die erfolgreiche Wartung eines langlebigen technisch hochwertigen Produkts notwendig sei. Der BGH ist dem Berufungsgericht, das hieraus ein überwiegendes Interesse der Beklagten folgere, nicht gefolgt. Im wesentlichen hat der BGH seine Auffassung

⁷⁴ A.a.O. (Fn. 71).

⁷⁵ BGH GRUR 1963, 142 – Maaßen/DKW.

damit begründet, daß die Zuverlässigkeit und die Qualität des Wartungsdienstes der Beklagten nicht von der Tätigkeit des Klägers berührt werde, wie umgekehrt die Fehlerhaftigkeit eines fremden Wartungsdienstes nach dem normalen Verlauf der Dinge nicht ohne weiteres negative Rückschlüsse auf die Qualität des Erzeugnisses auslöse. Es bleibe dem Besitzer eines Geräts je nach seinen Erfahrungen mit dem Wartungsdienst überlassen, ob er sich des werkseigenen oder werksfremden Wartungsdienstes zur Erhaltung der Funktion seines Geräts bedienen wolle⁷⁶.

In einem ähnlich gelagerten Fall hat das OLG Karlsruhe⁷⁷ in seinen Urteilsgründen ausgeführt, daß in dem Falle, daß die von einer „freien“ Werkstatt ausgeführte Wartung oder Reparatur eines Geräts nicht zur Zufriedenheit des Kunden ausgeführt werde, dieser als Nachfrager einer Kundendienstleistung den Grund hierfür bei der „freien“ Werkstatt suchen werde. Schließlich trete die „freie“ Werkstatt auch nicht als autorisiertes Unternehmen nicht unter dem Namen des Herstellers des Neuproduktes auf, so daß etwaige Leistungsmängel von vornherein nicht dem Hersteller angelastet würden. Letztlich sei auch – neben dem Interesse der „freien“ Werkstatt – das Interesse der Allgemeinheit zwischen einer Mehrzahl von Kundendienstunternehmen wählen zu können, zu berücksichtigen⁷⁸.

Nach alledem dürfte ein Belieferungsanspruch der „freien“ Werkstätten gegenüber den Automobilherstellern grundsätzlich zu bejahen sein. Doch würde ein Direktbelieferungsanspruch den Besonderheiten der selektiven Vertriebssysteme der Automobilhersteller nicht voll Rechnung tragen. Ein direkter Anspruch würde weder den Interessen der Automobilhersteller noch denen der „freien“ Werkstätten gänzlich Genüge tun. Die rationalisierenden Effekte der selektiven Vertriebssysteme der Automobilhersteller ergeben sich ja gerade daraus, daß die Automobilhersteller nur mit einer quantitativ beschränkten Anzahl von Werkstätten, den Vertragswerkstätten, Kontakte unterhalten⁷⁹.

Würde man einen Direktbelieferungsanspruch aller „freien“ Kfz-Werkstätten bejahen, wären die Automobilhersteller veranlaßt, mit einer Vielzahl von Werkstätten Geschäftskontakte zu unterhalten. Dieser würde dazu führen, daß die derzeitigen Ersatzteil-Logistik-Systeme der Hersteller ihre rationalisierenden Wirkungen weitgehend verlieren würden und somit zumindest eine Erhöhung der

76 BGH NJW 1973, 280, 282.

77 OLG Karlsruhe, WuW/E OLG 1993, 2996.

78 OLG Karlsruhe, a.a.O. (Fn. 77), 1996.

79 Vgl. Kapitel 2, 3.1.2.; Entscheidung der Kommission vom 13. Dez. 1974, ABl. L 29 v. 3.2.75, 1,7 – BMW; Verordnung (EWG) der Kommission vom 12. Dez. 1984 über die Anwendung von Artikel 85 Abs. 3 des Vertrages auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, ABl. L 15 vom 18.1.1985, 16, 17.

Ersatzteilpreise die wahrscheinliche Folge wäre. Dieses wirtschaftlich unerwünschte Ergebnis kann weder im Interesse der Automobilproduzenten noch der („freien“) Kfz-Werkstätten liegen. — Angemerkt sei jedoch, daß die Gefährdung oder Minderung der Rentabilität lediglich des Vertriebssystems oder Wartungsdienstes der Automobilhersteller nicht durch § 26 II GWB geschützt ist⁸⁰. — Daß letztlich der Verbraucher die resultierende Verteuerung der Ersatzteile zu tragen hätte, braucht nicht besonders betont zu werden. Direkte Geschäftskontakte zwischen Herstellern und „freien“ Werkstätten könnten sich zudem noch negativ auf die Schnelligkeit der Versorgung — auch des Verbrauchers — auswirken. Insbesondere würde eine solche Regelung die Position der „freien“ Werkstätten gegenüber der jetzigen Situation, in der sie „Original“-Ersatzteile in der nächstgelegenen Vertragswerkstatt nachfragen können, verschlechtern, da sie nicht an die Ersatzteil-Dispositionssysteme der Automobilhersteller angeschlossen sind, sondern im Falle der Bejahung eines Direktbelieferungsanspruches auf langwierige und aufwendige Einzelbestellverfahren angewiesen wären. Eine Benachteiligung der „freien“ Werkstätten auf einem Markt, der auch durch die Schnelligkeit von Reparaturen gekennzeichnet ist⁸¹, würde verbleiben.

Vor diesem Hintergrund erscheint die derzeitige Praxis des Bezuges von „Original“-Ersatzteilen über die Vertragshändler oder -werkstätten als objektiv sachgemäß und angemessen⁸² — sofern sichergestellt ist, daß die Vertragshändler und -werkstätten, die ihnen von den Automobilherstellern gewährten Rabatte — mit Ausnahme eines angemessenen Funktionsrabattes — an die „Original“- bzw. hier: Eigenkonstruktionsteile nachfragenden „freien“ Werkstätten weitergeben. Dieses sicherzustellen wäre Aufgabe der Automobilhersteller, weil nach der o.g. Rechtsprechung⁸³ ein aus § 26 II GWB resultierender Belieferungsanspruch mit „Original“-Ersatzteilen der „freien“ Werkstätten gegenüber den Automobilherstellern grundsätzlich besteht.

Eine Vereinbarung zwischen den Automobilherstellern und ihren Vertragshändlern über die Gestaltung von (Ersatzteil-)Preisen bzw. hier die Weitergabe von Rabatten an „freie“ Werkstätten würde jedoch in der Regel gegen § 15 GWB verstoßen⁸⁴, sofern hier nicht aufgrund besonderer Umstände von der Bestimmung

80 BGH GRUR 1973, 277, 279 — Registrierkassen.

81 BGH GRUR 1973, 277, 279.

82 Vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 73), § 26 Rn 210; BGH BB 1979, 1678, 1679 — Vermittlungsprovision für Flugpassagen II.

83 BGH NJW 1973 = BGH GRUR 1973, 277 — Registrierkassen.

84 Vgl. Brühl, Das kartellrechtliche Preis- und Konditionenbindungsverbot (§ 15 GWB), 1982, 172 f.; Ebenroth, Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, 1980, 85 f.; Stumpf, Der Vertragshändlervertrag, 1979, 165; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 73), § 15 Rn 33; Gamm, Kartellrecht: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zu Art. 85, 86 EWGV, § 15 Rn. 22, 1979.

des § 15 GWB eine Ausnahme zuzulassen wäre. Insbesondere ist zu fragen, ob § 15 GWB nicht bereits von seinem Sinn und seiner Zwecksetzung her auf das vorliegende Problem der Weitergabe von Rabatten an „freie“ Werkstätten unanwendbar ist. Aus dem Gesetzeszweck des § 15 GWB ergibt sich, daß diese Bestimmung die Gestaltungsfreiheit von Unternehmen bei (Zweit-)Verträgen mit anderen Partnern (hier: Gestaltungsfreiheit von Vertragswerkstätten bei Verträgen mit „freien“ Werkstätten) um des freien Wettbewerbs willen schützen und deshalb namentlich die vertikale Preisbindung verbieten soll. Der Gesetzgeber bezweckte mit den Vorschriften der §§ 15 ff. GWB somit nicht nur den Schutz des gebundenen Unternehmens (hier: Vertragswerkstatt), sondern auch den Schutz des Wettbewerbs als Institution⁸⁵. Die Anwendung des § 15 GWB auf eine zwischen Automobilhersteller und Vertragshändler vertraglich vereinbarte Pflicht des letzteren, die ihm gewährten Rabatte – unter Abzug eines angemessenen Funktionsrabattes⁸⁶ – an „freie“ Werkstätten weiterzureichen, würde jedoch zu einer unbilligen Einschränkung der Minderung des Wettbewerbs auf der Werkstattstufe zwischen Vertrags- und „freien“ Werkstätten führen, da erstere in der Regel – verständlicherweise – nicht oder nur beschränkt bereit sind, die ihnen gewährten Rabatte der Konkurrenz weiterzugeben⁸⁷. Diese Praxis führt jedoch vielfach zu der Folge, daß die dermaßen im Wettbewerb benachteiligten „freien“ Werkstätten vom Endverbraucher Preise für „Original“-Ersatzteile fordern (müssen), die über den unverbindlichen Preisempfehlungen (UPE) des Automobilherstellers liegen⁸⁸. Dieses Ergebnis widerspricht somit dem Sinn und Zweck des § 15 GWB. Letztlich ist die primäre Aufgabe des § 15 GWB darin zu sehen, die völlige vertragliche Inhaltsfreiheit hinsichtlich des Abschlusses von Zweitverträgen der an einer Vereinbarung i.S.d. § 15 GWB beteiligten Unternehmen („Erstvertragspartner“) gegenüber dritten Vertragspartnern („Zweitvertragspartner“) zu garantieren.

85 H.M., vgl. KG, WuW/E OLG 2819, 2820 – Telefunken; BKartA, WuW/E BKartA, 2125, 2128 – Telefunken-Partner-Vertrag II; BGH NJW 1978, 2095, 2096 – 4 zum Preis für 3; Emmerich in Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 73), § 15 Rn 9; Gamm, a.a.O. (Fn. 84), § 15 Rn 8; Reich, Preisempfehlungen und Preisbindungsverbot, in: Cox/Jens/Markert, Handbuch des Wettbewerbs, 1979, 388; Vollmer, Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Preisbindungen bei Absatzmittlungsverhältnissen, DB 1984, 226, 227.

86 Zur Rechtfertigung und zur Höhe von Funktionsrabatten vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 73), § 26 Rn 259; BGH, WuW/E BGH 1429, 1435; BKartA, Tätigkeitsbericht 1974, BT-Drucksache 7/3791, 54 f.

87 Interview mit Herrn Wiesweg (Allianz Versicherungs-AG) vom 27. Jan. 1983.

88 A.a.O. (Fn. 87).

Doch hier steht nicht der Individualschutz des gebundenen Unternehmens im Vordergrund, wie Kapp⁸⁹ meint, sondern, so Keßler⁹⁰ korrekterweise, „maßgebend ist vielmehr die wettbewerbliche Gewährleistung privatautonomer Gestaltungsfreiheit *außenstehender* Dritter, die ihrerseits dem gebundenen Absatzmittler als Vertragspartner (Abnehmer) gegenüberreten“. Entscheidend bleibe, so Keßler weiter, die positionsverschlechternde Außenwirkung des organisationsrechtlichen Rahmenvertrages bezüglich des Verhandlungsspielraums der Abnehmer⁹¹. Letztlich bezweckte der Gesetzgeber durch die Einführung des Preisbindungsverbotes in erster Linie die Intensivierung des Preiswettbewerbs (im Intra-brand-Bereich) auf der Einzelhandelsstufe⁹².

Da nach alledem die Zielsetzung des § 15 GWB vor allem in der Förderung des Preiswettbewerbs zu sehen ist, würde es dieser Zielsetzung – auch angesichts der grundsätzlich zu bejahenden Belieferungspflicht der Automobilhersteller – geradezu entgegenlaufen, wollte man bei dem Problem der Weitergabe der von den Automobilherstellern an die Vertragshändler gewährten Rabatte an die „freien“ Werkstätten § 15 GWB – nur seines Wortlautes wegen – für anwendbar erklären. Daneben würde eine Anwendbarkeit des § 15 GWB hier dazu führen, daß „freie“ Werkstätten „Original“-Ersatzteile – von Vertragswerkstätten – nur zu diskriminierenden Bedingungen erhalten würden, § 26 II GWB.

Nach alledem steht § 15 GWB in der hier gegebenen Ausnahmesituation einer vertraglichen Fixierung von diskriminierungsfreien Belieferungspflichten (= vollständige Weitergabe von Rabatten mit Ausnahme von Funktionsrabatten) nicht entgegen. Aufgrund des verbleibenden Funktionsrabattes wäre zudem noch eine Benachteiligung der Vertragswerkstätten zu verneinen; den aus ihrer Stellung als Eigenhändler resultierenden Risiken wäre hierdurch Rechnung getragen. Sollten Automobilhersteller – aus welchen Gründen auch immer – nicht in der Lage sein, ihren Vertragshändlern und -werkstätten derartige Pflichten aufzuerlegen, dann ist ein aus § 26 II GWB resultierender Direktlieferungsanspruch – mit Eigenkonstruktionsteilen – der „freien“ Werkstätten gegenüber den Automobilherstellern zu bejahen.

89 Kapp, Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Vertriebsbindungen? – Eine Studie zu § 18 GWB unter Berücksichtigung der neueren Entwicklung im US-Antitrustrecht, 1984, 185.

90 Keßler, Der Agenturvertrieb im Lichte des Verbotes vertikaler Preisbindung – zu den wettbewerbsrechtlichen Grenzen handelsrechtlicher Organisationsprinzipien, WRP 1984, 124, 126; vgl. auch BKartA, a.a.O. (Fn. 85), 2128; Belke, Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen nach der Kartellgesetznovelle 1973, ZHR 138 (1974) 227, 246.

91 Keßler, a.a.O. (Fn. 90).

92 Keßler, a.a.O. (Fn. 90) m.w.N.; Reich, a.a.O. (Fn. 85), 388.

Angemerkt sei zur Verdeutlichung, daß § 15 GWB selbstverständlich für die Fälle, in denen Vertragshändler Preisnachlässe gewähren, die über die Verpflichtung, Rabatte an die „freien“ Werkstätten weiterzugeben, hinausgehen, Anwendung findet.

1.3.1.2. Zur Rechtslage bei wettbewerbsgefährdeten Ersatzteilen

Da die jeweiligen Automobilhersteller – abgesehen von den sog. „captive parts“ – nicht Alleinanbieter von den von der Teileindustrie produzierten Kraftfahrzeugersatzteilen sind und auch – jedenfalls im Hinblick auf die „freien“ Werkstätten – wesentlichem Wettbewerb ausgesetzt sind, könnte eine marktbeherrschende Stellung i.S.d. § 26 II S. 1 GWB, § 22 S. 2 GWB („überragende Marktposition“) dieser vorliegen. Das Bundeskartellamt hat im „VW-Originalersatzteile II“-Verfahren eine solche marktbeherrschende Stellung des Volkswagenwerkes bejaht⁹³, während das Kammergericht im Beschwerdeverfahren diese Frage aufgrunddessen, daß es zumindest „Marktstärke“ des Volkswagenwerkes i.S.d. § 26 II S. 2 GWB als Anbieter von VW-Ersatzteilen auf der Großhandelsstufe annahm, hat dahinstehen lassen⁹⁴. Auch vorliegend kann es dahinstehen, ob die jeweils in Betracht kommenden Automobilfabrikanten als Anbieter von Ersatzteilen für die von ihnen produzierten Kraftfahrzeuge als „marktbeherrschend“ i.S.d. § 26 II S. 1 GWB oder als lediglich marktstark i.S.d. § 26 II S. 2 GWB anzusehen sind, da sie in jedem Fall von der Verbotsnorm des § 26 II GWB erfaßt werden.

Auch hier kommt es letztlich – wie unter Punkt 1.3.1.1. – entscheidend darauf an, anhand einer Abwägung der Individualinteressen der Beteiligten die Frage der „unbilligen Behinderung“ oder der „sachlich ungerechtfertigten unterschiedlichen Behandlung“ zu beantworten. Als schutzwürdiges Interesse des Automobilherstellers ist in die Abwägung dessen Freiheit, den Absatzweg der von ihm vertriebenen Produkte frei bestimmen zu können, einzubringen⁹⁵.

Demgegenüber steht das Interesse der „freien“ Werkstatt, „Original“-Ersatzteile – bzw. hier: Zulieferteile – vom Automobilhersteller zu angemessenen Konditionen zu erhalten. Dieses Interesse ist naturgemäß um so höher zu veranschlagen, desto schwieriger es für die „freie“ Werkstatt ist, Zulieferteile als solche zu identi-

93 BKartA, WuW/E BKartA 1781; vgl. auch Möschel in Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 73), § 22 Rn 67.

94 KG BB 1982, 391 – WuW/E OLG 2247.

95 OLG Karlsruhe, WuW/E OLG 2993, 2995; Langen/Niederleithinger, Kartellgesetz, § 26 Rn 185, 1982; Emmerich, Kartellrecht, 3. Aufl. 1979, § 19, 4 a); zur Gestaltungsfreiheit der Automobilhersteller hinsichtlich ihrer Absatzorganisation: BGHZ 81, 322 = NJW 1982, 46 – „VW-Original-Ersatzteile II“ und BGH NJW 1985, 623 – Opel-Händlervertrag.

fizieren und zu beschaffen⁹⁶. Ist hingegen das zu ersetzende Kfz-Teil durch ein (Zulieferanten-)Markenzeichen oder eine sog. Ersatzteilnummer näher gekennzeichnet, so wird die „freie“ Werkstatt regelmäßig sich keinen Schwierigkeiten gegenübersehen, Ersatz für das betreffende „Original“-Teil durch das entsprechende „Ident“-, Parallelliefer“- oder „Nachbau“-Teil über den „freien“ Kfz-Teile-Großhandel zu erhalten. Wenn die zur Reparatur benötigten Ersatzteile dergestalt ohne ins Gewicht fallende Schwierigkeit auch auf dem „freien“ Markt zu erhalten sind, ist nicht ersichtlich, daß mögliche zurückbleibende (geringe) Nachteile ein dem des Automobilherstellers überwiegendes Interesse der „freien“ Werkstatt rechtfertigen können, zumal die Wettbewerbsmöglichkeiten der „freien“ Werkstatt – dessen Schutz die Verbotsnorm des § 26 II GWB ja bezweckt⁹⁷ – nicht oder allenfalls in geringem Maße beeinträchtigt sind.

Anders hat die Interessenabwägung auszufallen, wenn der „freien“ Werkstatt nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten die Möglichkeit – etwa durch Warenzeichen o.ä. – an die Hand gegeben ist, den (Teile-)Hersteller des betreffenden (Ident-)oder entsprechenden (Nachbau-)Teils zu identifizieren und infolgedessen als möglicher Ansprechpartner der nachfragenden Werkstatt nur der jeweilige Automobilproduzent infrage kommt und dieser den Hersteller des nachgesuchten Teils nicht benennt. In einem solchen Falle ist die Situation mit der vergleichbar, die besteht, wenn eine „freie“ Werkstatt sog. „captive parts“ zu Reparaturzwecken benötigt⁹⁸.

1.3.2. Zu den Belieferungsansprüchen von „Fremd“-Vertragshändlern

Vertragshändler benötigen für „Fremd“-Fahrzeuge, die sie entweder anlässlich eines Neuwagengeschäfts in Zahlung genommen haben oder die aus sonstigen Gründen ihnen zur Reparatur überlassen wurden, „Original“-Ersatzteile.

Grundsätzlich finden sich Vertragswerkstätten, die „Fremd“-Fahrzeuge reparieren wollen, in der gleichen Situation wieder wie die sog. „freien“ Werkstätten. Dennoch kann nicht auf die unter 1.3.1. genannten Ergebnisse zurückgegriffen werden, da die höchstrichterliche Rechtsprechung je nachdem, ob es sich um „freie“, d.h. fabrikatsungebundene⁹⁹ oder -gebundene (Vertrags-)¹⁰⁰ Werkstätten zu einer differenzierten Betrachtungsweise hinsichtlich der Interessenabwägung i.S.d. § 26 II GWB nötig.

96 BGH BB 1981, 383, 384 – Neue Osnabrücker Zeitung mit Anmerkungen von Markert.

97 Vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, a.a.O. (Fn. 73), § 26 Rn. 184, 186, 188.

98 Vgl. Punkt 1.3.1.1. sowie OLG Karlsruhe, WuW/E OLG 2993.

99 Vgl. einerseits BGH GRUR 1973, 277 – Registrierkassen.

100 Vgl. andererseits BGH, WuW/E BGH 1288 – EDV-Ersatzteile; OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 2163 – Ölbrenner I; BGH, WuW/E BGH 1729 – Ölbrenner; OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 2364 – Ölbrenner II.

Bei einer Abwägung der Interessen einer Vertragswerkstatt, die um „Original“-Ersatzteile für Fremdfahrzeuge nachsucht, und der eines „Fremd“-Automobilherstellers hat vor allem ins Gewicht zu fallen, daß diese Vertragswerkstatt den Vertrieb von Neuwagen übernommen hat, die mit denen des „Fremd“-Automobilherstellers im Wettbewerb stehen¹⁰¹. Speziell ist bei dieser Interessenabwägung gemäß der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu prüfen, ob die Lieferung von Ersatzteilen an selbständige Wartungs- und Reparaturunternehmen auch dann branchenüblich ist, wenn diese überwiegend Neugeräte (hier: Neuwagen) von Konkurrenzunternehmen verkaufen, da eine individuelle Abwägung der Interessen der beteiligten Unternehmen nur vor dem Hintergrund der allgemeinen Marktsituation in der fraglichen Branche geschehen kann¹⁰². Die „Branchenüblichkeit“ i.S.d. genannten Rechtsprechung kann für den (deutschen) Automobilsektor bejaht werden¹⁰³. Von weiterer ausschlaggebender Bedeutung soll es nach der Rechtsprechung zu § 26 II GWB sein, ob die Belieferung mit Ersatzteilen den belieferten Unternehmen die Möglichkeit eröffnen würde, zum Nachteil des Lieferanten Kunden im Neugeschäft zu werben¹⁰⁴. Das könnte namentlich dann der Fall sein, wenn solche Ersatzteillieferungen der „Fremd“-Automobilhersteller zum Zwecke der Wartung und Reparatur der von ihm produzierten Fahrzeuge zwangsläufig der belieferten Werkstatt einen Wettbewerbsvorteil im Neuwagengeschäft verschaffen würden¹⁰⁵. Dieses wäre nach der Rechtsprechung dann der Fall, wenn der Werkstatt – durch die Ersatzteillieferung – die Möglichkeit an die Hand gegeben ist, beim Kundenkreis Reparatur- und Wartungsgeschäftsvertrauen zu begründen, durch das dieser sich bewogen sehen könnte, beim Erwerb eines Neuwagens dem Rat der fabrikatsfremden Werkstatt, die naturgemäß die von ihr vertriebenen Neuprodukte anpreisen würde, zu folgen¹⁰⁶.

Soweit „Original“-Ersatzteile für anlässlich eines Neuwagengeschäftes in Zahlung genommene Fahrzeuge benötigt werden, ist festzustellen, daß diese Ersatzteile dazu dienen, den Absatz dieser „Alt“- oder Gebrauchtwagen, also den der „Fremd“-Fabrikate zu fördern.

Der Vertragshändler ist hier Gebrauchtwagenhändler, der Ersatzteile nur für die Instandsetzung zu kaufender „Alt“-Wagen benötigt. Sein Geschäftskontakt mit dem Kunden eines Gebrauchtwagens reißt in der Regel nach einer etwaigen Gewährleistungsfrist ab und kann auch deshalb das Neuwagengeschäft eines

101 BGH, WuW/E BGH 1288, 1292 – EDV-Ersatzteile.

102 BGH, WuW/E BGH 1729, 1730 – Ölbrenner.

103 So ein Schreiben der Daimler-Benz AG an die Verfasser vom 27. Juli 1983.

104 OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 2163, 2164 – Ölbrenner I; BGH, WuW/E BGH 1288, 1292 – EDV-Ersatzteile.

105 BGH, WuW/E BGH 1288, 1292 – EDV-Ersatzteile.

106 OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 2163, 2164, 2165 – Ölbrenner I.

„Fremd“-Fabrikatsherstellers nicht beeinträchtigen. Jedoch wäre die Wettbewerbsfähigkeit des (Vertrags-)Händlers als Gebrauchtwagenhändler beeinträchtigt. Dieses Interesse des Vertragshändlers an seiner Wettbewerbsfähigkeit ist als überwiegendes Interesse i.S.d. Rechtsprechung zu § 26 II GWB anzusehen und führt im Ergebnis zu Belieferungsansprüchen auf „Fremd-Original“-Ersatzteile, die denen der „freien“ Werkstätten entsprechen¹⁰⁷.

Etwas anderes hat zu gelten, soweit der Vertragshändler „Original“-Ersatzteile für ein etwaiges laufendes regelmäßiges Reparaturgeschäft an Fahrzeugen von „Fremd“-Fabrikaten benötigt. Ein konditionengleicher Belieferungsanspruch kann hier deshalb nicht in Betracht kommen, weil der nachfragende Händler bzw. die nachfragende Werkstatt das Reparatur- und Wartungsgeschäft dazu nutzen könnte, Vertrauen gegenüber dem Endverbraucher auch hinsichtlich der sachgemäßen Beratung anlässlich eines Neuwagengeschäftes zu begründen¹⁰⁸. Die betroffene Werkstatt wäre anderenfalls in die Lage versetzt, unter Schwächung der Marktstellung des „Fremd“-Fabrikatsherstellers die Marktstellung der Hersteller zu stärken, in dessen Vertriebssystem sie eingebunden ist und als dessen Vertragspartner sie auftritt. Hierbei könnte sie sich die Ersatzteilorganisation des „Fremd“-Fabrikatsherstellers zunutze machen, die dieser unter beträchtlichem Kostenaufwand zur Pflege seiner eigenen Produkte bereitgestellt hat. Angesichts dieser überwiegenden nachteiligen Folgen für den „Fremd“-Fabrikatshersteller ist eine Belieferungspflicht mit „Original“-Ersatzteilen – jedenfalls zu den Bedingungen, wie sie die „eigenen“ Vertragshändler erhalten – gegenüber Vertragshändlern oder -werkstätten anderer Fabrikate zu verneinen.

107 Vgl. dazu 1.3.1.1. und 1.3.1.2.

108 Vgl. Fn. 100.

2. Aktuelle Stellungnahmen zu selektiven Vertriebssystemen in Großbritannien*

Das britische Wettbewerbsrecht unterscheidet sich erheblich vom Wettbewerbsrecht der EG und vor allem vom deutschen und amerikanischen Kartellrecht. Die Intensivierung der Wettbewerbspolitik durch die neuere Gesetzgebung seit 1973 hat die legalistisch-formalen Traditionen des britischen Rechts durch administrativ-diskretionäre Entscheidungsverfahren abgelöst¹. Deshalb können die einschlägigen Entscheidungen britischer Instanzen nicht als Elemente eines Systems von Rechtsregeln vorgestellt werden, das allgemeine Verbindlichkeit beanspruchen würde. Es handelt sich vielmehr um Maßnahmen, die spezifische Sektoren und die dort beobachtbaren Praktiken betreffen. Die Vor- und Nachteile des britischen Systems sind hier nicht zu bewerten. Es muß insbesondere dahinstehen, wie gravierend sich die aus den „politischen“ Elementen des britischen Rechts resultierenden Unsicherheiten auswirken und ob nicht insbesondere die vom Office of Fair Trading entwickelte Wettbewerbspolitik eine Kohärenz erreichen wird und schon erreicht hat, die gegenüber den stärker regelorientierten Systemen durchaus auch Vorzüge aufweist². Unser Bericht beschränkt sich auf eine Darstellung und knappe Würdigung von Untersuchungen und Entscheidungen, die für die mit dem Ersatzteilvertrieb typischen wettbewerbspolitischen Konfliktkonstellationen unmittelbar einschlägig sind.

2.1. Rechtliche Grundlagen³

Das britische Recht zeichnete sich lange Zeit durch eine weitgehende Abstinenz gegenüber der Problematik vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen aus. Dies gilt nicht nur für die Regeln des Common Law⁴, sondern auch noch für die i.J. 1948

* Dr. Ulrich Magnus vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg danke ich für seine Hinweise, Jane L. Smith für ihre Durchsicht dieses Abschnitts.

1 Zu diesem Politikwandel vgl. O'Brien, Competition policy in Britain: the silent revolution, The Antitrust Bulletin 1982, 217 ff.

2 Vgl. Howe, The Competition Act: Early Case Law, European Competition Law Review 1982, 331 ff.

3 Die im folgenden genannten Gesetze sind, mit Ausnahme des Competition Act 1980, abgedruckt bei Gijlstra (Hrsg.), Competition Law in Western Europe and the U.S.A., Band B (Stand: Oktober 1977); eine deutsche Übersetzung der wichtigsten Passagen des Fair Trading Act 1973 findet sich in WuW 1979, 450 ff., für den deutschen Text des Competition Act 1980 vgl. WuW 1981, 503 ff., 602 ff. Für Darstellungen des britischen Rechts sei insbesondere verwiesen auf Korah, Competition Law of Britain and the Common Market, 3. Aufl. 1982, 94 ff., 142 ff.; Chitty, Contracts, Band 2, 25. Aufl. 1983, 855 ff.; Ulmer-Westerholt, Unlauterer Wettbewerb, Band 6, Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland, 1981, 307 ff.

4 Ulmer-Westerholt, a.a.O., 299 ff.

einsetzende wettbewerbs-rechtliche Gesetzgebung. Der gegenwärtige Rechtszustand ist indessen durch vier Zugriffsmöglichkeiten auf Vertikalbindungen gekennzeichnet:

(1) Für Vereinbarungen, die eine Einschränkung wettbewerbslicher Aktivitäten enthalten, sieht der Restrictive Trade Practices Act von 1976 (im folgenden: RTPA 1976) eine Registrierungspflicht beim Director General of Fair Trading (im folgenden: DGFT) vor. Erst dann, wenn der DGFT diese Vereinbarungen dem Restrictive Trade Practices Court vorlegt und die Vertragsparteien vor dem Gericht die Vermutung einer Verletzung des „public interest“ nicht widerlegen können, werden solche Vereinbarungen für unwirksam erklärt⁵.

(2) Nach dem Fair Trading Act 1973 (im folgenden: FTA 1973) können der DGFT und der Secretary of State durch vier Formen von „references“ die Monopolies and Mergers Commission (im folgenden: MMC) anrufen, die dann Marktstrukturen und Marktverhalten daraufhin untersucht, ob diese sich als wettbewerbswidrig darstellen und das „öffentliche Interesse“ verletzt wird. Der Bericht der Kommission bildet die Grundlage für Anordnungen des Secretary of State oder für ein „undertaking“, das der DGFT mit den Betroffenen aushandelt⁶.

(3) Unabhängig insbesondere von dem Vorliegen einer Monopolsituation oder einer „komplexen“ Monopolsituation können seit Inkrafttreten des Competition Act 1980 (im folgenden: CA 1980) vertikale Wettbewerbsbeschränkungen, die von Einzelunternehmen praktiziert werden, wegen ihrer potentiell wettbewerbswidrigen Wirkungen verfolgt werden. § 3 CA 1980 ermächtigt den DGFT, eine entsprechende Untersuchung zu beginnen⁷, die sich freilich auf die wettbewerbspolitische Beurteilung der inkriminierten Praktiken zu beschränken hat (§ 3 CA 1980). Wenn der DGFT kein ihn befriedigendes „undertaking“ durchsetzen kann (§ 4 Abs. 1-3 CA 1980), steht ihm die Möglichkeit einer „reference“ zur MMC offen (§ 5 CA 1980)⁸, die dann nicht nur die Wettbewerbswidrigkeit jener Praktiken prüft, sondern auch zum „öffentlichen Interesse“ Stellung nimmt (§§ 6 Abs. 5 und 8 Abs. 2 CA 1980). Das weitere Verfahren entspricht dem FTA 1973⁹.

5 Vgl. näher Korah, a.a.O., 94 ff., 142 ff.; Chitty, a.a.O., 867 ff.; Ulmer-Westerholt, a.a.O., 307 ff.

6 Vgl. näher am Beispiel der Untersuchung des Automobil-Ersatzteilvertriebs unten 2.2. sowie allgemein Chitty, a.a.O., 947 ff.

7 Kennzeichnend für die politisch-administrativen Elemente des britischen Wettbewerbsrechts ist freilich die in § 3 Abs. 5 und 6 vorgesehene Befugnis des Secretary of State, eine solche Untersuchung zu untersagen.

8 Hiergegen kann wiederum der Secretary of State eingreifen (§ 7 Abs. 1 bis 3 CA 1980).

9 Vgl. die unten zu 2.3. berichteten Beispiele sowie allgemein Chitty, a.a.O., 956 ff.

(4) Eine Sonderstellung nehmen Preisbindungen ein. Die kollektive Durchsetzung von Preisbindungen, individuelle Mindestpreisfestsetzungen und deren Durchsetzung durch Lieferverweigerungen sind nach Maßgabe der §§ 1, 2, 9, 11 Resale Prices Act von 1976 grundsätzlich verboten¹⁰.

2.2. Die Stellungnahme der Monopolies and Mergers Commission zum Ersatzteilvertrieb und ihre Umsetzung

2.2.1. Verfahren

Der FTA 1973 ermächtigt das durch dieses Gesetz neu geschaffene Amt (den Director General of Fair Trading mit dem Office of Fair Trading), insofern diese Behörde selbst dies für geboten hält (§§ 44 ff. FTA 1973), die MMC mit der Untersuchung der Frage zu befassen, ob in einem bestimmten Marktsektor eine „Monopolsituation“ bzw. eine „komplexe Monopolsituation“ besteht, die zu Wettbewerbsbeschränkungen führt, und ob diese Wettbewerbsbeschränkungen das „öffentliche Interesse“ beeinträchtigen oder gefährden (§§ 47 ff. FTA 1973). Diese Untersuchungsziele umschreibt der FTA 1973 näher

– und zwar die „Monopolsituation“ auf Gütermärkten in den §§ 6, 11: „6–(1) For the purposes of this Act a monopoly situation shall be taken to exist in relation to the supply of goods of any description in the following cases, that is to say if –

(a) at least one-quarter of all the goods of that description which are supplied in the United Kingdom are supplied by one and the same person, or are supplied to one and the same person, or

(b) at least one-quarter of all the goods of that description which are supplied in the United Kingdom are supplied by members of one and the same group of interconnected bodies corporate, or are supplied to members of one and the same group of interconnected bodies corporate, or

(c) at least one-quarter of all the goods of that description which are supplied in the United Kingdom are supplied by members of one and the same group consisting of two or more such persons as are mentioned in subsection (2) of this section, or are supplied to members of one and the same group consisting of two or more such persons, or

(d) one or more agreements are in operation, the result or collective result of which is that goods of that description are not supplied in the United Kingdom at all.

(2) The two or more persons referred to in subsection (1) (c) of this section, in relation to goods of any description, are any two or more persons (not being a group of interconnected bodies corporate) who whether voluntarily or not, and whether by agreement or not, so conduct their respective affairs as in any way to prevent, restrict or

10 Einzelheiten bei Chitty, a.a.O., 961 ff.; vgl. auch Korah, a.a.O., 182 ff.; Ulmer-Westerholt, a.a.O., 310 ff.

distort competition in connection with the production or supply of goods of that description, whether or not they themselves are affected by the competition and whether the competition is between persons interested as producers or suppliers or between persons interested as customers of producers or suppliers.“

„11.—(1) In this Act ‘complex monopoly situation’ means circumstances in which, in accordance with the preceding provisions of this Act, a monopoly situation is for the purposes of this Act to be taken to exist in relation to the supply of goods or services of any description, or in relation to exports of goods of any description from the United Kingdom, by reason that the condition specified in paragraph (c) or in paragraph (d) of section 6(1) or of section 7(1) of this Act is fulfilled, or that the conditions specified in subsection (2) or in subsection (3) of section 8 of this Act are fulfilled.

(2) Any reference in the preceding subsection to paragraph (c) or paragraph (d) of section 6(1) or of section 7(1) of this Act shall be construed as including a reference to that paragraph as modified by section 9(2) of this Act.“

— sowie das öffentliche Interesse in § 84 wie folgt:

„84.—(1) In determining for any purposes to which this section applies whether any particular matter operates, or may be expected to operate, against the public interest, the Commission shall take into account all matters which appear to them in the particular circumstances to be relevant and, among other things, shall have regard to the desirability —

(a) of maintaining and promoting effective competition between persons supplying goods and services in the United Kingdom;

(b) of promoting the interests of consumers, purchasers and other users of goods and services in the United Kingdom in respect of the prices charged for them and in respect of their quality and the variety of goods and services supplied;

(c) of promoting, through competition, the reduction of costs and the development and use of new techniques and new products, and of facilitating the entry of new competitors into existing markets;

(d) of maintaining and promoting the balanced distribution of industry and employment in the United Kingdom; and

(e) of maintaining and promoting competitive activity in markets outside the United Kingdom on the part of producers of goods, and of suppliers of goods and services, in the United Kingdom.

(2) This section applies to the purposes of any functions of the Commission under this Act other than functions to which section 59 (3) of this Act applies.“

Kommt die MMC in ihren Untersuchungen zu dem Ergebnis, daß eine Monopol-situation vorliegt und diese dem öffentlichen Interesse widerspricht, so teilt sie dies dem zuständigen Minister mit und spricht zugleich Empfehlungen aus (§ 54). Der Minister kann dann den Bericht der MMC dem Parlament zur Beschlufassung vorlegen (§ 91), den Direktor anweisen, den Betroffenen ein

„undertaking“ abzuhandeln oder eine ihm geeignet erscheinende Anordnung treffen, nach deren Maßgabe die darin bezeichneten Praktiken dann gesetzwidrig werden (§ 56).

Das beschriebene Verfahren wurde für den Vertrieb von Automobilersatzteilen durch eine „reference“ des DGFT vom 13.11.1980 in die Wege geleitet. Die MMC hatte danach binnen 18 Monaten einen Bericht darüber zu erstatten, ob eine Monopolsituation i.S.d. § 6 (1) (c) FTA 1973 besteht, wenn ja, wer eine solche Monopolstellung innehat, ob und wie dabei wettbewerbsbeschränkende Praktiken zum ausschließlichen Bezug von Lieferanten oder der von ihm bezeichneten Bezugsquellen führen und ob diese Praktiken dem öffentlichen Interesse widersprechen (vgl. genauer para. 1.1. sowie 1.3. i.V.m. 1.7.). Sachlich war die Einleitung dieses Verfahrens bereits vorbereitet durch einen Bericht der Price Commission vom 22.10.1979, der noch auf der Grundlage des – durch den Competition Act 1980 aufgehobenen – Price Commission Act 1977 erstattet worden war¹¹. In diesem Bericht, der im folgenden mit zu berücksichtigen sein wird, waren bereits die Ausschließlichkeitsbindungen beim Ersatzteilvertrieb kritisiert worden. Da sich die Befugnisse der Preiskommission auf Maßnahmen der Preiskontrolle beschränkten, wurde offenbar allgemein mit zusätzlichen kartellrechtlichen Anschlußuntersuchungen gerechnet¹².

2.2.2. Die Empfehlungen der Kommission und ihre Umsetzung

Die Kommission hat beide ihr gestellten Fragen, also das Bestehen einer „komplexen Monopolsituation“ und den Verstoß gegen das „öffentliche Interesse“ bejaht und deshalb empfohlen, daß die britischen Hersteller und die Kfz-Importeure aufgefordert werden sollten, alle Bestimmungen in ihren Vertragshändler-Verträgen fallenzulassen bzw. nicht mehr durchzusetzen, die bewirken, daß vom Vertragshändler ein ausschließlicher Bezug vom Hersteller bzw. Importeur oder den von diesen bezeichneten Bezugsquellen verlangt wird (para. 6.54.). Die Kommission hat überdies deutlich gemacht, daß ihrer Ansicht nach eine weitere Untersuchung geboten sein kann, sofern sich zeige, daß die Automobilhersteller mit Hilfe anderer der Kooperation mit ihren Vertragshändlern dienenden Klauseln in einem „materially anti-competitive“ Ausmaß zum ausschließlichen Bezug übergangen (para. 6.55.).

- 11 Auch dieses Gesetz ist abgedruckt in Gijlstra, a.a.O. (Fn. 3). Zu seiner Bedeutung speziell unter verbraucherpolitischen Gesichtspunkten vgl. die Hinweise bei Smith/Swann, *Protecting the Consumer. An Economic and Legal Analysis*, 1979, 109 ff.
- 12 Vgl. das Referat von Korah zu dem Ersatzteil-Bericht der Monopolies and Mergers Commission (unten 2.2.) auf dem Seminar *An Industry at Bay; A Study of Legal Threats to the U.K. Car Market*, London 1982 (unveröffentlicht).

Im Anschluß an den Bericht der MMC erging dann am 9.11.1982 die „Restriction on Agreements (Manufacturers and Importers of Motor Cars) Order 1982“ Nr. 1146, in der es heißt:

„3. Subject to article 5 below, it shall be unlawful for any manufacturer or importer of motor cars –

- (a) to make an agreement; or
- (b) to carry out an agreement, whenever made

with a franchise to the extent that the agreement contains a provision under or by virtue of which the franchisee is required to acquire all or any car parts exclusively from that manufacturer or importer, or exclusively from sources approved or specified by that manufacturer or importer.

4. Subject to article 5 below, any manufacturer or importer of motor cars or franchisee who is a party to an agreement containing a provision under or by virtue of which the franchisee is required to acquire all or any car parts exclusively from sources approved or specified by that manufacturer or importer, shall, to the extent that it contains such a provision, terminate it before 1st August 1983.

5. Neither article 3 nor article 4 above shall apply in relation to a provision in an agreement between a manufacturer or an importer of motor cars on the one hand and a franchisee on the other hand under or by virtue of which the franchisee is required to acquire a car part exclusively from that manufacturer or importer, or exclusively from sources approved or specified by that manufacturer or importer, for the purpose of

- (a) fitting a car part to a motor car in pursuance of the manufacturer's or importer's warranty to which the motor car is subject; or
- (b) supplying a car part in pursuance of a recall campaign.“

Diese Anordnung entspricht dem Original-Teile-Beschluß des BKA vom 21.3.1979¹³ insofern, als sie nicht auf den Wortlaut entsprechender Vertragsbestimmungen sondern auf den Ausschließlichkeits-Effekt abstellt. Aber sie geht insofern noch einen entscheidenden Schritt weiter, als sie sich nicht lediglich auf Identteile (Parallellieferteile) beschränkt und dem Händler auch keine Hinweispflicht auferlegt. All dies ist auch deshalb bemerkenswert, weil die Price Commission in dem erwähnten Vorverfahren lediglich auf die Problematik der qualitätsgleichen Identteile verwiesen hatte.

2.2.3. Der Bericht der Monopolkommission

Der spezifischen Aufgabenstellung der MMC entsprechend liegt der Schwerpunkt des Berichts auf der Darstellung der Marktverhältnisse, der Distributionssysteme und der dabei von den Automobilherstellern befolgten Praktiken¹³. Die Erwä-

13 WuW/E BKartA 1781; vgl. demgegenüber den Beschlußtenor des KG in WuW/E OLG 2247.

gungen, die dann zur „Subsumtion“ unter die §§ 6 (1) (c) und 84 FTA 1973 führen, bleiben ganz auf die erhobenen Fakten bezogen.

2.2.3.1. Besonderheiten des britischen Marktes

Wegen der insgesamt geradezu erstaunlichen Ähnlichkeiten zu den Verhältnissen in der Bundesrepublik kann für diesen Teil auf Kap. 2 Bezug genommen werden, zumal dort auch bereits auf die britischen Besonderheiten hingewiesen wurde¹⁴. Der Übersichtlichkeit halber sei lediglich nochmals hervorgehoben:

- Die Marktanteilsverluste der britischen Hersteller haben offenbar zu einer Veränderung der Kräfteverhältnisse zugunsten der Zulieferindustrie und zugleich zu einer Verschärfung des Wettbewerbs um den Ersatzteilmarkt geführt (para. 2.4., 2.8., 5.3., 5.45.)¹⁵. Dabei bieten die Hersteller selbst sog. All-Makes Programme an (BL-Unipart etc., vgl. para. 2.11., 45.).
- Der Anteil der britischen Hersteller am Ersatzteilgeschäft wird für die wettbewerbsgefährdeten Teile auf 25 % geschätzt, während der Anteil der ausländischen Hersteller zwischen 80 und 90 % liegen soll (para. 2.14.).
- Das Do it yourself-Geschäft und sog. Free Fit-Centres spielen eine größere Rolle als z.B. in der Bundesrepublik (para. 2.10., 5.16.).
- Der Anteil der Eigenkonstruktionsteile wird von der MMC auf nur 30 - 40 % geschätzt (para. 4.38.)¹⁶.
- Die Durchsetzung der Bezugspflicht scheint den Importeuren effektiver zu gelingen als den britischen Herstellern (para. 5.44.)¹⁷.

2.2.3.2. Gründe für den ausschließlichen Bezug von Ersatzteilen in der Hersteller-Vertragshändler-Beziehungen

Die von der Kommission ermittelten Praktiken, die zu einem ausschließlichen Bezug des Verwenders führen, bestätigen nochmals, daß die Marketingkonzepte der Automobilhersteller international grundsätzlich einheitlichen Mustern folgen: So finden sich in den Händler-Verträgen die bekannten Ausschließlichkeitsbindungen (para. 4.3. i.V.m. Appendix B), Bevorratungspflichten, Vorausschätzungen, Rabattsysteme (insbes. Umsatzrabatte), Betriebsinspektionen, Bestellsysteme, die Händlern und Herstellern laufend den Ersatzteilbedarf anzeigen, Kündigungsrechte des Herstellers wegen Vertragsverletzungen. All diese mittelbar auf einen Alleinbezug hinwirkenden Restriktionen dürfen aber, wie die Kommission ausdrücklich hervorhebt (para. 4.32. - 4.36.), nicht einfach als Ausdruck einer Verhandlungsübermacht des Herstellers interpretiert werden. Sie dienen

14 Vgl. die Nachweise in Fn. 24.

15 Vgl. auch die Referate von Hodsen, Knibb, Bell, in: The Economist Intelligence Unit, The Automotive Industry of the 1980s: Strategy for Revival, 1983.

16 Vgl. dazu Kap. 2, 2.1. bei Fn. 15 und 57.

17 Vgl. zur Lage in Frankreich Kap. 2, 3.1.2. bei Fn. 161.

immer auch der Effizienz des Vertriebssystems und liegen insoweit auch im Interesse des Vertragshändlers. Nach den Feststellungen der Kommission sind die Vertragshändler im übrigen selbst nur dann an einem freien Bezug interessiert, wenn ein Großhändler Teile schneller und vor allem zu einem günstigeren Preis liefern kann als der Hersteller selbst (para. 4.36.).

2.2.3.3. Gründe außerhalb der Hersteller-Vertragshändler-Beziehung

Der Wettbewerb um den Vertragshändler reduziert sich ferner teils aus objektiv-ökonomischen Gründen, teils wegen wettbewerbspolitisch umstrittener Praktiken¹⁸. Bei den schwergängigen Ersatzteilen, die nur über die Vertragshändlernetze vertrieben werden („captive parts“), wäre i.d.R. eine selbständige Produktion und auch ein zweiter Vertriebsweg ökonomisch uninteressant. Allerdings macht die britische Zulieferindustrie geltend, daß dieser Anteil der „captive parts“ künstlich hochgehalten werde, nämlich durch¹⁹

- Eigentumsrechte des Kfz-Herstellers an Produktionsmitteln des Zulieferers
- einen vom Hersteller durchgesetzten Verzicht des Zulieferanten auf die Verwendung eigener Warenzeichen²⁰
- Werbeverbote, die es dem Zulieferunternehmen untersagen, beim Ersatzteilvertrieb auf ihre Funktion als Erstausstatter hinzuweisen
- das britische Copyright-Recht.

Das zuletzt genannte Instrument ist allerdings eine britische Besonderheit. Der Copyright-Schutz führt nach der geltenden, wenn auch rechtspolitisch umstrittenen Interpretation dazu, daß technische Produkte, die nach einer Zeichnung gefertigt werden, mit Rücksicht auf das Copyright an der Zeichnung nicht nachgebaut werden dürfen²¹. Diesen Schutz hat British Leyland²² für seine Auspuffanlagen (!) geltend gemacht. Der angerufene High Court (Chancery Division) hat die Berechtigung der Klage bereits bestätigt und auch angedeutet, daß er den von den Beklagten eingeführten „Euro-defences“ wohl nicht folgen wird²³.

18 Vgl. auch Kap. 2, 3.1.2. und 4.1.2.

19 Vgl. zum folgenden Kap. 2, 2.2.2. - 2.2.4.

20 Vgl. demgegenüber Ziff. XII.6. der VDA-Empfehlungen von Einkaufsbedingungen der Automobilindustrie (BANz. Nr. 132 v. 16.9.1982) sowie die Antwort der Kommission v. 21.2.1983 auf die schriftliche Anfrage Nr. 1730/82 der Herren Megahy und Seal, ABl. Nr. C 100 v. 13.4.1983, 27.

21 Vgl. im Bericht der MMC para. 4.53. sowie Ulmer-Westerholt, a.a.O. (Fn. 3), 143 f.

22 British Leyland Motor Corp. Ltd v. Armstrong Patents Co. Ltd, (1983) European Commercial Cases 67 (= GRUR Int 1983, 872 – Zusammenfassung).

23 Rechtsprechungshinweise hierzu bei Steindorff, Europäisches Kartellrecht vor staatlichen Gerichten 1971 – 1978. Zur Entwicklung des europäischen Kartellrechts, Teil III, ZHR 146 (1982), 140 ff., 146 f.

2.2.3.4. Die Argumentation der Betroffenen und die Erhebung der MMC zu den Preisen von Kfz-Ersatzteilen

Der Abschnitt, in dem die Kommission über die zur Kritik und zur Verteidigung der Ausschließlichkeitsbindungen vorgebrachten Argumente berichtet (para. 5.), bestätigt nochmals die Internationalität der Problemlage²⁴. Die Argumente, die von den Automobilherstellern, Importeuren und ihren Konkurrenten vorgetragen werden, sind mit den aus der deutschen und europäischen Diskussion bekannten Stellungnahmen praktisch identisch; der einzige markante Unterschied gerade zur deutschen Diskussion besteht darin, daß die Argumente des „freien“ Großhandels und der Werksvertreter in Großbritannien von der Zulieferindustrie vorgetragen werden – ein Rollentausch, der offenbar auf die relativ größere Stärke der Zulieferindustrie in Großbritannien zurückzuführen ist²⁵.

Die Kommission hat sich zur Überprüfung der tatsächlichen Voraussetzungen der von den Betroffenen behaupteten Zusammenhänge auf die Auswertung ihrer Markt-Erhebungen und Interviews beziehen können (Appendix D). Sie hat überdies eine Untersuchung der Preise für Ersatzteile vorgenommen, in der das Preisniveau der Vertragshändler mit dem des nicht-gebundenen Marktsektors verglichen werden sollte (Appendix E). Wegen dieser Zielsetzung ließ die Kommission die „captive parts“²⁶ außer Betracht und bezog sich nur auf eine Reihe von „Schnelldrehern“ für einen städtischen Raum (Brighton/Leeds) in einem begrenzten Erhebungszeitraum (August 1981). Das für Preisvergleiche zwischen unterschiedlichen Vertriebsformen typische Serviceproblem (Preisunterschiede können auf unterschiedliche Serviceleistungen oder auch Garantiepflichten zurückzuführen sein²⁷) hat die Kommission bewußt vernachlässigt und zur Sache des Konsumenten erklärt (Appendix E, Ziff. 9). Um den (technischen) Qualitätsproblemen des Preisvergleichs gerecht zu werden, unterschied die Kommission zwei Gruppen von Ersatzteilen: eine Gruppe A, in der die Originalteile, die von Automobilherstellern im Rahmen eines All Makes-Programms vertriebenen Teile sowie Ident-/Parallellieferteile zusammengefaßt werden, und eine Gruppe B, zu der sonstige, von renommierten Produzenten gelieferte Ersatzteile ge-

24 Zu den Besonderheiten des britischen Marktes vgl. oben 3.1.3.1. In Kap. 2 sind die für uns ersichtlichen Differenzen und Gemeinsamkeiten jeweils vermerkt; vgl. dort 2.1. bei Fn. 28 ff., 2.2.3. bei Fn. 49 ff., 2.2.4. bei Fn. 66, 83 ff., 3.1.1. bei Fn. 109 ff., 3.2. bei Fn. 163, 167 ff.

25 Vgl. oben 2.2.3.1. bei Fn. 15 sowie Kap. 2, 3.2. bei Fn. 167. Vertreter der britischen Ersatzteilindustrie haben deshalb die Order 1146/82 gegenüber Art. 3 Nr. 4 der FreistellungsVO für den Automobilsektor (ABl. Nr. L 15 v. 18.01.1985, 16) verteidigt. Vgl. die Memoranden von Guest, Keen and Nettlefolds und Lucas Ind. im Bericht des Select Committees des House of Lords, 263 ff., 265 ff. sowie die Stellungnahme des Select Committee, para. 71.

26 Zum Begriff vgl. oben 2.2.3.3. bei Fn. 18.

27 Vgl. Schenk, Der Preisvergleich, 1981.

hören. Die wichtigsten der durch Selbstauskünfte der Befragten erhaltenen Ergebnisse sind kaum überraschend (Appendix E, Ziff. 11 ff.)²⁸:

- Vertragswerkstätten halten sich in ihren Reparaturrechnungen i.d.R. an die Preisempfehlungen der Hersteller
- das gleiche tun vielfach die ungebundenen Werkstätten; aber hier ist das Preisverhalten weniger gleichförmig: teils werden Abschläge gewährt, teils aber auch die Preisempfehlungen überschritten
- Preisvorteile für den Verbraucher bieten die Fitting Centres und Warenhäuser.

Für vier Ersatzteile (Zündkerzen/Ölfilter/Wasserpumpen/Kupplungsscheiben) konnten die Daten präziser ausgewertet werden. Dabei zeigte sich (Appendix E, Ziff. 19 ff.):

- Originalteile (Gruppe A 1) werden, soweit sie außerhalb der Vertragswerkstätten erhältlich sind, dort günstiger angeboten
- Identteile (Gruppe A 3) sind in den nicht-gebundenen Werkstätten häufig preisgünstiger als die Originalteile in den Vertragswerkstätten, in den Warenhäusern sogar allgemein erheblich billiger
- markant preisgünstiger als die Originalteile der Vertragswerkstätten sind i.d.R. die Teile der Gruppe B (40 % im Verhältnis zur unverbindlichen Preisempfehlung der Hersteller).

Auf die Grenzen der Aussagekraft dieser Erhebungen wird sogleich zurückzukommen sein²⁹.

2.2.3.5. Monopolsituation und öffentliches Interesse

§ 6 (1) FTA 1973 definiert die Monopolsituation durch einen Marktanteil von 25 %, wobei es gem. § 6 (1) (c) genügt, daß dieser Marktanteil von zwei oder mehr Personen erreicht wird, die sich in der in § 6 Abs. 2 beschriebenen Weise wettbewerbswidrig verhalten. Einen solchen in § 11 FTA 1973 als „complex monopoly situation“ definierten Monopoltatbestand konnte die Kommission bejahen: Nach ihren Erhebungen entfielen auf diejenigen Hersteller und Importeure, die ausschließliche Bezugsbindungen verwenden, zusammen mehr als 25 % des Ersatzteilmarktes (para. 6.4.ff.), und der wettbewerbsbeschränkende Effekt dieser Praxis erscheint eindeutig (para. 6.5. i.V.m. 6.21. - 6.25.)³⁰.

28 Vgl. bereits Kap. 2, 4.1.2.

29 Unten 2.2.4.2.

30 Die Ausschließlichkeitsbindungen in den Vertriebssystemen von Automotive Products Ltd und der Lucas-Gruppe sind von diesen Feststellungen nicht betroffen (para. 6.6. - 7.).

Danach kam alles auf die Bestimmung des „öffentlichen Interesses“ an. In den Überlegungen der Kommission zu dieser Kategorie kann man analytisch³¹ struktur- oder industriepolitische, wettbewerbspolitische und verbraucherpolitische Gesichtspunkte unterscheiden.

(1) Als struktur- oder auch industriepolitische Komponente lassen sich die Aussagen zur Zukunft der Teileindustrie und der in dieser Industrie Beschäftigten einstufen. Die Kommission erkennt an, daß derartige Implikationen das öffentliche Interesse berühren (para. 6.12.). Aber ihre Ausführungen bleiben hypothetisch, weil sie sich auf die Maßnahmen „unterhalb“ der Schwelle der Ausschließlichkeitsbindung beziehen³², zu denen sogleich hervorgehoben wird, daß sie nach der Einschätzung der Kommission den förmlichen Bezugsbindungen nicht (oder jedenfalls: derzeit noch nicht³³) gleichgestellt werden dürfen und daher aus dem Untersuchungsauftrag der MMC herausfallen (para. 6.17.). Und in dem folgenden Abschnitt über die Auswirkungen der Ausschließlichkeitsbindungen heißt es, daß verlässliche Prognosen über die Vor- oder Nachteile eines Verbots solcher Bindungen für die Teileindustrie nicht möglich seien (para. 6.26.) und ein etwaiger Schutz der heimischen Industrie gegen Importe nicht mit Hilfe wettbewerbsbeschränkender Praktiken durchgesetzt werden sollte (para. 6.27.). Deshalb ist der MMC zu bescheinigen, daß sie ihre Empfehlungen nicht auf industriepolitische Argumente gestützt hat. Eine andere Frage ist, ob die Empfehlungen der Kommission nicht deshalb in erster Linie britische Teileproduzenten begünstigen, weil die Vertragswerkstätten nicht an die Qualitätsmaßstäbe des Herstellers gebunden werden.

(2) Zu den spezifisch wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten gehören die Beschränkungen des Marktzutritts und die Konsequenzen für den Preiswettbewerb. Marktzuschriffsschranken errichten Ausschließlichkeitsbindungen im Bereich der gebundenen Werkstätten definitionsgemäß für Teilehersteller, die nicht zu den Lieferanten der Hersteller gehören (para. 6.21.), aber auch für Zulieferer, soweit diesen ein zweiter Vertriebsweg nicht offensteht (para. 6.22.). Besonders spürbar sei dies für die britischen Teileproduzenten infolge des hohen Marktanteils ausländischer Kfz-Hersteller (para. 6.24). In ihren Erhebungen zu den Ersatzteilpreisen hatte die Kommission Preisdifferenzen zwischen den unterschiedlichen Marktsektoren festgestellt (vgl. 2.2.3.4.). Sie schließt hieraus aber nicht auf einen effektiven Wettbewerb: Weil davon auszugehen sei, daß vor allem Neuwagenkäufer Reparaturen „as a matter of course“ bei den Vertrags-

31 Die Kommission bedient sich einer solchen Differenzierung nicht. Sie richtet sich ebensowenig nach der Reihenfolge der in § 84 FTA 1973 genannten Gesichtspunkte – eben dies gehört zu den oben 2.1. angesprochenen Freiheiten des nicht-judiziellen Verfahrens.

32 Vgl. oben 2.2.2.3.

33 Vgl. oben 2.2.2.

werkstätten ausführen lassen, ohne auf Preisunterschiede für Ersatzteile zu achten, sei der Wettbewerb nicht „fully effective“. Beeinträchtigungen des Wettbewerbs sieht die Kommission ferner darin, daß die zuweilen überlegene Leistungsfähigkeit örtlicher Großhändler im gebundenen Teil des Marktes nicht zur Geltung kommen kann (para. 6.32.). Die Rechtfertigung der so definierten Wettbewerbsbeeinträchtigungen mit den absatzpolitischen Zielsetzungen der Sicherung eines markenspezifischen Qualitäts- und Serviceniveaus behandelt die Kommission als eine Frage des „öffentlichen Interesses“ (para. 6.38.): „The question which we are considering at this point is whether exclusivity benefits the public, not whether it suits the interest of car manufacturers and importers“. Aber bei der Begründung ihres Votums gegen die Ausschließlichkeitsbindungen verweist die Kommission wieder auf den Wettbewerbs-Mechanismus (para. 6.38.): „Our view is that the public interest is protected because franchisees have their own interest in ensuring that they do not supply their customers with inferior parts“.

Das gleiche Argumentationsmuster wiederholt sich bei der Stellungnahme zur Mischkalkulation der Hersteller beim Vertrieb von „Schnelldrehern“ und „schwergängigen“ Teilen: Die Versorgung mit schwergängigen Teilen berühre das öffentliche Interesse, aber, so meint die Kommission (para. 6.41.): „The existing high level of competition in the supply of cars and the increased competition in the supply of parts that would result from removal of exclusivity would be sufficient safeguards for the public interest in this context“.

(3) Als verbraucherpolitische Anliegen lassen sich die von der Kommission angesprochenen Probleme der Wahlfreiheit des Konsumenten und des Schutzes gegen Sicherheitsrisiken qualifizieren. Der Abschnitt zur Wahlfreiheit des Konsumenten bietet allerdings keine Analyse der Informationsproblematik, sondern lediglich eine Auseinandersetzung mit dem Argument der Herstellerseite, das Angebot eines die Ersatzteile umfassenden „Leistungsbündels“ verbessere die Entscheidungssituation des Verbrauchers. Diesem Argument hält die Kommission entgegen (para. 6.45. - 6.47.):

- Der Konsument richte sich bei der Wahl seiner Werkstatt nach deren eigener Reputation, nicht aber nach der ihrer Teile-Lieferanten
- Konsumenten, denen der Unterschied von Originalteilen und anderen Teilen geläufig sei, könnten auf der Verwendung von Originalteilen bestehen
- die Vertragswerkstatt werde im Interesse guter Beziehungen sowohl zu ihren Kunden als auch zum Hersteller Teile minderer Qualitäten nicht verwenden
- auch bei Originalteilen seien Fehler nicht auszuschließen.

Sicherheitsrisiken berge ein Verbot der Ausschließlichkeitsbindungen aus zwei Gründen nicht (para. 6.50 - 51.):

- Es gebe keine Hinweise auf eine signifikante Bedrohung der Verkehrssicherheit durch gefährdete Teile im ungebundenen Marktsektor
- Selbst wenn eine derartige Gefahr feststellbar wäre, würden die eigenen Interessen der Vertragshändler gegen einen Bezug derart gefährlicher Teile operieren.

2.2.4. Kommentar

Der Bericht der Monopolkommission hat in Großbritannien kritische Kommentare provoziert, die teils die wettbewerbspolitische Konzeption der MMC auf der Grundlage der amerikanischen „new economics“ in Frage stellen³⁵, die teils auch die Unterscheidung zwischen Wettbewerbsbeschränkungen und öffentlichen Interessen sowie die „Entrechtlichung“ des Kartellrechts in Großbritannien grundsätzlich für fragwürdig erklären³⁶. Auf die rechtspolitischen Aspekte dieser Diskussion ist, soweit sie das britische Kartellrecht betrifft, hier nicht einzugehen, und die Auseinandersetzung mit den Prämissen der auf der ökonomischen Analyse des Kartellrechts beruhenden Kritik ist zunächst zurückzustellen³⁷. Gleichwohl sei schon hier auf konzeptionelle und methodische Bedenken gegen eine Übernahme der Argumentation der MMC in den Kontext der Diskussion um die künftige Entwicklung des europäischen Kartellrechts hingewiesen.

2.2.4.1. Wettbewerbs- und verbraucherpolitische Bedenken

Die wettbewerbspolitische Argumentation der Kommission berücksichtigt die Gesichtspunkte, die in wettbewerbstheoretischen Analysen der Auswirkungen von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen auf den Interbrand- und den Intra-brand-Wettbewerb diskutiert werden, ohne sich auf die zur Rechtfertigung von Beschränkungen des Intra-brand-Wettbewerbs vorgetragenen ökonomischen Argumente näher einzulassen und vor allem ohne eine eigene wettbewerbspolitische Zielvorstellung auszuweisen. In diesen Rechtfertigungsversuchen wird vor allem geltend gemacht, daß der Absatz von Neuwagen, Ersatzteilen und der gesamte After Sales-Service als zusammengehöriges Leistungsbündel gesehen werden müsse und daß die Hersteller, die ein bestimmtes Leistungsniveau im Handels- und Servicebereich sicherstellen wollen, entsprechende Anreize schaffen und Überwachungsmaßnahmen vorsehen müssen³⁸. Die Kommission hat diese Argumen-

34 Oben 3.1.2.4.

35 Vgl. Korah, a.a.O. (Fn. 12); zur amerikanischen Entwicklung vgl. unten 4.

36 Sharpe, *Refusal to Supply*, *Law Quarterly Review* 99 (1983), 36 ff., 60 f. – allerdings aus Anlaß des Raleigh-Verfahrens (dazu unten 2.3.1.).

37 Vgl. ausführlich Kap. 5, 2.1.

38 Vgl. unten 4.1.; deutlicher als die MMC hatte die Price Commission diese Argumente aufgenommen; vgl. den Bericht *Prices, Costs and Margins in the Manufacture and Distribution of Car Parts*, HC 220, 1979, para. 4.4.1.

tation nicht insgesamt zurückgewiesen. Sie hat im Gegenteil nicht nur die vielfältigen Kooperationsbeziehungen zwischen Herstellern und Vertragshändlern einschließlich der unverbindlichen Preisempfehlung trotz ihrer tendenziell wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen durchaus positiv gewürdigt (para. 4.6. ff. und 6.13. ff.), sondern auch die „Bündeltheorie“ im Prinzip akzeptiert. Die gegen die Ausschließlichkeitsbindung gerichteten Empfehlungen sind daher keineswegs als ein konsequentes Plädoyer für den Intrabrand-Wettbewerb und auch nicht als Bekenntnis zu einer eigenständigen Behandlung von Neuwagen-geschäft, Ersatzteilvertrieb und Servicemarkt zu verstehen. Offenbar geht es der Kommission um eine Kompromißformel: Das Verbot der Ausschließlichkeitsbindung soll den Interbrand-Wettbewerb zwischen unterschiedlichen Ersatzteilherstellern und zwischen unterschiedlichen Vertriebssystemen stärken – insoweit tendiert die Kommission zu einer Anerkennung der Selbständigkeit des Ersatzteilmarktes. Zugleich soll die Beseitigung der Ausschließlichkeitsbindung für Ersatzteile den Preiswettbewerb innerhalb der Vertragshändlersysteme verstärken – insoweit wendet sich die Kommission implizit gegen die ökonomische Begründung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen.

Auch wenn man diese Zielsetzungen akzeptiert, bleibt die Frage zu stellen, ob die Mittel, mit denen die Kommission sie erreichen will, tauglich erscheinen. Nach der Darstellung der MMC verbürgt vor allem die Interessenlage und die Urteilskompetenz der Vertragshändler, daß nach einem Verbot der Ausschließlichkeitsbindung der Wettbewerb die ihm zugeordneten Wirkungen entfalten wird. Das ist weder in Bezug auf die Qualitätsproblematik noch für den Preiswettbewerb ohne weiteres einsichtig. Bereits die Price Commission hatte die praktischen Schwierigkeiten einer Sicherung von Qualitätsstandards erörtert und insbesondere eine Anerkennung durch die Hersteller oder durch die Einsetzung von unabhängigen Prüfstellen verworfen³⁹. Der Verweis der MMC auf die Urteilskompetenz der Fachhändler, der für gängige Teile ausreichend sein mag, trägt der Komplexität des Problems nicht Rechnung⁴⁰. Problematisch erscheinen aber vor allem die Hoffnungen auf den Preiswettbewerb nach einer Aufhebung der Bezugsbindung. Die MMC war darauf aufmerksam gemacht worden, daß Preisvorteile beim Einkauf von Ersatzteilen keineswegs automatisch an den Verbraucher weitergegeben werden (para. 5.15; vgl. auch para. 6.30.), und sie hatte in ihren Erhebungen festgestellt, daß erhebliche Preisunterschiede nicht zwischen gebundenen und freien Werkstätten, sondern vielmehr nur im Verhältnis zu den Warenhäusern und „fitting centres“ bestehen (Appendix E, Ziff. 14., 16. f.). Der Preiswettbewerb, den die Kommission befördern möchte, ist mithin nur ein Wettbewerb um den Vertragshändler, nicht aber um den Verbraucher.

39 Ebenda, para. 10.45. - 46.

40 Vgl. Kap. 5, 1.; Kap. 6, 4.1.2.

Damit ist zugleich ein erster verbraucherpolitischer Einwand gegen die Position der MMC angesprochen. Die Kommission hat es aber nicht nur bei ihren Bemühungen um eine Verstärkung des Preiswettbewerbs verabsäumt, Vorkehrungen zur Sicherung von Konsumenteninteressen zu treffen, sondern allgemein deren Entscheidungslage und den Integritätsinteressen von Verbrauchern zu wenig Beachtung geschenkt. Sie hat nicht erkennen lassen, wie sich die von ihr postulierte Wahlfreiheit angesichts der Informationsschwierigkeiten des Konsumenten *material* realisieren läßt (wie also der Preiswettbewerb der gebundenen Werkstätten „fully effective“ i.S.v. para. 6.30. werden kann), und sie hat auch zum Schutz von Sicherheitsinteressen keine besonderen Maßnahmen erwogen⁴¹, obwohl dies gerade bei einer Intensivierung des Wettbewerbs angezeigt wäre⁴².

2.2.4.2. Grenzen des Preisvergleichs

Die Erhebungen der Kommission zu den Ersatzteilpreisen von „Schnelldrehern“ haben Ergebnisse erbracht, die kaum überraschen können, wenn man davon ausgeht, daß gebundene Werkstätten Preisvorteile nicht „freiwillig“ an den Konsumenten weitergeben und auch freie Werkstätten darauf setzen können, daß die Verbraucher den Ersatzteilpreisen im Rahmen von Reparaturrechnungen einen relativ geringen Stellenwert geben (vgl. dazu Appendix E, Ziff. 14). Leider hat die Kommission ihre für vier Ersatzteilpreise belegten und mit den allgemeinen Beobachtungen nicht ohne weiteres vereinbaren Ergebnissen, wonach Identteile im ungebundenen Sektor i.d.R. billiger sind als die Originalteile der Vertragswerkstätten, nicht quantifiziert. Sie hat überdies diese Ergebnisse nicht mit präzisen Erhebungen zur Verfügbarkeit der Teile korreliert (Appendix E, Ziff. 14, 16 f.). So ist nicht erkennbar, ob die höheren Preise in den gebundenen Werkstätten auf entsprechend höheren Aufwendungen beruhen oder eine Preisdiskriminierung der Konsumenten bedeuten. Zu bedauern ist natürlich auch der Ausschluß der „captive parts“. Die Kommission hätte mit den ihr verfügbaren Untersuchungsmitteln möglicherweise die Frage klären können, ob die Preisentwicklung bei diesen Teilen⁴³ mit dem Fehlen direkter Wettbewerber zusammenhängt.

2.3. „Refusal to Supply“: *Raleigh Ltd, RE W.M. Still und Ford Motor Co. Ltd.*

Der oben erwähnte Bericht der Price Commission über den Ersatzteilmarkt⁴⁴ war auf der Grundlage des Price Commission Act 1977 nach einer entsprechenden ministeriellen „reference“ erstellt worden. Nach der Aufhebung dieses Gesetzes i.J. 1979 wurde – als wettbewerbspolitisches Substitut für das interventionisti-

41 Vgl. oben 2.2.3.5. (3).

42 Vgl. näher Kap. 5, 1.1.

43 Vgl. dazu den Anhang A zu Kap. 2.

44 Fn. 38.

sche Konzept des Price Commission Act, aber auch im Interesse einer Effektivierung der Wettbewerbsaufsicht⁴⁵ – durch den Competition Act 1980 die Stellung des Director General of Fair Trading (DGFT) gestärkt. Der DGFT kann nunmehr aus eigener Initiative wettbewerbsbeschränkende Praktiken einzelner Firmen untersuchen und hierüber einen Bericht erstatten. Er kann, wenn er wettbewerbsbeschränkende Praktiken feststellt, die MMC mit der Untersuchung der Frage beauftragen, ob diese Praktiken das „öffentliche Interesse“ beeinträchtigen.

Auf drei Verfahren nach dem neuen Gesetz soll hier kurz hingewiesen werden: Die Untersuchung des selektiven Vertriebssystems von Raleigh, den Bericht über den Ersatzteil- und Servicevertrieb des Kücheneinrichtungs-Unternehmens W.M. Still sowie die „Blechteile“-Untersuchung gegen Ford. Obwohl die beiden erstgenannten Verfahren den Automobilmarkt nicht berühren, sind sie doch für die Entwicklung der britischen Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen von grundsätzlicher Bedeutung.

2.3.1. Das selektive Vertriebssystem von Raleigh

Fahrräder sind langlebige Konsumgüter, die, was ihre technische Komplexität angeht, mit Automobilen gewiß nicht gleichzustellen sind. Das von der Raleigh-Gruppe (TI Raleigh Industries Ltd und TI Raleigh Ltd) für den Absatz ihrer renommierten Fahrräder entwickelte Marketingkonzept unterscheidet sich denn auch von dem der Automobilhersteller erheblich⁴⁶: Raleigh vertreibt seine Fahrräder teils über Großhändler, teils direkt an Fachhändler und Warenhäuser sowie auch im Versandweg. Für die Wahl der Händler sind qualitative Kriterien wichtig (Kreditwürdigkeit, Lagerhaltung, Beratung, Reparaturservice, Ersatzteilbevorratung, Präsentation der Waren, vgl. para. 4.16. ff., 7.11.). Dieses Vertriebssystem setzt auf eine „world-wide reputation for quality, value, safety, availability and servicing“ (para. 4.12.). Da Raleigh 80 % der britischen Produktion und einen Marktanteil von insgesamt 46 % erreicht (para. 3.3.), ist der Konflikt vorprogrammiert: Diejenigen Händler, die von dem Marktführer Raleigh nicht beliefert werden, fühlen sich benachteiligt, und die Wettbewerbspolitik steht insbesondere vor der Frage, ob sie die Entfaltungschancen neuer Vertriebsformen gegen die erklärte Marketingstrategie von Markenherstellern sichern soll.

45 Vgl. Korah, a.a.O. (Fn. 3), 13 f.

46 Vgl. zum folgenden Office of Fair Trading, A report by the Director General of Fair Trading on an investigation under section 3 of the Competition Act 1980. TI Raleigh Industries Ltd, TI Raleigh Ltd v. 23.2.1981 sowie Monopolies and Mergers Commission, A Report on the Application by TI Raleigh Industries Ltd and TI Raleigh Ltd of certain criteria for determining whether to supply bicycles to retail outlets, HGP 67. Die Zitate im Text beziehen sich auf den Bericht des Office of Fair Trading.

2.3.1.1. Der Bericht des DGFT

Aus § 2 (1) des Competition Act 1980 ergibt sich, welche Praktiken das Office of Fair Trading untersuchen soll. Es heißt dort: „A person engages in an anti-competitive practice if, in the course of business, that person pursues a course of conduct pursued by persons associated with him, has or is intended to have or is likely to have the effect of restricting, distorting or preventing competition in connection with the production, supply or acquisition of goods in the United Kingdom or any part of it or the supply or securing of services in the United Kingdom or any part of it“.

Der Raleigh-Bericht unterscheidet nun von vornherein zwei Ebenen, auf denen der Wettbewerb durch das selektive Vertriebssystem beeinträchtigt sein kann: die Herstellung und die Distribution (para. 7.3.). Schon mit diesem Untersuchungsansatz wird das Ergebnis ein Stück weit vorprogrammiert. Auf der Herstellerseite ist nämlich, wie auch der Rückgang des Marktanteils von Raleigh belegt, der Wettbewerb intensiv. Das Vertriebssystem von Raleigh wird denn auch von den Konkurrenten kaum als Marktzutrittsschranke empfunden, weil ihnen genügend Vertriebsmöglichkeiten offenstehen (para. 7.7. f.). Anders aber stellt sich dies auf der Ebene des Handels dar (para. 7.10.): „The Group's continued dominant market position and the degree of brand loyalty which the Group's bicycles command demonstrate that its bicycles are a more attractive product for many retailers than those of other manufacturers and that failure to be able to offer the Group's bicycles lessens the selling power and standing of any bicycle retailer, especially one seeking to make a major impact on the UK market. In these circumstances, any restriction of the number of retailers in a given geographical location and, even more so, refusal to grant supplies to a significant class of retailers, is likely to distort retail competition. In this sense the strength of the Group's brand name is of critical significance to any consideration of the competition effects of its distribution policy“. Die hier angesprochenen wettbewerblichen Auswirkungen präzisiert der Bericht durch eine Analyse der Preispolitik unterschiedlicher Distributionsformen und kommt zu dem Schluß (para. 7.16.): „If the multiple retailers were to achieve the volume of sales looked for in a reasonably short period of time, they would have to divert sales from existing outlets, many of which would be offering advantages of fuller advice and services. They would therefore be likely to price their bicycles aggressively in relation to the competition in the locality of their outlets, suggesting discounts of suggested retail prices at the upper end of, or even above, the range of those currently to be found in the market. Price competition would be likely to be further stimulated by competition between the multiple retailers themselves. The assessment that the multiple retailers would sell at substantially discounted prices appears to be shared by many members of the trade“.

Der Einwand, die neuen Vertriebsformen gefährdeten den Kundendienst und auch die Versorgungsdichte läßt der Bericht nicht gelten (para. 7.20.): „Al-

though the Group has said that Raleigh Services Dealers may refuse to extend servicing facilities to bicycles bought from the multiple retailers, it is likely that this would happen only if servicing were unprofitable. The profitability of servicing may well differ from outlet to outlet depending on the outlet's organisation and character. Insufficient evidence has been presented either to prove the proposition that servicing is subsidised from profits made on selling bicycles". Und weiter (para. 7.21.): „If, on any wide scale, it emerged that consumers preferred lower prices to the advantages of specialised service or presentation, it has to be accepted that the number of bicycle dealers would decline“.

2.3.1.2. Die Stellungnahme der MMC

Die Stellungnahme des DGFT beschränkt sich – der für das britische Wettbewerbsrecht spezifischen Differenzierung folgend – auf die Feststellung der Wettbewerbswidrigkeit von Verhaltensweisen, während es Sache der Monopolies and Mergers Commission ist, über die Unvereinbarkeit solcher Verhaltensweisen mit dem öffentlichen Interesse zu befinden⁴⁷. Der DGFT hatte zur Kategorie des „öffentlichen Interesses“ Fragen der Produktsicherheit, der Beschäftigung, der Ausnutzung getätigter Investitionen, der Zurückdrängung von Importen gezählt (para. 7.2; vgl. Appendix I). Die Monopolkommission hat sich diese Interpretation des öffentlichen Interesses grundsätzlich zu eigen gemacht, ohne diese Möglichkeit einer Rechtfertigung der vom DGFT aufgezeigten Wettbewerbsbeschränkungen zu nutzen⁴⁸. Nach dem Ergebnis dieses Verfahrens bedeutet eine Verkaufsverweigerung, die mit jedem selektiven Vertriebssystem verbunden ist, regelmäßig ein wettbewerbswidriges Verhalten⁴⁹. Dies bedeutet zugleich eine grundsätzliche Kritik selektiver Vertriebssysteme und der durch diese Systeme etablierten Formen des Qualitätswettbewerbs. Das OFT, so könnte man aus der Sicht der Entwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts interpretieren, scheint sich dem Trend zum Qualitätswettbewerb entgegenzustemmen⁵⁰.

2.3.2. Das Ersatzteil- und Kundendienstsystem von Still & Sons Ltd

Das Verfahren gegen Still & Sons Ltd⁵¹ war nicht weniger „automobilfremd“ als das gegen Paleigh: Es betraf die Ersatzteile für die Küchenausstattungen („catering equipment“) von Gastronomiebetrieben und Betriebskantinen sowie den

47 Vgl. § 7 Abs. 6 CA 1980 (vgl. § 84 FTA 1973).

48 Vgl. Korah, a.a.O., 188.

49 Sharpe, a.a.O. (Fn. 36), 60.

50 Zum Abschluß des Verfahrens vgl. Sharpe, a.a.O., 63, Fn. 99; vgl. noch unten 2.3.3.

51 Der Bericht des Office of Fair Trading v. 22.7.1982 ist abgedruckt in European Commercial Cases 1983, 128 ff.; vgl. auch die ähnlich gelagerte Konstellation in dem Bericht des Office of Fair Trading zur Untersuchung gegen Petter Refrigeration Ltd vom 29.5.1981.

damit zusammenhängenden Service. In diesem Ersatzteil- und Servicemarkt konkurrieren Unternehmen unterschiedlicher Größenordnungen mit unterschiedlichen Angebotsprofilen (vgl. para. 3.4. ff. und 3.10. ff.): Hersteller wie Still unterhalten nur z.T. eigene markenspezifische Serviceorganisationen für ganz Großbritannien, andere bedienen sich sog. „distributors“, die aber nicht nur als Händler, sondern z.T. auch als Reparaturunternehmer fungieren und jeweils mehrere Marken versorgen; daneben gibt es unabhängige kleine und große Serviceunternehmen (der Umsatz der drei größten von ihnen belief sich 1980/81 zusammengenommen auf 2,5 Mio. Pfund, das sind knapp 9 % Marktanteil), die z.T. alle britischen und importierten Marken versorgen.

Die Still-Gruppe, deren Anteil an der Erstausrüstung sich – bei abnehmender Tendenz – im Untersuchungszeitraum auf ca. 11 % belief, die aber am Servicemarkt einen Anteil von 15 % hielt (para. 3.17.), entwickelte in den Jahren 1980/81 eine neue Geschäftspolitik (para. 2.6. f., 4.1. ff., 5.1. ff.). Danach sollten insbes. Originalersatzteile über ca. 100 autorisierte Großhändler unterschiedlicher Klassifizierung vertrieben, Großkunden aber grundsätzlich direkt beliefert werden; unabhängige Service-Unternehmen sollten nicht mehr beliefert werden, sofern sie sich nicht als Sub-Unternehmer in das Vertriebsnetz einschalteten. Still hat seine neue Geschäftspolitik – jedenfalls aus der Sicht z.B. der ökonomischen Analyse vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen – in einleuchtender Weise dargestellt: Da es sich bei dem „catering equipment“ um komplizierte und z.T. gefährliche Produkte handele, müsse ein qualitativ einwandfreier Service sichergestellt werden, zumal unsachgemäße Reparaturen den Ruf des Herstellers selbst gefährdeten; vor allem aber sei ein leistungsfähiger und spezialisierter After Sales-Service der Hersteller für die Kunden von erheblichem Interesse (para. 5.13.)⁵². Ein differenziertes Rabattsystem sollte diese Bestrebungen unterstützen und insbes. die „super distributors“ zur Einrichtung von Ersatzteillagern anhalten (para. 5.21. ff.).

Mit dieser Rechtfertigung bietet das Vertriebssystem von Still ein „klassisches“ Beispiel für vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in einem durch intensiven Interbrand-Wettbewerb nicht nur von unterschiedlichen Produkten, sondern auch von unterschiedlichen Absatzstrategien gekennzeichneten Markt. Allerdings benennt der Bericht des DGFT eine Reihe von Indizien, die mit der Selbstdarstellung von Still nicht in Einklang zu bringen sind und daher auch die ökonomische Rechtfertigung der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen in Frage zu stellen scheinen: Ausgerechnet den größten reinen Service-Unternehmen war die Belieferung mit Ersatzteilen versagt worden (para. 6.6.), und die von Still autorisierten Großhändler hatten sich als höchst unattraktive Bezugsquellen erwiesen (para. 6.23. ff.) – diese Feststellungen diskreditieren das Bemühen von Still,

52 Eigenartigerweise hat Still and Sons offenbar nicht mit dem Interesse am Absatz neuer Geräte argumentiert (vgl. para. 3.21.).

das Vertriebssystem als Mittel zur Sicherung eines hohen Serviceniveaus auszuweisen.

Der DGFT hat sowohl die Nicht-Belieferung unabhängiger Service-Unternehmen wie auch das Rabattsystem von Still gerügt. Er bestreitet Still das Recht der freien Kundenwahl (para. 7.8.): „... the question of whether Still's own organisation or another person providing service on catering equipment will provide the more efficient service is one for the customer to judge“. Und er bestreitet auch, daß Still das Ersatzteil- und das Servicegeschäft als Einheit behandeln dürfe (para. 7.8.): „Equally, in the view of the Office, it is for the market to determine whether the servicing needs of end-users are best served by the manufacturer itself maintaining a commercially viable after-sales service organisation“.

Die Behandlung des Ersatzteilvertriebs und des Servicegeschäfts als selbständige Märkte kommt dann konsequenterweise auch bei der Beurteilung des Rabattsystems zur Geltung (para. 7.16.): „The granting of this additional discount to distributors places those distributors that undertake service at a competitive advantage in relation to other persons who undertake service work on Still equipment, and in particular in relation to independent service firms. This advantage is not related to any objective difference in cost in supplying distributors rather than other customers for spare parts; nor does it reflect any service provided by the distributors in return for the benefit received. On the other hand, in working to the disadvantage of independent service firms, this discount will reduce their ability to compete in the market for servicing catering equipment and may also act as an entry barrier to new firms wishing to enter this market“.

Zu einer Überprüfung dieses Ergebnisses unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses ist es nicht gekommen, da die Betroffenen gegenüber dem DGFT die geforderten Verpflichtungserklärungen abgegeben haben⁵³.

2.3.3. Die Untersuchung gegen die Ford Motor Co. wegen der Monopolisierung des „Body Parts“-Geschäfts

Es wäre eine reizvolle Aufgabe, die Wettbewerbspolitik des OFT in einer genaueren Analyse mit der wettbewerbspolitischen Grundlagendiskussion⁵⁴ zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen zu konfrontieren. Für einen ausländischen Beobachter erscheint diese Politik gleichsam eine antizyklische Tendenz zu entwickeln. Es verwundert jedenfalls angesichts der Rezeption der „new economics“ in Großbritannien⁵⁵ nicht, daß die Berichte des OFT höchst kritisch kommentiert worden sind. So rügt Korah eine mangelnde Sensibilität gegenüber

53 Fn. 51, 166 f.

54 Vgl. Kap. 5, 2.

55 Vgl. auch die Hinweise in Kap. 5, 2.1.3.

den ökonomischen „constraints“, die zur Wahl selektiver Vertriebssysteme führen⁵⁶, und Sharpe vermißt eine ökonomisch plausible Konzeption des „anti-competitive practice“⁵⁷. Eine genauere Auseinandersetzung mit der britischen Wettbewerbspolitik, die auch die dem Competition Act 1980 vorausgegangene Diskussion berücksichtigen müßte⁵⁸, ist hier nicht möglich.

Uns scheint jedenfalls eine Interpretation, die dem Office of Fair Trading ein mangelndes Verständnis für die Effizienzvorteile des Nicht-Preiswettbewerbs vorhält, verkürzt zu sein. Das Vorgehen gegen Raleigh wurde nicht einfach mit einer grundsätzlichen Prärogative des Preiswettbewerbs, sondern wesentlich mit der Marktstellung dieses Herstellers begründet. Die Forderung aber, daß solche Hersteller „billige“ Vertriebsformen nicht diskriminieren dürfen, findet auch jenseits des Atlantiks Unterstützung⁵⁹ – ob Raleigh das geeignete Exempel zur Statuierung dieses Grundsatzes war, steht auf einem anderen Blatt.

Bedeutsam ist für die Auseinandersetzungen um die Vertriebssysteme der Automobilindustrie das Beharren auf der Eigenständigkeit des Servicemarktes und der Schutz von Reparaturunternehmen, die auf die Belieferung mit den Ersatzteilen der Hersteller angewiesen sind. Hier geht es dem DGFT offenbar nicht um die Konservierung traditioneller Unterschiede zwischen Produktions- und Handelsstufe, sondern um die Intensität des Wettbewerbs auf dem Reparatursektor. Eine für das britische Recht wichtige Bestätigung dieser Intentionen bedeutet die Stellungnahme des DGFT zugunsten der „Nachbauer“ von Karosserieteilen⁶⁰. Im Zentrum dieser gegen die Ford Motor Co. durchgeführten Untersuchung steht die schon gegenüber der MMC von seiten der Zulieferindustrie kritisierte extensive Verwendung des Copyright-Schutzes durch die Automobilhersteller⁶¹. Im Anschluß an die erfolgreiche Klage von British Leyland gegen den Nachbau ihrer Auspuffsysteme⁶² ging Ford i.J. 1981 dazu über, den bis dahin geduldeten Nachbau von Ford-Karosserieteilen zu unterbinden. Ford machte dabei zugleich deutlich, daß Lizenzen für einen Nachbau nicht oder nur

56 A.a.O. (Fn. 3), 83 f.; dies., *The Competition Act 1980: Narrow Interpretation by the Office of Fair Trading of its Function*, *Law Society's Gazette* 78 (1981), 745 ff.

57 A.a.O. (Fn. 36), 60 f.

58 Vgl. insbesondere *A Review of Restrictive Trade Practices Policy. A Consultative Document*, Cmnd. 7512, 1979.

59 Vgl. Kap. 5, 2.1.4.

60 Office of Fair Trading, *A report of the Director General of Fair Trading on an investigation under section 3 of the Competition Act 1980. Ford Motor Co. Ltd. Licensing for the Manufacture or Sale of Replacement Body Parts v. 21.3.1984*. Die folgenden Zitate im Text beziehen sich auf diesen Bericht.

61 Vgl. oben 2.2.3.3. Ein entsprechender Vorstoß der Ford-Werke AG, der sich auf das GeschmacksMG stützte, ist einstweilen gescheitert (LG Köln, U. v. 4.10.1983, Az.: 31 O 71/83).

62 Vgl. oben Fn. 21.

allenfalls zu unattraktiven Bedingungen eingeräumt würden (para. 5.3. - 5.8., 5.39. - 5.41.). In ihrer Begründung für diese Aktion bezog die Ford Co. sich in erster Linie auf die ökonomischen Funktionen des Copyright-Schutzes. Dem Hersteller müsse es erlaubt sein, eine für das Karosserie-Design aufgebrauchte erhebliche Investition durch den Verkauf entsprechender Teile zu amortisieren; die niedrigeren Preise der Nachbauer seien darauf zurückzuführen, daß diesen solche Kosten nicht entstünden und sie sich im übrigen auf gängige Teile zu konzentrieren pflegten (para. 5.10. - 5.17., 5.37.). Maßstab für die Wettbewerbskonformität der Fordpreise seien deshalb nicht die Angebote der Nachbauer, sondern vielmehr die Preise konkurrierender Automobilhersteller (para. 5.35.).

Der DGFT ist dieser Argumentation nicht gefolgt. Der Markt für Ford-Karosserieteile sei von dem für Neuwagen mit Rücksicht auf die Nachfragebedürfnisse der Besitzer gebrauchter und älterer Fahrzeuge sowie die technisch möglichen und ökonomisch wichtigen Alternativen zu unterscheiden (para. 3.9. - 3.10., 6.10., 6.12., 8.7. - 8.10.). Auch wenn der Copyright-Schutz soweit reichen sollte, wie Ford dies in Anspruch nimmt⁶³, sei doch jedenfalls die Verweigerung von Lizenzen wettbewerbswidrig (para. 8.13.). Zu der Höhe etwaiger Lizenzgebühren hat der DGFT nicht abschließend Stellung genommen, sondern sich insoweit auf den Hinweis beschränkt, daß die Lizenzgebühr der Konkurrenten und die auf anderen Märkten üblichen Gebühren angesichts der festgestellten Preisunterschiede zwischen Original- und Nachbauteilen eine Lizenzproduktion keineswegs unfattraktiv machen würden (para. 8.15. i.V.m. para. 6.9. - 6.12.). — Die Monopolkommission hat, soweit ersichtlich, ihren Bericht noch nicht abgeschlossen.

Die Untersuchung gegen Ford hat die für die Problematik des Vertriebs von Eigenkonstruktionsteilen zentrale Frage nach der Rechtfertigung der „quantitativen“ Selektion autorisierter Werkstätten und des Ausschlusses unabhängiger Großhändler nur am Rande berührt (vgl. z.B. para. 6.9. - 6.10.). Die Stellungnahme des DGFT fügt sich gleichwohl in eine wettbewerbspolitische Konzeption, die auch im Reparatursektor primär auf eine Förderung der Angebotsvielfalt abzielt⁶⁴.

63 Einer Stellungnahme hierzu hat der DGFT sich ausdrücklich enthalten (para. 1.2.).

64 Vgl. Kap. 6, 4.1.6.3.

3. Zivilrechtliche und kartellrechtliche Maßstäbe bei der Beurteilung selektiver Vertriebsysteme in Frankreich

Am 29. März 1984¹ hat der französische Wirtschaftsminister die Stellungnahme der Kartellkommission (Commission de la Concurrence) „relative à des pratiques par lesquelles des importateurs d'automobiles se réservent le monopole d'approvisionnement de leur réseaux de distribution pour certaines pièces détachées“ veröffentlicht. Die Kommission nahm Anstoß an den Versuchen von Ford-France, Volkswagen-France und BMW-France, ihre Vertragshändler mehr oder weniger ausschließlich zur Verwendung von Originalersatzteilen (pièces d'origine) zu verpflichten. Um die Stellungnahme der Kartellkommission in ihrer Bedeutung erfassen zu können, ist es notwendig, auf die Beurteilung selektiver Vertriebsbindungen im französischen Zivil- und Wettbewerbsrecht einzugehen. Damit ist nicht der Anspruch verbunden, das französische Kartell- und Preisrecht vollständig erörtern zu wollen. Vielmehr geht es vor allem darum, diejenigen zentralen Regelungsmechanismen und Argumentationsmuster herauszuarbeiten, die für die Beurteilung und das Verständnis der Problematik von Bezugsbindungsklauseln für Ersatzteile sinnvoll erscheinen. Gerade die verengte Fragestellung mag aber dazu verleiten, die Besonderheiten des französischen Wettbewerbsrechts aus den Augen zu verlieren. Behrens und Korb-Schikaneder² betonen denn auch die begrenzte Rolle, die die französische Wirtschaftsverfassung dem Wettbewerbsrecht von vornherein zuweist: „In einer Wirtschaftsordnung, die – wie die französische – in wichtigen Bereichen das Unternehmensverhalten durch Konzertierung mit dem Staat und über den Staat auf bestimmte Wohlfahrtsziele hinsteuert (– Planifikation –), kann Wettbewerb nur außerhalb dieser Konzertierung eine sinnvolle Funktion erfüllen.“ Französisches Wettbewerbsrecht ist vor allem ein Instrument der Wirtschaftslenkung. Erst von diesem Ausgangspunkt her wird die Handhabung selektiver Vertriebsbindungen in Frankreich deutlich.

Unterschiede in der Beurteilung selektiver Vertriebsbindungen zeigen sich nicht nur im Rechtssystem. Eine aus deutscher Sicht betriebene rechtsvergleichende Untersuchung birgt die Gefahr in sich, von einem vergleichbaren Stellenwert der Problematik von Bezugsbindungsklauseln auszugehen. Tatsächlich hat es den Anschein, als ob es sich um ein typisch deutsches Problem handelt. Eine vergleichsweise ausführliche Beachtung in der französischen Wettbewerbsdiskussion erfährt die Problematik allein deswegen, weil die Tochtergesellschaften von Volkswagen, Ford und BMW in Frankreich ähnlich restriktive Vertragshändlerbedingungen durchsetzen wollten wie in der Bundesrepublik. Gemessen an der Aufmerksamkeit, die selektiven Vertriebsbindungen im Automobilsektor in der Bundesrepublik Deutschland entgegengebracht wird, ist die Diskussion in Frank-

1 Bulletin Officiel de la Concurrence et de la Consommation (B.O.C.C.) 1984, 106 ff.

2 RabelsZ 1984, 457 ff. (464).

reich oberflächlich geblieben. Richtet man indessen den Blick auf das französische Prestigeprodukt „Parfum“, zeigt sich eine deutliche Verschiebung der Problemintensität. Vereinfacht ausgedrückt: des Deutschen Auto ist des Franzosen Parfum!

Nicht von ungefähr zeigt die Aufarbeitung selektiver Distributionssysteme in Frankreich einen Schwerpunkt in diesem Bereich. Die Analyse selektiver Vertriebssysteme bewegt sich deshalb zwischen „Parfums“ und „Autos“. Soweit es zur Beantwortung dieser Fragestellung notwendig ist, werden auch zivilrechtliche Maßstäbe herangezogen. Von einer systematischen Erörterung der breit diskutierten Problematik von Abfindungsansprüchen des Vertragshändlers oder Schadensersatzansprüchen des Vertragshändlers bzw. des Herstellers gegen Dritte haben wir jedoch Abstand genommen³. Ebenso wenig ist für uns die seit Jahren währende parlamentarische Debatte um eine gesetzliche Regelung des Vertragshändler-Status⁴ von Bedeutung⁵. Denn die Kontroverse dreht sich allein um die Berechtigung eines Abfindungsanspruches.

Der Einfluß des europäischen Kartellrechts auf das französische Kartellrecht wird in einer Vielzahl von Entscheidungen virulent⁶. Dabei nimmt die Debatte um den Vorrang bzw. um die unmittelbare Anwendung des Gemeinschaftsrechts⁶

- 3 Vgl. die Übersicht zur Rechtsprechung bei Durand, *Réflexions sur la concession automobile*, La Semaine Juridique II, 1982, 13785, 273 ff. (275); zuvor Buhagiar, *La concession exclusive dans la branche de l'automobile*, La Semaine Juridique II, 1980, 13438, 677.
- 4 Der erste parlamentarische Gesetzesvorschlag datiert aus dem Jahre 1956 und wurde in immer wieder variierten Form mehrere Male neu eingebracht. Eine vollständige Zusammenfassung findet sich bei Pigassou, *La distribution intégrée*, Revue trimestrielle de droit commercial 1980, 473 ff., 478 (Fn. 16). Zuletzt Maymon-Goutaloy, *Contre une intervention législative en matière de concession commerciale*, Revue trimestrielle de droit commercial 1982, 519 ff.
- 5 Dazu umfassend Piriou, *La distribution sélective et les règles communautaires de concurrence*, Revue trimestrielle de droit européen 1978, 602 ff. Der Aufsatz wurde ins Deutsche übersetzt und ist vollständig abgedruckt in GRUR 1980, 321 ff, 408 ff.; Burst, Kovar, *La distribution sélective et le droit communautaire de la concurrence*, Revue trimestrielle de droit commercial 1978, 459 ff.
- 6 Baumgartner, *Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem französischen Recht DVBl.* 1977, 70 ff.; Druesme, *Le conseil constitutionnel et le droit communautaire – A propos de la décision du 15 janvier 1975*, Revue du Marché commun 1975, 285 ff.; Druesme, *La primauté du droit communautaire sur le droit interne – L'arrêt de la Cour de Cassation du 24 mai 1975 (Dir. gén. des douanes c. Soc. des cafés Jacques Vabre et Sarl J. Weigel)*, Revue du Marché commun 1975, 378 ff.; Pirotte-Gerouville, *La primauté du droit international et la spécificité de l'ordre communautaire dans l'affaire Jacques Vabre*, Revue trimestrielle de droit européen 1976, 215 ff.; Carreau, *Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté – La contribution de l'arrêt Simmenthal*, Revue trimestrielle de droit européen 1978, 15 ff.

breiten Raum ein. Auf eine Darstellung des Verhältnisses des französischen Kartellrechts zum EG-Kartellrecht haben wir an dieser Stelle verzichtet⁷.

Einleitend werden einige Besonderheiten des französischen Ersatzteilmarktes geschildert (3.1.) Der Skizze des nationalen Regelungsrahmens (3.2.) folgt eine Darstellung seiner Interpretation durch Justiz und Kartellkommission (3.3. und 3.4.), bevor auf die Entscheidung zu den Bezugsbindungsklauseln im Ersatzteilsektor eingegangen werden kann (3.5.). Die Untersuchung schließt mit einer vorläufigen Einschätzung der Rechtsentwicklung selektiver Vertriebssysteme unter dem Blickwinkel des Verbraucherschutzes (3.6.).

*3.1. Besonderheiten des französischen Ersatzteilmarktes**

Von der Grundstruktur ähneln sich der deutsche und der französische Markt für Kraftfahrzeuersatzteile. Wie in der Bundesrepublik auch werden Ersatzteile entweder über das Vertriebsnetz des Automobilherstellers vertrieben oder gelangen auf dem sogenannten zweiten Vertriebsweg über Teilehersteller und Großhändler auf den Markt.

Als Hersteller von Ersatzteilen für den PKW-Folgemarkt werden in der EIU-Studie⁹ vier Gruppen unterschieden: die französischen Automobilproduzenten, unabhängige inländische Hersteller von „echten“ Teilen (gemeint sind wohl Originalersatzteile im Sinne des deutschen Sprachgebrauchs), Hersteller von „Imitationen“ und ausländische Anbieter. Der Bericht hebt die geringe Zahl der unabhängigen Hersteller von PKW-Teilen in Frankreich hervor. Umgekehrt sind die wenigen französischen Teilehersteller von einer erheblichen ausländischen Konkurrenz bedroht. Eine Reihe unabhängiger Teilehersteller arbeitet deshalb unter starker ausländischer Kapitalbeteiligung auf weitverzweigten internationalen Märkten. Nachbauer spielen ebensowenig wie in der Bundesrepublik eine große Rolle. Wenn überhaupt, beschränken sie sich auf die Herstellung von schnell umsetzbaren, vielseitig verwendbaren Teilen. Die von ausländischen Firmen in Frankreich angebotenen PKW-Teile sind in erster Linie für den Ersatzteilbedarf der Importwagen bestimmt.

Erster und zweiter Vertriebsweg sind wohlorganisiert. Die Automobilhersteller zwingen ihre Vertragshändler, nur Originalersatzteile abzusetzen. Die kurzen

7 Vgl. zur Entwicklung des Europäischen Kartellrechts Kap. 3 sowie speziell zur GruppenfreistellungsVO Kap. 6.

8 Details sind in Kap. 2 an den einschlägigen Stellen eingearbeitet.

9 Die folgenden Ausführungen stützen sich auf die EIU-Studie: Der französische Markt für PKW-Ersatzteile, Mitteilungen der Bundesstelle für Außenhandelsinformation, Beilage zu den NfA, April 1979, 29. Jg. Nr. BM 124 - 127.

Laufzeiten von Vertragshändlerverträgen machen es möglich, Verstöße mit dem Entzug der Konzession zu sanktionieren. Von der Vertragsgestaltung her müßte es im Interesse der Händler liegen, sich an den Konzessionsvertrag zu halten, da sie für alle über eine bestimmte Menge hinaus verkauften Originalteile einen Rabatt von 2 - 3 % erhalten. In der Realität zeigt sich ein widersprüchliches Bild. Eine Vielzahl zivilrechtlicher Schadensersatzklagen von Vertragshändlern gegen Automobilhersteller deuten auf eine rigide Handhabung der einschlägigen Bestimmungen des Vertragshändlervertrages. Gleichzeitig belegen verschiedene, sicherlich nicht repräsentative, Stellungnahmen eine lockere Handhabung der Bezugsbindungsverpflichtung von Vertragshändlern. Immerhin ist es den Automobilherstellern in den 70er Jahren gelungen, ihren Anteil am PKW-Ersatzteilmarkt von ca. 20 % im Jahre 1970 auf 40 % im Jahre 1977 zu erhöhen. Offen bleibt indessen, inwieweit der Bedeutungszuwachs des ersten Vertriebsweges auf ein Vordringen ausländischer Automobilhersteller in den französischen Markt zurückzuführen ist.

Hauptaufgabe des Großhandels ist die Belieferung der freien Werkstätten sowie der Vielzahl von Tankstellen und Hinterhofbetrieben, die ebenfalls Autoreparaturen ausführen. In der Beurteilung des Wettbewerbs stehen sich die bekannten gegensätzlichen Positionen der Automobilhersteller einerseits sowie der Teilegroßhändler bzw. der Verbraucher andererseits gegenüber.

3.2. *Rechtliche Grundlagen der Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen in Frankreich*¹⁰

Die zentrale Fragestellung des französischen Kartell- bzw. Preisrechts lautet, ob sich der Automobilhersteller nach dem Delikt der Verkaufsverweigerung, Art. 37-1-a der Ordonnance von 1945 strafbar gemacht hat, der einem Großhändler oder einer freien Werkstatt die Belieferung mit Ersatzteilen unter Verweis auf den Bezug über seine Vertragshändler bzw. Vertragswerkstätten versagt, oder ob er sich zur Rechtfertigung auf sein selektives Vertriebssystem berufen kann¹¹. Französisches Preis- und Kartellrecht ist Wirtschaftsstrafrecht. Die zivilrechtliche Wirksamkeit und Zulässigkeit von Vertragshändlerverträgen ist davon streng zu trennen, wenngleich die Auseinandersetzungen vor den Zivilgerichten¹² insofern

10 In deutscher Sprache ist der Rechtszustand bis 1968 von Ulmer, Der Vertragshändler im französischen Recht, 1968, 52 ff., und von Winkel, Die Alleinvertriebsverträge im französischen, deutschen und europäischen Recht, Diss. Mainz 1968, 76 - 132 aufgearbeitet.

11 Winkel, K., a.a.O. (Fn. 10), 74.

12 Die Streitigkeiten behandeln vordringlich die Frage, ob der Vertragshändler nach Kündigung des Vertragshändlervertrages durch den Hersteller gegen diesen einen Schadensersatzanspruch hat; so schon Ulmer, a.a.O. (Fn. 10), 74. Daran hat sich bis heute nichts geändert; Durand, *Réflexions sur la concession automobile*, La Semaine Juridique II, 1982, 13785, 273 ff. (275).

auf das Kartellrecht zurückwirken, als ein rechtswidriger Vertragshändlervertrag gleichzeitig gegen das Kartellrecht verstößt und vice versa¹³. Gegenüber der vehement geführten Auseinandersetzung um die Reichweite des Verbotes der Verkaufsverweigerung (Refus de Vente), verlief die Frage, ob vertragliche Beziehungen zwischen Automobilherstellern und Vertragshändlern bzw. Vertragswerkstätten dem Kartellverbot, Art. 50 der Ordonnance von 1945, unterfallen, in sehr viel ruhigeren Bahnen. Erheblichen Auftrieb hat die Diskussion mit der Änderung des Kartell- und Preisrechts 1977 erfahren, weil die mit neuen Aufgaben versehene Commission de la Concurrence selektive Vertriebssysteme explizit nach Art. 50 der Ordonnance von 1945 behandelt, also eine dem EuGH in Bezug auf Art. 85 EWGV vergleichbare Position einnimmt. Der Überblick über die verfahrensrechtlichen Regelungen illustriert noch einmal den administrativen Zugriff auf das französische Wettbewerbsrecht.

3.2.1. Le Refus de Vente (Verkaufsverweigerung)

Art. 37-1-a lautet in der noch heute geltenden Fassung aufgrund des Dekretes Nr. 58-545 vom 24. Juni 1958 „modifiant certaines dispositions de l'ordonnance no. 45-1483 du 30 juin relatives aux matières de la libre concurrence“¹⁴:

„Der Handhabung unerlaubter Preise wird gleichgesetzt (mit Gefängnis und/oder Geldstrafe wird bestraft),

1. wenn ein Hersteller, Händler oder Gewerbetreibender oder Handwerker

a) sich weigert, im Rahmen seiner Liefer- und Leistungsmöglichkeiten und unter den Handelsbräuchen entsprechenden Bedingungen die Nachfrage nach Dienstleistungen zu befriedigen, obwohl die Nachfrage keinerlei ungewöhnlichen Charakter aufweist und von gutgläubigen Nachfragern ausgeht und obwohl der Ver-

13 Diese Gleichbehandlung war lange Zeit umstritten, Ulmer, a.a.O. (Fn. 10), 53. Selbst eine formale Parallelisierung konnte nicht verhindern, daß in der Praxis zwischen der Beurteilung selektiver Vertriebssysteme durch die Ziviljustiz und die Strafjustiz erhebliche Unterschiede bestehen. Während die Strafgerichte relativ strenge Maßstäbe anlegen, sind die Zivilgerichte eher geneigt, von der Zulässigkeit des Vertragshändlervertrages auszugehen; Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 97 f. Zurückzuführen ist die Divergenz auf die Bereitschaft der Gerichte, den Parteien des selektiven Vertriebssystems einen Schadensersatzanspruch zu gewähren, wenn ein Dritter in die Vertriebsorganisation einbricht; dazu Ulmer, a.a.O. (Fn. 10), 66 ff. An der unterschiedlichen Beurteilung selektiver Vertriebssysteme durch Straf- und Ziviljustiz hat sich bis heute nichts geändert, Pigassou, a.a.O. (Fn. 4), 543.

14 J.O. du 25 juin 1958, 5877; auf die verfassungsrechtlichen Probleme, die zu einer Aufhebung des Dekrets v. 9. August 1953 geführt haben, möchten wir nicht eingehen, siehe Ulmer, a.a.O. (Fn. 10), 54; Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 72 f. Auf die Rechtslage hatte die Entscheidung des Conseil d'Etat ohnehin keinen Einfluß, da die Regierung bereits 6 Tage später besagtes Dekret v. 25. Juni 1958 erließ; Übersetzung von Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 76.

kauf der Waren oder die Erbringung der Dienstleistungen weder durch Gesetz noch durch behördliche Anordnung verboten sind; das gleiche gilt für die gewohnheitsmäßige Handhabung von diskriminierenden Verkaufsbedingungen oder diskriminierenden Preiserhöhungen, die nicht durch eine entsprechende Erhöhung der Gestehungskosten gerechtfertigt sind.“

Mit dem am 30.6.1945¹⁵ erstmals erlassenen Verkaufsverweigerungsverbot wollte die französische Regierung Praktiken der Händler entgegenwirken, die während des Krieges Waren horteten, um sie später gewinnbringend zu veräußern, obwohl Versorgungsengpässe bestanden. In der ursprünglichen Fassung von 1945 wird deutlich, daß die Vorschrift in keiner Weise eine Regelung des Wettbewerbs bezweckte. Die Stoßrichtung des Verkaufsverweigerungsverbotes änderte sich erst mit dem Dekret Nr. 53/704 vom 9. August 1953 „relatif au maintien ou rétablissement de libre concurrence industrielle et commerciale“¹⁶. Die alte Warenhortungsbestimmung des Art. 37-1-a von 1945 wurde zu einem allgemeinen umfassenden Diskriminierungsverbot umfunktioniert, was Winkel¹⁷ zu folgender Einschätzung veranlaßt: „Damit ist aus einer Vorschrift des Dirigismus ein Gestaltungsmittel neoliberaler Wirtschaftspolitik geworden (...), das für jedes Unternehmen die gleichen Chancen bei der Deckung des Bedarfs an Gütern und Dienstleistungen gewähren will. Diese Veränderung hat zur Folge, daß nun nicht mehr das Verhältnis des Handels zum Verbraucher, sondern das der Hersteller zum Handel im Mittelpunkt des Interesses steht (...).“ Zu dieser Situationsanalyse paßt, daß in einem ministeriellen Rundschreiben zur Interpretation des Dekrets vom 15.2.1954¹⁸ erstmals auf das Verhältnis von *Ausschließlichkeitsbindungen* zu dem Verkaufsverweigerungsverbot eingegangen wird. Anknüpfend an „le caractère anormal de la demande“ (ungewöhnlicher Charakter der Nachfrage) führt das Rundschreiben aus, „eine Nachfrage sei wegen der Eigenschaften des Nachfragens u.a. auch dann außergewöhnlich, wenn das fragliche Erzeugnis durch eine auf Ausschließlichkeitsbindungen beruhende Absatzorganisation vertrieben werde und wenn der Nachfrager dieser Organisation nicht angehöre“¹⁹. Das Rundschreiben nennt unterschiedliche Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, um ansatzweise eine Verkaufsverweigerung zu rechtfertigen, je nachdem, ob ein Hersteller den Absatz seiner gesamten Produktion einem einzelnen Handelsunternehmen überträgt oder ob der Ansatz über ein ganzes Netz von Einzelvertriebshändlern organisiert wird. Regelmäßig muß

15 Ordonnance No. 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, J.O. du 8 juillet 1945, 4150 (4153).

16 J.O. 1953, 7045.

17 Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 70.

18 Circulaire vom 15. Februar 1954, J.O. (1954), 1566 = D. 1954, 96, genannt Circulaire Boisdé.

19 Dieses Zitat und die nachfolgende Schilderung des Inhalts des Circulaire Boisdé sind Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 70 f. entnommen.

1. das Vertriebssystem eine Verbesserung der dem Verbraucher geleisteten Dienste bewirken – l'amélioration du service rendu au consommateur;
2. darf das Vertriebssystem keine Erhöhung der Preise oder eine Stabilisierung auf überhöhtem Niveau bewirken – la liberté de fixation des prix des distributeurs;
3. müssen die Vertragsparteien fest umrissene wechselseitige Verpflichtungen eingehen – la réciprocité des engagements exclusifs.

Die weitere Gesetzgebungsgeschichte des Verkaufsverweigerungsverbotes beschränkt sich auf eine Ausdifferenzierung dieser Kriterien. Eingefügt wurde 1958 als zusätzliches konstitutives Tatbestandsmerkmal die Weigerung, eine Nachfrage zu befriedigen, die den Handelsbräuchen (usages commerciaux) nicht entspricht. Wir werden bei der Analyse der Rechtsprechung des Cour de Cassation darauf zurückkommen, ob Alleinvertriebsverträge als Handelsbräuche im Sinne des Art. 37-1-a anerkannt werden können, die eine Verkaufsverweigerung rechtfertigen.

Tatsächlich befaßt sich die noch heute geltende, 1958 neu gefaßte Bestimmung nicht mit der Zulässigkeit von selektiven Vertriebssystemen. Angesichts dieser Regelungslücke gewinnt für die Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen das ministerielle Rundschreiben vom 31.3.1960 (sog. Circulaire Fontanet, benannt nach dem damaligen Staatssekretär) Bedeutung, das in einem umfangreichen Abschnitt über „des contrats de concession exclusifs“ (*Alleinvertriebsverträge*) Interpretationsrichtlinien des Dekrets vom 24. Juni 1958 enthält²⁰. Inhaltlich knüpft der Circulaire Fontanet an das Rundschreiben von 1954 zur Auslegung des Dekrets von 1953 an und greift den dort eingeschlagenen Weg einer Dreiteilung möglicher Rechtfertigungsgründe auf. Die Zulässigkeit der Alleinvertriebsverträge wird im Circulaire Fontanet insofern strenger beurteilt, als die wechselseitige Verpflichtung (réciprocité) strikte gegenseitige Exklusivität verlangt. Der Hersteller muß sich verpflichten, innerhalb einer genau abgegrenzten Zone nur einen einzelnen Händler zu beliefern, während der Alleinvertreter als Gegenleistung eine Bezugsbindung übernehmen muß:

„Le concédant, en s'engageant à ne pas vendre à un concurrent actuel ou éventuel du concessionnaire et à ne pas créer d'autres concessions dans la zone qui lui a été attribuée; le concessionnaire en s'engageant, par réciprocité, à ne pas vendre de produits qui concurrencent celui pour lequel la concession lui a été accordée²¹.“

Gleichzeitig präzisiert der Circulaire die Anforderungen, die unter dem Aspekt der „améliorations du service rendu au consommateur“ an Alleinvertriebsverträge gestellt werden:

20 D. 1960, 124.

21 So Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 73; der französische Wortlaut ist abgedruckt bei Lebel, *Pratiques restrictives de concurrence en droit français*, 1981, 30.

„Cet objet peut notamment être atteint par l'accroissement des connaissances techniques des vendeurs résultant d'une promotion complémentaire, en qualité de spécialiste, qui peut leur être dispensé par le concédant. Le concessionnaire serait ainsi en mesure d'informer avec compétence son client avant de lui vendre un produit dont il sera ensuite capable d'assurer le service après-vente, conformément aux instructions du concédant“²².

Produktspezifisch ausgeprägte Qualifikationen des Händlers werden dem Verbraucherinteresse zugeordnet. Gleiches soll nach dem Rundschreiben gelten, wenn die Eigenart des Produktes besondere Geschäftseinrichtungen verlangt. Dieser Passus ist auf Luxus- und Prestigeartikel zugeschnitten (Parfums), die einen hohen modischen und schöpferischen Standard aufweisen und deren Vertrieb aus der Perspektive des Produzenten einen entsprechenden geschäftlichen Rahmen und ein besonders geschultes Fachpersonal verlangt²³.

Die skizzierten Vorgaben zur Beurteilung selektiver Vertriebsbindungen sind bis heute identisch geblieben. Formaljuristisch lassen sich das Verkaufsverweigerungsverbot in Art. 37-1-a und dessen Interpretation durch den *Circulaire Fontanet* auseinanderhalten. Die Gerichte sind an ministerielle Verfügungen nur insoweit gebunden, als in ihnen der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck kommt, der bei der Entscheidungsfindung im konkreten Fall zu berücksichtigen ist. Tatsächlich kann das Wirtschaftsministerium das Kartellverfahren weitgehend steuern, da nur solche Verstöße zu den ordentlichen Gerichten gelangen, in denen die Staatsanwaltschaft Anklage erhoben hat. Der *Circulaire Fontanet* bindet nämlich die Strafverfolgungsbehörden, so daß die Regierung über ihre Auslegung des Art. 37-1-a letztlich darüber entscheidet, welche Verfahren überhaupt zur Anklage gebracht werden sollen²⁴. Eine ganz andere Frage ist, ob die Gerichte sich an den *Circulaire Fontanet* halten, wenn sie von der Staatsanwaltschaft eingeschaltet worden sind²⁵.

Wettbewerbspolitisch zielt die französische Ausprägung des Diskriminierungsverbotes auf eine Stärkung des Preiswettbewerbs auf der Distributionsebene²⁶. Dieses Ziel sollte mit Hilfe neuer Distributionsformen erreicht werden, die sich neben den selektiven Vertriebsformen etablieren können. Dies setzt eine Öffnung

22 Zit. nach Pigassou, *La distribution intégrée*, *Revue trimestrielle de droit commercial* 1980, 473 ff. (535) Rdnr. 81; Lebel, a.a.O. (Fn. 21), 32.

23 Darstellung bei Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 86 sowie unter 3.4.3.2. und 3.6.2.

24 Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 72; allgemein Schüler, *Das französische Wirtschaftsrecht nach der Ordonnance No. 45-1484*, Diss. Köln 1965.

25 Eine Schlüsselstellung nimmt die Brandt-Entscheidung des *Cour de Cassation* ein, 3.1.

26 Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 121 ff.; diese Einschätzung findet sich durchgängig bei sämtlichen französischen Autoren, zuletzt Mousseron, *30 ans après – Interventions publiques et structures de la distribution*, *La Semaine Juridique, Cahiers de Droit de l'Entreprise* 1983, 9 ff. (10).

der Handelsmärkte für Billiganbieter voraus. Deutlich tritt die preispolitische Orientierung in der parlamentarischen Kontroverse zwischen den beiden Verfassern der ministeriellen Rundschreiben von 1954 bzw. 1960 zutage. Fontanet hatte sich gegen den Vorwurf zu verteidigen, die Stärkung des Preiswettbewerbs auf der Distributionsebene mache einen sinnvollen Absatz von Markenartikeln unmöglich, die auf selektive Vertriebsformen angewiesen seien²⁷. Die Befürchtungen haben sich zunächst nicht bewahrheitet. Faktisch hat die gesetzliche Regelung in ihrer Ausprägung durch das Wirtschaftsministerium respektive ihrer Interpretation durch die Gerichte in den 60er Jahren eine Verstärkung gegenseitiger Bindungen „beim Vertrieb von technisch hochentwickelten Waren“ ausgelöst, während sie „für Waren des täglichen Lebens (mit Ausnahme von Getränken und Treibstoffen) praktisch zum Wegfall von Ausschließlichkeitsbindungen geführt“ hat²⁸. Maßgeblich zu dieser Entwicklung haben die drei vom Wirtschaftsministerium entwickelten Kriterien zur Beurteilung selektiver Vertriebssysteme beigetragen. Indessen zeichnet sich seit der zweiten Hälfte der 70er Jahre eine Entwicklung ab, die zum Überdenken der Wirkungen des Diskriminierungsverbotes nötigt. Hersteller von Luxus- und Markenprodukten (Parfums, Textilien) setzen ihre Produkte verstärkt über eigene Vertriebswege ab. Als Rechtfertigungsgrund dient ihnen die wachsende Nachfragemacht des Handels. Die Hersteller befürchten nicht nur eine Beeinträchtigung ihres Markenimages, sondern auch einen Preisverfall. Es hat den Anschein, als ob die mit der Interpretation des Verkaufsverweigerungsverbots betrauten Gerichte bereit sind, den Interessen der Hersteller von Luxusgütern und Markenprodukten Rechnung zu tragen. Um dieses Ziel zu erreichen, müssen die Gerichte nicht nur Ausschließlichkeitsbindungen, sondern auch lockere Formen der selektiven Vertriebsbindung als Rechtfertigungsgrund i.S. des Art. 37-1-a anerkennen. Mit dieser Entwicklung verbunden ist eine Veränderung der Beurteilungskriterien zur Rechtfertigung von Verkaufsverweigerungsverboten. Deren Zulässigkeit ist nicht mehr an dem bekannten Dreigestirn des *Circulaire Fontanet* zu messen, sondern an *qualitativen* und *quantitativen Beurteilungskriterien*. Damit soll kein Gegensatz zwischen dem *Circulaire Fontanet* und Quantitäts- bzw. Qualitätsmerkmalen zur Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen heraufbeschworen werden. Denn rudimentär lassen sich Quantitäts- und Qualitätsmerkmale bereits im *Circulaire Fontanet* aufspüren. Gleichwohl ist die Hinwendung zu neuen Beurteilungskriterien mehr als nur eine Formalie. Sie dokumentiert die Angleichung des französischen Wettbewerbsrechts an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes unter Art. 85 EWGV²⁹.

- 27 Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 107; Champaud, *La concession commerciale*, *Revue trimestrielle de droit commercial* 1963, 451 ff. (496): „Le décret qui s'assignait pour but 'le maintien ou le rétablissement de la libre concurrence' a pour résultat, ..., de porter un coup sévère à la libre entreprise de distribution“.
- 28 Ulmer, a.a.O. (Fn. 10), 58, unter Bezugnahme auf Guyenot, *Les contrats de concession commerciale*. *Droit français et communautaire de la concurrence*, 1968, 265, 269.
- 29 Angleichung meint nicht Kongruenz. Eine Analyse des Verhältnisses des französischen

3.2.2. Les Ententes Illicites (Kartellverbote)³⁰

Ebensowenig wie Art. 37-1-a der Ordonnance vom 30. Juni 1945 gibt Art. 50 (vormals Art. 59bis) der Ordonnance vom 30. Juni 1945 darüber Auskunft, ob selektive Vertriebsysteme unter das allgemeine Kartellverbot fallen. Es fehlt jedoch, im Gegensatz zur Interpretation des Verkaufsverweigerungsverbotes, dies sei der Schilderung des gesetzlichen Instrumentariums vorweggenommen, an einem ministeriellen Rundschreiben, das mit dem Circulaire Fontanet vergleichbar wäre. So sind die Gerichte, die Commission de la Concurrence und das Schrifttum (doctrine) darauf angewiesen, den Anwendungsbereich des Kartellverbotes ohne ministerielle Hilfestellung zu ermitteln.

Die Ordonnance vom 30. Juni 1945 enthielt in ihrer ursprünglichen Fassung kein Kartellverbot. Der entscheidende Schritt erfolgte, ähnlich wie hinsichtlich der Refus de Vente 1953, als mit Erlaß des Dekretes vom 9. Juni 1953 in den Artikeln 59bis grundlegende Bestimmungen über Kartelle eingefügt wurden, welche die Vorschrift des Art. 4019 des Code Pénal ergänzten³¹. Stärker noch als die Neufassung des Verkaufsverweigerungsverbotes markiert das Kartellverbot in Art. 59bis die Umorientierung der französischen Wirtschaftspolitik hin zum Prinzip des freien Spiels der Kräfte.

Die noch heute gültige Fassung beruht auf der Ordonnance 67-835 vom 28. September 1967³² „relative aux respects de loyauté en matière de concurrence“:

Art. 50: „Abgestimmte Verhaltensweisen, Verträge, ausdrücklich oder stillschweigend getroffene Absprachen und Koalitionen, in welcher Rechtsform und aus welchem

Kartellrechts zum EG-Kartellrecht hätte insbesondere zu klären, ob sich die der Rechtsprechung des EuGH zu entnehmende Unterscheidung in den wettbewerbslichen Wirkungen qualitativer und quantitativer Beschränkungen auf das französische Recht übertragen läßt. Die Rechtsprechung legt nämlich den Schluß nahe, daß qualitative Beschränkungen gar nicht kartellrechtlich relevant sind, weil sie den Wettbewerb nicht beeinträchtigen. Eine Anwendung des Art. 85 I EWGV scheidet folglich aus, während quantitative Beschränkungen Art. 85 III EWGV unterliegen, also einer Freistellung zugänglich sind. Zur Einordnung der kartellrechtlichen Wirkungen beider Kriterien durch die Commission de la Concurrence im Rahmen der Prüfung nach Art. 50/51 vgl. noch 3.6.

30 Ein knapper historischer Abriss findet sich bis 1966 bei Ulmer/Krasser, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Band IV, Frankreich 1966, 464 ff. Rdnr. 659 ff.; umfassender Finkelstein, Legislative und Judicial Regulation of Exclusive Distribution Agreements in France, International Lawyer, 539 ff. (547 ff.).

31 Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 69.

32 J.O. du 29 septembre 1967, 9592; Übersetzung übernommen von Behrens/Korb-Schikaneder, a.a.O. (Fn. 2), 461 Fn. 12.

Grund auch immer sie zustande gekommen sein mögen, sind unter Vorbehalt der Bestimmungen des folgenden Artikels verboten, sofern sie eine Behinderung, Beschränkung oder Verfälschung des freien Wettbewerbs bezwecken oder zur Folge haben können, indem sie insbesondere

- eine Senkung der Gesteungskosten, der Verkaufs- oder der Wiederverkaufspreise verhindern;
- eine künstliche Steigerung oder Senkung der Preise begünstigen;
- den technischen Fortschritt hemmen;
- die Ausübung des freien Wettbewerbs durch andere Unternehmen beschränken.

Diese Verbote gelten ungeachtet entgegenstehender Vorschriften für alle Güter, ... oder Dienstleistungen.

Jede Verpflichtung oder Vereinbarung, die sich auf eine hiernach verbotene Verhaltensweise bezieht, ist nichtig.

Diese Nichtigkeit kann von den Beteiligten und von Dritten geltend gemacht werden; sie kann Dritten von den Beteiligten nicht entgegengehalten werden, sie wird ggf. durch die ordentlichen Gerichte festgestellt, denen die Kommission für Wettbewerb die Stellungnahme übermitteln, falls eine solche vorliegt.“

Art. 51 lautet:

„Die Bestimmungen des vorstehenden Artikels gelten nicht für abgestimmte Verhaltensweisen, Verträge oder Absprachen sowie für die Verhaltensweisen eines Unternehmens oder einer Gruppe von Unternehmen, die eine beherrschende Stellung innehaben:

1. ...
2. Soweit die Beteiligten nachweisen, daß damit die Entwicklung des wirtschaftlichen Fortschritts, insbesondere durch Erhöhung der Produktivität, gesichert wird.“

Die einzige 1967 eingefügte relevante Änderung betrifft den Verbotstatbestand³³. Behinderungen des technischen Fortschritts werden seither als Wettbewerbsbeschränkung gewertet.

Eher versteckt findet sich in der Ordonnance vom 27. September 1967 – Titre II³⁴ – eine Passage, die in den 70er Jahren erhebliche Bedeutung erlangen sollte, als die französische Regierung noch unter Giscard die bis dato geübte Politik staatlich administrierter Preise aufgab. Es geht um die sogenannten „engagements de modification“, die 1979 die Grundlage für eine Vereinbarung zwischen der *französischen* Automobilindustrie und dem französischen Wirtschaftsministerium über den Umfang von Bezugsverpflichtungen in den Vertragshändlerverträgen bildete³⁵. Als Maßnahme der Rechtsverfolgung von Kartellverstößen kann der Wirtschaftsminister, statt Anklage erheben zu lassen, mit den Parteien eine Vereinbarung schließen, in der positiv festgelegt wird, was die Parteien zu tun haben, um den Kartellvorstoß zu beseitigen.

33 Finkelstein, a.a.O. (Fn. 30), 548.

34 J.O. du 29 septembre 1967, 9593, linke Spalte unten.

35 Oben 3.5.1.

Die mit dem Kartellverbot befaßten Institutionen hatten und haben sich, bezogen auf selektive Vertriebsvereinbarungen, mit zwei Fragen auseinanderzusetzen: (1) ob selektive Vertriebssysteme als Kartelle im Sinne des Art. 50 zu bewerten sind; (2) falls ja, inwieweit selektive Vertriebssysteme vom Kartellverbot auszunehmen sind, da sie dazu beitragen, den ökonomischen *Fortschritt* (*progrès économique*) zu fördern oder die Produktivität zu verbessern (*l'accroissement de la productivité*). Nachdem die erste Frage inzwischen deutlich positiv beantwortet ist, dreht sich die Diskussion um die Kriterien einer Herausnahme selektiver Vertriebssysteme aus dem Kartellverbot. Ähnlich wie bei Art. 37-1-a lassen sich zwei Entwicklungsstufen auseinanderhalten. Die mit der Anwendung der Art. 50 und 51 betraute Kartellkommission unterwarf in der zweiten Hälfte der 70er Jahre selektive Vertriebssysteme den Beurteilungskriterien des *Circulaire Fontanet*. Zeitlich parallel zum *Cour de Cassation* wandte sich die *Commission de la Concurrence* von der *Fontanet-Doktrin* ab und quantitativen bzw. qualitativen Kriterien zur Beurteilung selektiver Vertriebssysteme zu. Anders als in der Rechtsprechung des *Cour de Cassation* zu Art. 37 läßt sich in der Arbeit der *Commission de la Concurrence* mit dem Wechsel des Beurteilungsmaßstabes kein Übergang von Ausschließlichkeitsbindungen zu selektiven Vertriebssystemen neuerer Prägung nachweisen. Vielmehr kam der *Commission de la Concurrence* für die Rechtsprechung zu Art. 37 eine gewisse Vorreiterfunktion zu, die sich noch unter der *Fontanet-Ära* durch eine flexiblere Handhabung der drei Argumentationslinien auszeichnet.

3.2.3. La Commission de la Concurrence – Kartellkommission

Die Einführung kartellrechtlicher Bestimmungen in die *Ordonnance* vom 30. Juni 1945 durch das Dekret vom 9. August 1953 war begleitet von der Errichtung einer besonderen Instanz zur Überwachung des Kartellverbots des damaligen Art. 59bis: *Commission Technique des Ententes et des Positions Dominantes*³⁶. Die Kommission fälltte selber keine Entscheidungen. Ihr kam die Aufgabe zu, Gutachten für den Wirtschaftsminister zu erstellen, die die Grundlage bilden für von diesem zu ergreifende Sanktionen. An der beratenden Funktion der Kartellkommission hat sich auch nach ihrer 1977 erfolgten Umbenennung in *Commission de la Concurrence* nichts geändert.

Aufgabengebiet, Zusammensetzung und das Verfahren der Kommission ergeben sich aus dem Gesetz No. 77-806 vom 19. Juli 1977³⁷ „relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominantes“ sowie dem Dekret No. 77-1189 vom 25. Oktober 1977 „fixant les conditions d'application de la loi No. 77-806“ vom 19. Juli 1977³⁸

36 Dazu Ulmer/Krasser, a.a.O. (Fn. 30), 466 Rdnr. 664.

37 J.O. du 20 juillet 1977, 3833.

38 J.O. du 26 octobre 1977, 5223.

„relative au contrôle de la concentration économique et à la repression des ententes illicites et des abus de position dominante.“ Die Kommission wird tätig auf Antrag des Wirtschaftsministers, aus eigener Entscheidung und seit 1977 auch dann, wenn Wirtschafts- und gemäß Art. 46 des Loi Royer zugelassene Verbraucherorganisationen dies verlangen³⁹. Erzwingen können die genannten Organisationen eine Beschäftigung mit der von ihnen vorgelegten Problematik nicht. Es steht der Kommission frei, den Antrag abzulehnen, falls eine Vorabprüfung ergibt, daß eine Beschäftigung mit der Problematik nicht geboten ist. Unabhängig davon, wer den Antrag gestellt hat, ist das Aufgabengebiet der Commission de la Concurrence beschränkt. Es umfaßt nicht die Überprüfung von selektiven Vertriebssystemen nach Art. 37-1-a (le Refus de Vente). Diese Konsequenz ist in Art. 1 des Gesetzes vom 19. Juli 1977 ausdrücklich festgehalten⁴⁰. Dahinter verbirgt sich eine klare Unterscheidung zwischen individuellen Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 37-1-a) und kollektiven Wettbewerbsbeschränkungen (Art. 50, 51). Der Kommission obliegt die Aufsicht und Kontrolle kollektiver Wettbewerbsbeschränkungen. Individuelle Wettbewerbsbeschränkungen fallen allein in den Verantwortungsbereich der Gerichte. Es liegt nahe, diese Zweiteilung als Ausdruck einer Konzeption von Wettbewerb zu interpretieren, die selektive Vertriebssysteme nicht eigentlich als Wettbewerbsbeschränkung begreift.

Auf das *Verfahren* zur Überprüfung der Zulässigkeit von Lieferungsverweigerungen hat die Herausnahme des Verkaufsverweigerungsverbotes notwendig erhebliche Rückwirkungen. Denn der Wirtschaftsminister muß ein Gutachten der Commission de la Concurrence einholen, falls er einen Kartellverstoß in Art. 50 ahnden will⁴¹. Bei Verkaufsverweigerungen trifft ihn diese Verpflichtung nicht. Hier kann der Wirtschaftsminister autonom entscheiden. Die faktische Zweiteilung des Verfahrens mag ursächlich sein für die ministerielle Interpretation des Verkaufsverweigerungsverbotes. Eine solche Sichtweise unterstellt der französischen Wirtschaftsverwaltung den Versuch, auf die Autonomie der Wirtschafts- und Strafgerichte in der Beurteilung von Verkaufsverweigerungsverboten Einfluß zu nehmen. Die administrative Botschaft lautete bekanntlich: mehr Wettbewerb auf der Handelsstufe. Der Cour de Cassation hat diese Wettbewerbspolitik nur

39 Art. 52 des Gesetzes 77-806 du 19 juillet 1977, J.O. 1977, 3833 (3835); Loi Royer no. 73-1193 du 27 décembre.

40 „Cette commission (de la concurrence – H.W.M.) connaît, à titre consultatif, de toutes les questions concernant la concurrence dont elle est saisie par le gouvernement. Elle exerce, en outre, les attributions définies par la présente loi en matière de contrôle des concentrations et de répression des ententes illicites et des abus de position dominante“.

41 Diese strikte Regelung im Dekret v. 27.1.1954 in der Fassung vom 17.8.1959 (Ulmer/Krasser, a.a.O., Fn. 30, 466) wurde durch Art. 4 der Ordonnance No. 67-835 du 28 septembre 1967, J.O. du 29 septembre 1967, 9592 (9593), abgeschwächt und auch 1977 beibehalten, Finkelstein, a.a.O. (Fn. 30), 549.

bedingt aufgegriffen. Mit seiner flexiblen Handhabung des Circulaire Fontanet in den 60er Jahren war de facto ein Kompetenzverlust der Wirtschaftsverwaltung verbunden. Hinter dem Streit um die Anwendbarkeit des Art. 50 auf vertikale Wettbewerbsbeschränkungen verbirgt sich deshalb ein Kompetenzkonflikt zwischen der französischen Wirtschaftsverwaltung einerseits und den Zivil- und Strafgerichten andererseits. Mit der Unterwerfung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen unter Art. 50 verbunden ist ein Kompetenzzuwachs der französischen Wirtschaftsverwaltung, die nunmehr in die Lage versetzt ist, Beurteilungskriterien für die Zulässigkeit selektiver Vertriebsbindungen zu liefern. Verdeckt läuft die Auseinandersetzung darüber, welche Instanz für die Leitlinien zur Beurteilung von selektiven Vertriebsbindungssystemen zuständig ist. Belegen läßt sich diese Einschätzung an den wechselnden Positionen. In den 60er Jahren war es Bestandteil der Wettbewerbspolitik der Wirtschaftsverwaltung, lediglich Ausschließlichkeitsbindungen zuzulassen, lockere Formen des selektiven Vertriebs jedoch zu verbieten⁴². Jüngste Stellungnahmen der Kartellkommission⁴³ signalisieren die Bereitschaft, über die Rechtsprechung des Cour de Cassation hinaus selektive Vertriebssysteme von Markenherstellern als mit Art. 50 vereinbar hinzunehmen.

Es bleibt nachzutragen, daß der Minister in seiner Entscheidung nicht an das Gutachten der Commission de la Concurrence gebunden ist. Ihm steht es frei, von einer Ahndung des von der Commission de la Concurrence festgestellten Kartellverstoßes abzusehen, durch die Staatsanwaltschaft Anklage erheben zu lassen, eine Geldbuße (sanction pécuniaire) zu verhängen⁴⁴ oder den Parteien dezidiert vorzuschreiben, was sie zu tun haben, um den Kartellverstoß zu beseitigen. Je nachdem, welchen Weg der Minister einschlägt, stehen der betroffenen Partei unterschiedliche Rechtswege offen. Bei einer Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft gelangt der Kartellverstoß vor die Strafgerichte. Begnügt sich der Minister mit einer Geldbuße oder einer Handlungsanweisung, kann die betroffene Partei den Conseil d'Etat anrufen. Sämtliche Maßnahmen des Ministers müssen zusammen mit dem Gutachten der Commission de la Concurrence im Bulletin Officiel de la Concurrence et de la Consommation veröffentlicht werden. Unternimmt der Minister nichts, obwohl die Commission de la Concurrence einen Kartellverstoß festgestellt hat, steht es im Ermessen des Ministers, das Gutachten zu veröffentlichen. Was die Kommission im einzelnen erarbeitet hat, läßt sich deshalb u.U. allein aus dem Jahresbericht der Commission de la Concurrence entnehmen, der im Journal Officiel abgedruckt wird. Die Ausge-

42 Siehe dazu die Gesetzgebungsgeschichte der Verkaufsverweigerung 3.2.1.

43 Siehe unter 3.4.3.2. und 3.6.2.

44 Dieser Weg ist 1977 mit der Neufassung des Art. 53 weiter ausgestaltet worden, Art. 17 des Gesetzes v. 19. Juli 1977, J.O. du 20 juillet 1977, 3835.

staltung des Innenverhältnisses zeigt die Grenzen einer Formulierung von Wettbewerbspolitik durch die Kartellkommission auf. Faktisch ist dem Wirtschaftsminister die Befugnis eingeräumt, selektive Vertriebssysteme an ökonomischen Nützlichkeitskriterien zu messen. Der Minister bestimmt so die jeweilige Wettbewerbspolitik⁴⁵.

3.3. Beurteilung selektiver Vertriebssysteme unter dem Aspekt der *Refus de Vente* – Rechtsprechung und Lehre

Weder selektive Vertriebssysteme im Automobilbereich an sich noch die Problematik von Bezugsbindungsklauseln für Originalersatzteile sind bis dato Gegenstand *wirtschaftsstrafrechtlicher* Beurteilung gewesen. Wohl aber haben sich die Handelsgerichte – in den letzten Jahren sogar verstärkt – mit der zivilrechtlichen Beurteilung gekündigter bzw. nicht verlängerter Automobilhändlerverträge auseinandersetzen müssen⁴⁶.

Erkenntnisse über eine mögliche oder voraussichtliche Beurteilung von Bezugsbindungsklauseln für Originalersatzteile nach Art. 37-1-a lassen sich aus der Rechtsprechung ableiten, die sich in wirtschaftsstrafrechtlicher Sicht mit im wesentlichen zwei Problemkreisen befassen mußte: (1) inwieweit der Produzent von vergleichsweise einfach zu handhabenden technischen Gebrauchsgütern oder auch von Lebensmitteln den Wunsch nach Belieferung eines nicht in das Vertragssystem integrierten Händlers zulässigerweise ausschlagen kann, (2) ob die französischen Hersteller von Luxusprodukten, vor allem Parfums, in gleicher Weise mit Anfragen von Kaufhäusern oder auch Einzelhändlern verfahren können, die diese Produkte in ihr Programm aufnehmen wollen. In der Behandlung dieser Problemkreise lassen sich über die letzten 25 Jahre hinweg drei Phasen unterscheiden. Anfang der 60er Jahre drehte sich die Auseinandersetzung um die grundsätzliche Anerkennung von *Ausschließlichkeitsbindungen* als Rechtfertigungsgrund der Verkaufsverweigerung (3.3.1.). Die 60er und 70er Jahre sind nach der grundsätzlichen Anerkennung von Ausschließlichkeitsbindungen durch den Cour de Cassation geprägt von Anstrengungen, die Beurteilungskriterien des Circulaire Fontanet *auszudifferenzieren* (3.3.2. und 3.3.3.). Die sich vor allem in der instanzlichen Rechtsprechung abzeichnende Tendenz, losere Formen der Vertriebsbindung zuzulassen, findet ihren vorläufigen Abschluß in der höchstrichterlichen *Anerkennung des selektiven Vertriebs* in der Duo-Entscheidung (3.3.4.).

45 Die Details des Verfahrens ergeben sich aus dem Dekret No. 77-1189 du 25 octobre 1977, a.a.O. (Fn. 38).

46 Siehe dazu die Nachweise in Fn. 3.

3.3.1. Anerkennung der Ausschließlichkeitsbindung – Concession Exclusive – Das Brandt-Urteil vom 11.7.1962⁴⁷

Die Firma Beaulieu⁴⁸, Herstellerin von Photoapparaten und Projektoren, hatte bis zum Jahre 1957 den Absatz ihrer Erzeugnisse über zwei Großhändler geleitet, die jeden Fachhändler ohne Diskriminierungen belieferten. Als es im Bereich des Handels zu Klagen über Preisunterbietungen kam, schritt die Firma Beaulieu zur Umorganisation ihres Vertriebssystems. Auf der Großhandelsstufe erhielt die Firma Brandt das alleinige Vertriebsrecht, wobei sie sich verpflichten mußte, ausschließlich Erzeugnisse der Firma Beaulieu zu führen. Die Firma Brandt schloß vereinbarungsgemäß mit 332 Facheinzelhändlern Alleinvertriebsverträge ab. Dies bedeutete eine spürbare quantitative Verringerung gegenüber dem vorherigen Zustand. Die Einzelhändler mußten sich vertraglich verpflichten, ihre Verkaufsanstrengungen unter Erreichung eines Mindestumsatzes auf die Erzeugnisse von Beaulieu zu konzentrieren, einen Kunden- und Reparaturdienst aufzubauen. Es war ihnen verboten, Produkte Nichtkonzessionären zu überlassen, sowie anderen Alleinvertretern Kunden abzuwerben. Demgegenüber verpflichtete sich die Firma Brandt, nur fachlich qualifizierte Photohändler in das Vertriebssystem aufzunehmen und bei der Bestellung weiterer Alleinvertreter die örtlich betroffenen Händler vorab zu konsultieren. Den eigentlichen Dollpunkt bildeten die von der Firma Beaulieu entwickelten Brutto-Preislisten, auf die die Großhändler 50 %, die Einzelhändler 33 1/3 % Rabatt erhielten. Nach der Umorganisation des Vertriebssystems wurde die Firma Photo-Radio-Club, die zuvor große Umsätze in Beaulieu-Erzeugnissen getätigt hatte, nicht mehr beliefert. Die Firma hatte auf die Bruttopreise Nachlässe von 15 - 27 % gewährt. Sie verfügte über die übliche Qualifikation des Photofachhandels.

Für unsere Zwecke ist es nicht wichtig, das Hin und Her der gerichtlichen Entscheidungen in insgesamt 5 Instanzen zu schildern⁴⁹. Es sei lediglich angemerkt, daß die Firma Brandt letztendlich aus tatsächlichen Gründen verurteilt wurde, weil das Alleinvertriebssystem nur zur Sicherung einer versteckten Preisbindung aufgebaut worden war. Uns kommt es darauf an, die wettbewerbspolitischen Argumente herauszuarbeiten, die vom Cour de Cassation als maßgeblich für die Beurteilung selektiver Vertriebssysteme erachtet wurden. Die entscheidende, immer wieder zitierte Passage im Urteil lautet⁵⁰:

- 47 D. 1962, 497; Durand, a.a.O. (Fn. 46), 274, leitet seine Bestandsaufnahme mit der Brandt-Entscheidung ein.
- 48 Die Darstellung des Sachverhaltes ist gekürzt, in Passagen wörtlich aus Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 132 f., entnommen.
- 49 Die ausführlichste uns bekannte Darstellung findet sich bei Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 132 ff.; vgl. auch Ulmer, a.a.O. (Fn. 10), 56 ff., und Ulmer/Krasser, a.a.O. (Fn. 30), 513.
- 50 D. 1962, 497; eine Übersetzung wesentlicher Teile findet sich bei Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 134, in wörtlicher Fassung, bei Ulmer/Krasser, a.a.O. (Fn. 30), 513 in eher sinngemäßer Darstellung.

„Mais attendu qu'un contrat de concession exclusif par lequel les co-contractants ont eux-mêmes réciproquement limité leur propre liberté commerciale, s'il est établi qu'il n'a pas pour objet ou pour effet, même indirect, de limiter la liberté du concessionnaire de fixer lui-même, comme il l'entend, le prix de vente de produit, mais qu'il tend, au contraire, essentiellement, à assurer une amélioration du service rendu au consommateur, peut avoir pour effet de rendre juridiquement indisponible, à l'égard des tiers, la marchandise détendue par le vendeur; qu'une telle pratique peut constituer, dans le commerce de produits requérant une haute technicité ou de marchandises de haute qualité, un usage commercial au sens de l'art. 37-1-a; qu'il incombe au juge répressif d'apprécier dans chaque espèce si le contrat de concession exclusif invoqué par le prévenu correspond à ces caractéristiques, est exempt de toute idée de fraude des droits des tiers et ne procède pas l'esprit de limitation volontaire de la concurrence que condamne la législation économique“.

Ungeachtet der Meinungsverschiedenheiten um die Auslegung des Urteils, weisen die Kommentatoren auf drei Besonderheiten hin. Der Cour de Cassation hat die im Circulaire Fontanet entwickelte Dreiteilung zur Beurteilung von Ausschließlichkeitsbindungen in Teilen sogar wörtlich übernommen. Eine Auseinandersetzung mit den Argumenten, die das Ministerium zu dem Rundschreiben veranlaßt hatte, fehlt dagegen völlig, das Urteil überrascht durch seine Knappheit und Kürze; unklar bleibt, welche Bedeutung die Gleichsetzung der Handelsbräuche (*usages commerciaux*) mit den für zulässig erachteten Ausschließlichkeitsbindungen bei Waren von hoher Qualität und technischer Kompliziertheit hat. Die Urteilsgründe bieten nur wenig Anhaltspunkte zur Konkretisierung der drei Entscheidungskriterien 1) *réciprocité*, 2) *amélioration du service rendu au consommateur*, 3) *prix*. Ein Verkaufsverweigerungsverbot rechtfertigen nur Vertriebsverträge, in denen sich die Parteien gegenseitig binden. Ob hierzu eine *Alleinvertriebszusage* und ein Konkurrenzverbot des Händlers erforderlich sind, wie es in dem Circulaire Fontanet gefordert war, wird aus den Urteilsgründen *nicht deutlich*⁵¹. Umgekehrt läßt sich jedoch die Feststellung treffen, daß jedenfalls strikte Ausschließlichkeitsbindungen im Sinne des Rundschreibens dem Erfordernis der Gegenseitigkeit genügen⁵². In der am 24.10.1964 – *Star Wax* – ergangenen Entscheidung des Cour de Cassation ging es um die Frage, ob ein zur Rechtfertigung der Verkaufsverweigerung geeigneter Ausschließlichkeitsvertrag nicht in der Vereinbarung zwischen einem Hersteller und einem Verband des Fachhandels, nach welcher der Vertrieb der Ware ausschließlich den Ver-

51 Ulmer, a.a.O. (Fn. 10), 57, Fn. 252; zuletzt Durand, a.a.O. (Fn. 46), 274, allgemeine Meinung.

52 Winkel schloß deshalb von den Grundsätzen des Brandt-Urteils auf die Zulässigkeit von Automobilvertrags Händler-Verträgen, a.a.O. (Fn. 10), 148 f.

bandsmitgliedern vorzubehalten ist, gesehen werden kann⁵³. Der Cour de Cassation verurteilte den Hersteller wegen des Verstoßes gegen Art. 37-1-a, weil die Bezugsberechtigten ihre eigene Freiheit, Konkurrenzprodukte zu beziehen und zu vertreiben, nicht beschränkt hatten. Vordergründig deutet die Star Wax-Entscheidung auf die Notwendigkeit des ausschließlichen Geschäftsverkehrs zwischen Hersteller und Händler hin; der Widerhall in der Rechtswissenschaft war indessen widersprüchlich⁵⁴, und der Cour de Cassation Criminelle hatte lange Jahre keine Gelegenheit, seine Auffassung zu präzisieren⁵⁵. Eine Verbesserung des Verbraucherschutzes (le service rendu au consommateur) sieht der Cour de Cassation seit dem Brandt-Urteil als gegeben an, wenn die Eigenart des Produkts eine besondere Sach- und Fachkunde des Händlers verlangt, die notwendig und erforderlich ist, um den Verbraucher über die Vorzüge und die Handhabbarkeit des Produktes aufklären zu können. Der Firma Brandt wurde dieser Rechtfertigungsgrund nicht zuerkannt, da sie mit der leichten Bedienbarkeit der von ihr vertriebenen Photoapparate geworben hatte. Auf derselben Linie liegt die Colin-Entscheidung vom 24.10.1964 des Cour de Cassation⁵⁶. Für den Vertrieb von Plattenspielern sei eine besondere Sachkunde nicht erforderlich. Der Cour de Cassation gewinnt diese Einsicht nicht aus der Perspektive des Verbrauchers, der das Gerät kauft. Er stützt seine Entscheidung vielmehr auf den Umstand, daß besagte Plattenspieler auf dem Elektromarkt nicht nur von hochqualifizierten Fachhändlern vertrieben werden: „Il est établi que des appareils Teppaz sont revendus librement par certains détaillants qui ne possèdent pas d'aptitudes et de moyens supérieurs à ceux de ... (angesprochen ist der Zwischenhändler, der die Belieferung verlangt hatte). Umgekehrt indiziert ein eigens errichteter Reparaturdienst für die selektiv vertriebenen Produkte, daß eine besondere Sachkunde vom Händler auch beim Verkauf verlangt wird⁵⁷.“ Denn der Firma Brandt gereichte es zum Nachteil, daß sie gegenüber ihren Alleinvertretern nicht darauf gedrängt hatte, die vertraglich übernommene Verpflichtung zum Aufbau eines Reparaturdienstes auszuführen. Inwieweit der Vertriebsvertrag darauf abzielt, die verbotene Preisbindung zu unterlaufen, ist selten eine Rechtsfrage. Das Appellationsgericht von Amiens, an das der Cour de Cassation den Rechtsstreit Brandt zurückverwiesen hatte, sah dieses Ziel nach umfangreicher Beweisaufnahme als

53 La Semaine Juridique II, 1965, 14160; besprochen bei Ulmer/Krasser, a.a.O. (Fn. 30), 513/514, und Mezger, Frankreich: Zum Verbot der Lieferverweigerung der Alleinvertriebsverträge und zur Auslegung des EWG-Vertrages, AWD 1964, 361 ff.

54 Hémard schließt in seiner Anmerkung in La Semaine Juridique 1965 II, 14160, aus den Grundsätzen des Urteils auf eine Lockerung des Gegenseitigkeitsgrundsatzes; anders Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 139.

55 Klarheit brachte erst die Duo-Entscheidung v. 3.11.1982, dazu unter 3.4.

56 D. 1964, 753, besprochen von Mezger, Das Verbot von vertikalen Bindungen, Diskriminierungen und Lieferverweigerungen und seine Wirkung auf Exklusivverträge in Frankreich, AWD 1962, 220 ff.; zum Stellenwert Ulmer, a.a.O. (Fn. 10), 57; Guyénot, a.a.O. (Fn. 28), 7.

57 Nachweise bei Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 135.

erwiesen an. Keine eigenständige Bedeutung zur Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen hat der vom Cour de Cassation neu eingeführte Rechtfertigungsgrund des Handelsbrauchs erlangt⁵⁸. Guyénot hat auf die Gefahren dieses Kriteriums aufmerksam gemacht: „La Cour de Cassation considère que la pratique de l'exclusivité de vente, ..., est un usage qui doit être suivi dans le commerce des produits de luxe ou de haute technicité, revêtus ou non d'une marque. La jurisprudence détourne alors les termes d'usage de commerce de leur sens usité. Elle érige un usage ce qui n'est qu'une pratique commerciale. En réalité, ce sont les nécessités des marchés des produits de luxe ou de haute qualité qui ont déterminé la création des concessions de distribution exclusive“⁵⁹. Trotz aller verbleibenden Zweifelsfragen war den selektiven Vertriebssystemen mit der Brandt-Entscheidung zur preisrechtlichen und kartellrechtlichen Anerkennung verholten. Schließlichkeitsverträge, die keine Preisbindung des Händlers enthielten, konnten dem nicht in das Vertriebssystem integrierten Händler entgegengehalten werden. Art. 37-1-a hatte in Bezug auf Ausschließlichkeitsverträge seine Bedeutung verloren.

3.3.2. Ausdifferenzierung: Le Service Rendu au Consommateur – Haute Technicité, Haute Qualité et Produits de Marque

Dieses Entscheidungskriterium zur Beurteilung selektiver Vertriebssysteme knüpft an objektiv meßbare produktspezifische Eigenarten an⁶⁰. Nach dem Brandt-Urteil waren vordringlich die Untergerichte mit der Aufgabe befaßt, eine Grenzlinie zu ziehen zwischen Produkten, die in eine dieser drei Kategorien fallen und deshalb tendenziell geeignet sind, eine Verkaufsverweigerung zu rechtfertigen und solchen, die keine besondere Sachkunde bzw. Geschäftseinrichtung verlangen und deshalb vom Hersteller an jedermann, vor allem Warenhäuser und Discounter geliefert werden mußten. Das von Ulmer analysierte Auseinanderfallen der Rechtsprechung basiert auf der unterschiedlichen Intensität gegenseitiger Bindung, je nachdem, ob es sich um technisch hoch entwickelte, kunden dienstbedürftige Produkte handelt oder um Waren des täglichen Gebrauchs. Luxuserzeugnisse nehmen in der *instanzlichen Rechtsprechung* eine Sonderstellung ein, weil bei ihnen sehr viel geringere Anforderungen an die Gegenseitigkeit gestellt werden, um eine Verkaufsverweigerung zu rechtfertigen als bei Produkten des täglichen Lebens. Diese Privilegierung setzt sich innerhalb des Entscheidungskriteriums, ob mittels des Vertriebssystems der Verbraucher besser gestellt

58 Es handelt sich um eine Hilferwägung, deren gedankliche Bestandteile in den genannten Entscheidungskriterien enthalten sind, Ulmer, a.a.O. (Fn. 10), 57 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung, 56, Fn. 249, und der Lehre, 57, Fn. 250; Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 140 ff.

59 Guyénot, a.a.O. (Fn. 28), 7.

60 Einen ersten Klassifizierungsversuch unternimmt Ulmer, a.a.O. (Fn. 10), 57 ff. mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

wird („l'amélioration du service rendu au consommateur“) fort. Denn die Instanzgerichte heben die Luxusprodukte auf dieselbe Ebene wie qualitativ hochwertige technische Produkte, indem sie den selektiven Vertrieb zulassen, obwohl zum Verkauf von Luxusprodukten (Parfums) weder eine spezielle berufliche Qualifikation noch eine besondere Ausstattung des Geschäfts erforderlich erscheint⁶¹. Unter dem Gesichtspunkt der Handhabbarkeit und der Bedienbarkeit besteht zwischen Schallplattenspieler und Parfum kein Unterschied, gleichwohl wird den französischen Herstellern von Parfums der Weg zum selektiven Vertrieb freigegeben, während die Hersteller von Plattenspielern die Nachfrage von Kaufhäusern und Discontern nicht abwehren können. Eine produktspezifische Überprüfung des selektiven Vertriebssystems anhand der tendenziell meßbaren objektiv erforderlichen Notwendigkeit beruflicher Qualifikation und notwendiger Geschäftsausstattung als Begründung der Zugangsbeschränkung wird hierdurch zumindest in Frage gestellt. Die Grenze zwischen technisch komplizierten, qualitativ hochwertigen und Luxusprodukten schwimmt⁶²: „Cette jurisprudence s'est maintenue (gemeint ist die Rechtsprechung zur Konkretisierung des Merkmals 'Verbesserung des Verbraucherschutzes') même si la notion de produits de haute qualité s'est peu à peu élargie pour atteindre celle de produit revêtu d'une marque de haute renommée (...) ...“. Eine Verbesserung des Verbraucherservice ist dem selektiven Vertrieb von Parfums inhärent. Marketing-Überlegungen des Herstellers werden mittels der Gleichstellung produits de qualité = produits de luxe als Verbraucherinteressen ausgegeben. Umgekehrt wäre es vorschnell, die Rechtsprechung zum selektiven Vertrieb von Parfums zu verallgemeinern. Der behutsame Umgang mit den selektiven Vertriebssystemen der Parfum-Hersteller geht auf nationale Besonderheiten zurück, die es problematisch erscheinen lassen, eine allgemeine Zugänglichkeit national über das Verkaufsverweigerungsverbot des Art. 37-1-a oder auf europäischer Ebene über Art. 85 EWG-Vertrag zu erzwingen⁶³. Unmittelbarer Anlaß für die Gleichstellung der Luxusprodukte mit qualitativ hochstehenden, technisch komplizierten Erzeugnissen dürfte das Olibet-Urteil vom 13. Juli 1961⁶⁴ gewesen sein, in dem der Cour de Cassation den Produzenten von Markenartikeln wie Parfums den Weg verbaut hat, mittels des Warenzeichenrechts die Lieferverweigerung zu begründen. Der Cour de Cassation hat die deutsche Erschöpfungstheorie übernommen und Markenprodukte dem Verkaufsverweigerungsverbot unterworfen⁶⁵. Als Äquivalent für den Wegfall des Markenschutzes haben die französischen Instanzgerichte eine Inter-

61 Zur Rechtsprechung Vilmart, *La Semaine Juridique, Cahiers de Droit de l'Entreprise, Distribution* No. 4/1981 und No. 4/1982; Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 536, Fn. 315.

62 Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 536.

63 Zum europäischen Recht Kap. 3, 3.3.4.

64 Cour de Cassation 13. Juli 1961, D. 1961, 525 ff.

65 Zu dem Versuch einer Rechtfertigung des Verkaufsverweigerungsverbotes über das Warenzeichenrecht, Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 113 ff., Ulmer a.a.O. (Fn. 10), 68 ff., das deutsche Pendant ist die Maja-Entscheidung BGHZ 41, 84 ff.

pretation des Verkaufsverweigerungsverbotes entwickelt, die den selektiven Vertrieb von Parfums weitgehend unberührt läßt⁶⁶.

3.3.3. Konkretisierung: das Gegenseitigkeitserfordernis in der Rechtsprechung – La Réciprocité

Das ministerielle Rundschreiben von Fontanet sollte Klarheit bringen, die Brandt-Entscheidung hat die Diskussion nicht befriedet, sondern eher noch angeheizt. Nicht ohne Ironie schreibt Champaud 1963⁶⁷: „De nombreux et importants litiges furent soumis aux tribunaux. Les décisions furent publiées, avec une promptitude rare et commentées avec une ardeur exceptionnelle ... rarement les textes furent disséqués et les intentions du législateur supportées avec autant de minutie et de vivacité. Tous les arguments possibles ont été avancés et exposés, tant dans les articles de fond que dans les notes de jurisprudence que dans les conclusions du Ministère public dont beaucoup ont été publiées“.

Die am Intensitätsgrad der Gegenseitigkeit von Ulmer für diesen Zeitraum vorgenommene Zweiteilung besteht auch heute noch. Bei Waren des täglichen Lebens ließ sich eine wachsende Verbreitung neuer Distributionsformen feststellen, während der Circulaire Fontanet in seiner Interpretation durch die strafrechtlichen Instanzgerichte eine Verstärkung der gegenseitigen Bindungen herbeigeführt hat, um dem Verdikt des Verkaufsverweigerungsverbotes entgehen zu können⁶⁸. Bei Parfums hat die Rechtsprechung vielfach Erleichterungen der strikten Gegenseitigkeit geschaffen⁶⁹. Zur Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme wurde weder strikter Gebietsschutz noch ein Konkurrenzverbot des Händlers gefordert. Eine *höchststrichterliche Anerkennung* haben diese Grundsätze erst in der Duo-Entscheidung vom 3.11.1982 erfahren, die wir gesondert erörtern⁷⁰. Die scharfe Trennung zwischen technisch hochwertigen, kundendienstbedürftigen Produkten einerseits und Waren des täglichen Gebrauchs andererseits verliert an Gewicht, wenn man in die Betrachtung die Auseinandersetzungen vor den Handelsgerichten einbezieht. Die Handelsgerichte sind, um eine angemessene Lastenverteilung nach Kündigung des Automobilvertrags-händlervertrages zu ermöglichen, oftmals zugunsten des Händlers von der Wirksamkeit des Vertrages auch dann ausgegangen, wenn strikte Ausschließlichkeit nicht vorlag⁷¹.

66 Der Gedanke taucht bereits 1965 bei Guyénot, a.a.O. (Fn. 28), 7 auf.

67 Champaud, a.a.O. (Fn. 27), 491.

68 Vgl. den Ausgangspunkt von Ulmer, a.a.O. (Fn. 10), 57 ff., mit der Einschätzung von Mousseron, a.a.O. (Fn. 26), 10.

69 Vgl. über die Nachweise in Fn. 61 hinaus die bei Durand, a.a.O. (Fn. 3), 275, Fn. 26, nachgewiesenen Urteile.

70 Siehe unter 3.4.

71 Im Brennpunkt der Diskussion stand lange Zeit die Entscheidung des Cour d'Appel

Die Divergenz zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen ist ein offenes Geheimnis⁷². Gleichwohl soll auf zwei besonders brisante Fallgestaltungen eingegangen werden, um die Widersprüchlichkeit der Gerichtsbarkeiten zu verdeutlichen: Die Gebietsschutzklauseln und das Konkurrenzverbot.

3.3.3.1. Gebietsschutzklauseln⁷³

Der Cour de Cassation Criminelle und der Cour de Cassation Commerciale haben in den 70er Jahren gegensätzliche Entscheidungen gefällt. In der wirtschaftsstrafrechtlichen Leitentscheidung vom 21.3.1973 – Seneclauze⁷⁴ – ging es um eine Klausel im Vertragshändlervertrag, die es dem Vertragshändler untersagte, seine Produkte im Vertragsgebiet des angrenzenden Händlers abzusetzen. Der Cour de Cassation hat sich gegen strikte Gebietsschutzklauseln ausgesprochen. La protection territoriale absolue, „en créant une frontière absolue autour de territoire concédé, avait eu pour effet de limiter la concurrence.“⁷⁵. Umgekehrt gewährt der Cour de Cassation Commerciale⁷⁶, man ist geneigt zu sagen in ständiger Rechtsprechung, Abwehr- und teilweise Schadensersatzansprüche gegen den Händler, der unzulässigerweise (par un acte de concurrence déloyale) in das Hoheitsgebiet eingegriffen hat. Automobilhersteller und Vertragshändler haben auf die Rechtsprechung des Cour de Cassation Criminelle mit einer Umgestaltung ihrer Vertragsklauseln reagiert. An die Stelle strikter Gebietsschutzbestimmungen sind vordergründig flexiblere Regelungen getreten, die den bezweckten Effekt mittels gegenseitiger Rechte und Pflichten erzielen wollen⁷⁷. „C'est

d'Amiens vom 29.11.1973, La Semaine Juridique, Etudes et Commentaires 1975, 11673. Die Richter hatten dem gekündigten Vertragshändler einen Schadensersatzanspruch gewährt und sich gegen die gesamte Rechtsprechung aufgelehnt, vgl. Buhagiar, Doit-on créer un statut légal des concessionnaires de vente exclusive? La Semaine Juridique, Comm. et Ind. 1975, 1, 11636, 45 ff. (47) und derselbe, L'avenir des contrats de concession de vente exclusive, La Semaine Juridique Comm. et Ind. 1976, 1, 12138, 373 ff., mit weiteren Nachweisen. Der Cour de Cassation hat die Entscheidung des Cour d'Appel d'Amiens am 9.3.1976 bestätigt, La Semaine Juridique, Comm. et Ind. 1976, 1, 12138, Annexe III, 379, jedoch eine andere Begründung gewählt.

72 So bereits Ulmer, a.a.O. (Fn. 10), 57 ff., Winkel, a.a.O. (Fn. 10), 97 f.; dezidiert Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 537 ff. (543).

73 Eine Darstellung der Problematik findet sich bei Leduc, Les contrats de distribution exclusifs in Les Contrats de Distribution – Avec ou sans Exclusivité, Journée d'Etude, 14. Mai 1979, Gazette du Palais 1979, 2, 647 ff. (662); Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 540-543; Durand, a.a.O. (Fn. 3), 274.

74 Cass. Crim. 21 mars 1972: La Semaine Juridique 1972, II, 17222.

75 Das Zitat entstammt dem Urteil des Appellationsgerichts Nîmes vom 9.11.1972, zitiert nach Leduc, a.a.O. (Fn. 73), 662.

76 Nachweise aus der Rechtsprechung bei Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 542, Fn. 346, und 543, Fn. 347-350; Buhagiar, a.a.O. (Fn. 3), 679, mit zahlreichen Fundstellen.

77 Durand, a.a.O. (Fn. 3), 274.

pourquoi la clause d'exclusivité territoriale du contrat de concession automobile, dans la pratique, se présente sous la forme d'une obligation réciproque de ne pas faire. Le concédant s'interdit d'accorder les mêmes droits à un tiers dans la même zone et le concessionnaire s'interdit de rechercher des clients hors de sa zone d'influence.“ Die Strafgerichte hatten, soweit ersichtlich, bislang keine Gelegenheit, diese Klausel auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 37-1-a zu überprüfen. Pigassou beklagt das strikte Ja-Nein-Schema der französischen Gerichte und verweist auf die wesentlich flexiblere Haltung des Europäischen Gerichtshofes, der den absoluten Gebietsschutz zeitlich begrenzt für gerechtfertigt hält, soweit ein neues Produkt auf dem Markt eingeführt werden soll⁷⁸.

3.3.3.2. Konkurrenzverbot des Händlers

Eine höchstrichterliche Entscheidung des Cour de Cassation Criminelle zu diesem Themenkomplex steht aus. Als wirtschaftsstrafrechtliche Maxime ist deshalb auf den Circulaire Fontanet zu verweisen, wonach es dem Vertragshändler untersagt ist, Konkurrenzprodukte zu vertreiben⁷⁹. Das Handelsgericht von Paris hat in seiner Entscheidung vom 24. September 1980⁸⁰ das Konkurrenzverbot zur Begründung gegenseitiger Vertragspflichten verworfen. Die Firma Sonoauto, Alleinimporteur von Porsche für das Département Tarn, hatte ihren Vertrag mit der Société Garage C.I.P.L. nicht verlängert. Kurz nach Ende des zeitlich limitierten Vertrages beehrte die Garage, mit Fahrzeugen der Firma Porsche beliefert zu werden. Die Firma Sonoauto könne den Verkauf nicht verweigern, da zwischen den Parteien zu keinem Zeitpunkt eine Vertragsbeziehung bestanden habe, die den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien zur Zulässigkeit von Vertriebsbindungen entspreche. Es fehle an dem Erfordernis gegenseitiger Beschränkungen von Handelsaktivitäten. Denn die Garage hatte sich noch während der Laufzeit des Vertrages mit Sonoauto über die Belieferung von Porsche hinaus, vertraglich an BMW-France gebunden. BMW und Porsche seien jedoch konkurrierende Produkte, so daß dem Konkurrenzverbot des Circulaire Fontanet nicht genüge getan worden sei. Das Gericht mußte deshalb darüber befinden, ob zwischen den Fahrzeugen von BMW und Porsche ein Konkurrenzverhältnis besteht bzw. klarstellen, daß eine gegenseitige Bindung im Sinne des Brandt-Urteils auch dann noch besteht, wenn der Vertragshändler konkurrierende Marken anbietet. Aus den Entscheidungsgründen wird die Tendenz deutlich, den Vertrieb konkurrierender Produkte für zulässig zu erklären, was für sich gesehen bereits eine Durchbrechung der im Circulaire Fontanet aufgestellten Grundsätze beinhaltet⁸¹: „Il est aisé de constater ... sur ce point, le cas des représentations du type

78 Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 542, unter Bezugnahme auf das Urteil des EuGH vom 30.6. 1966, LTMC Maschinenbau/Ulm, Slg. 1966, 281 ff.

79 Durand, a.a.O. (Fn. 3), 275.

80 Abgedruckt im Annexe du Buhagiar, La concession exclusive dans la branche automobile, La Semaine Juridique, 1980, II, 13438, 677 ff. (684 ff.).

81 Tribunal de Commerce, a.a.O. (Fn. 80), 685.

Porsche, écoulant relativement peu de voitures par an, ne constitue pas une exception entraînant la concession simultanée de marques concurrentes, qu'en effet, un très grand nombre de professionnels de l'automobile sont concessionnaires de deux marques à la fois; et que les véhicules ainsi vendus concomitamment ont une partie commune d'usage, circuler d'un point à un autre et le plus souvent, un recouvrement partiel entre leurs gammes de prix, ne fût-ce qu'entre le haut de gamme d'une marque et le bas de gamme de l'autre ...“ Das Handelsgericht mußte jedoch zu dieser Grundsatzfrage nicht abschließend Stellung nehmen, da es in der zu entscheidenden Fallgestaltung nahelag, ein Konkurrenzverhältnis zwischen der Programmpalette von Porsche und BMW zu verneinen: „La concomitance chez un professionnel de l'automobile des concessions Porsche et BMW n'apparaît pas comme constituant la vente de produits réellement concurrents.“ Eine ähnliche Entscheidung hat der Cour d'Appel von Paris am 1. März 1979 gefällt⁸². Danach rechtfertigt die vertraglich zugunsten des Händlers vorgesehene Möglichkeit, nach Rücksprache mit dem Lieferanten weitere Modelle in das Verkaufsprogramm aufzunehmen, eine Verkaufsverweigerung nach Art. 37-1-a. Wenn auch diese Urteile bislang nicht vom Cour de Cassation bestätigt worden sind, so wird in ihnen doch deutlich erkennbar, die rechtliche Behandlung von Vertragshändlerverträgen der ständig geübten Praxis anzupassen. Denn in kleineren Städten vertreiben die Automobilhändler bereits seit Jahren mehrere, zum Teil sogar konkurrierende Produkte⁸³.

3.3.4. Anerkennung der selektiven Vertriebsbindung – Die Duo-Entscheidung des Cour de Cassation Criminelle vom 3.11.1982⁸⁴

In der Duo-Entscheidung des Cour de Cassation laufen verschiedene Entwicklungslinien zusammen. Vordergründig geht es um die zwischen Zivil- und Strafgerichten jüngst entstandene Streitfrage, ob Vertriebsbindungen für Parfum Gebietsabgrenzungsklauseln enthalten müssen, um den Erfordernissen wechselseitiger Verpflichtung (*réciprocité*) genüge zu tun. Gleichzeitig hat der Cour de Cassation die *Affaire Duo* zum Anlaß genommen, das aus dem *Circulaire* abgeleitete Dreigestirn der Entscheidungskriterien zu überdenken. Tatsächlich orientiert sich der Cour de Cassation in Terminologie und Inhalt seiner Entscheidungsgründe an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen.

Der Sachverhalt weist keine Besonderheiten auf. Der Geschäftsführer der Parfümerie Duo in Straßburg hat die Firmen Lanvin, Nina Ricci und Rochas aufgefor-

82 Zitiert nach Buhagiar, a.a.O. (Fn. 80), 680.

83 Darauf weist insbesondere Buhagiar, a.a.O. (Fn. 80), 680 hin.

84 Zitiert nach Vilmart, *Contrats de Distribution Sélective*, Arrêts de la Cour de Cassation Duo, 3 novembre 1982, *La Semaine Juridique*, *Cahiers de Droit de l'Entreprise* 1983, 16 ff. Das Urteil ist in Auszügen abgedruckt auf S. 19.

dert, ihn mit ihren Produkten zu beliefern. Das Gericht hat dieses Verlangen zurückgewiesen und den angegriffenen Firmen das Recht zugestanden, die Lieferung zu verweigern, weil das Einzugsgebiet der Firma Duo hinreichend mit vertraglich gebundenen Konzessionären versorgt werde. Einleitend definiert der Cour de Cassation, was er unter einem Vertrag zum selektiven Vertrieb – „contrat de distribution sélective“ – versteht.

„... un contrat de 'distribution sélective' est celui par lequel d'une part le fournisseur s'engage à approvisionner dans un secteur déterminé un ou plusieurs commerçant qu'il choisit en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, sans discrimination et sans limitation quantitative injustifiées, et par lequel d'autre part le distributeur est autorisé à vendre d'autres produits concurrents; ...“

An die Stelle der notwendigen Verbesserung des Verbraucherschutzes („l'amélioration du service rendu au consommateur“) und des Gegenseitigkeitsprinzips („la réciprocité“), treten *qualitative* und *quantitative* Beurteilungskriterien. Der Cour de Cassation hat damit den vom Circulaire Fontanet vorgegebenen Entscheidungsrahmen gesprengt. Die sich an die Definition unmittelbar anschließende Passage wiederholt zwar noch einmal den bekannten Argumentationshaushalt:

„qu'un tel contrat s'il est établi qu'il n'a pas pour objet ou pour effet même indirect, de limiter la liberté du revendeur de fixer lui-même, comme il l'entend, le prix de vente du produit, mais qu'il tend au contraire essentiellement par les obligations réciproques que s'imposent les co-contractants à assurer, spécialement dans le commerce de produits requérant une haute technicité ou dans celui d'articles de marque ou de luxe, un meilleur service au consommateur, peut licitement avoir pour effet de rendre juridiquement indisponible à l'égard des tiers, la marchandise détenue pour le fournisseur et, dès lors, de légitimer le refus de vente au regard de l'article 37 § 1^{er} a de l'ordonnance 75 – 1483 du 30 juin 1945“.

In den Gründen der Entscheidung nimmt der Cour de Cassation jedoch im wesentlichen auf die quantitativen und qualitativen Beurteilungsmaßstäbe Bezug. Von vorrangiger Bedeutung sind die Ausführungen zu einer quantitativen Beschränkung des selektiven Vertriebssystems, „sans discrimination et sans limitations quantitatives injustifiées“. Die Notwendigkeit einer qualitativen Beschränkung setzt der Cour de Cassation im Anschluß an seine ständige Rechtsprechung bei Parfum als gegeben voraus. Gegenüber den bislang zur Beurteilung anstehenden Vertragstypen wies der vorliegende Sachverhalt insofern eine Besonderheit auf, als die Vertriebsverträge der drei angegriffenen Firmen eine Aufstockung der Zahl der Konzessionäre an eine wachsende Kundschaft im entsprechenden Einzugsgebiet banden: „... le concédant subordonne son droit d'augmenter le nombre de concessionnaires à un accroissement de la clientèle potentielle dans le secteur ...“. Diese Selbstbeschränkung der Parfum-Hersteller wertete der Cour de Cassation als sachliches Kriterium, das in nicht diskriminierender Weise eine quantitative Beschränkung der Konzessionäre rechtfertigt:

„L'exigence de n'augmenter les points de vente qu'avec un accroissement de la clientèle potentielle en vue de permettre une meilleure rentabilisation des points de vente et assurer un meilleur service au consommateur ...“

Vilmart⁸⁵ deutet in ihrer Besprechung des Duo-Urteils das Vorgehen des Cour de Cassation als Versuch, in die quantitative Beschränkung objektive Entscheidungskriterien zu integrieren. Der Cour de Cassation Criminelle hat sich mit der Duo-Entscheidung einen Argumentationshaushalt geschaffen, der ein Entweder/Oder-Raster vermeidet. Gebietsschutzklauseln sowie die Konkurrenzverbote sind weder notwendig, um eine Rechtfertigung der Verkaufsverweigerung zu begründen, noch läßt ihr Fehlen auf die Zulässigkeit des selektiven Vertriebssystems schließen. Vielmehr kommt es allein darauf an, zwischen diskriminierenden quantitativen Beschränkungen zu differenzieren. Für die Einschätzung von selektiven Vertriebssystemen von Parfum mag die Duo-Entscheidung in der Tat sachlich begründbare Differenzierungen ermöglichen. Auf den Automobilbereich lassen sich die Kriterien einer zulässigen quantitativen Beschränkung nicht problemlos übertragen. Denn die Bezugsverpflichtung für Ersatzteile wirft die Frage nach einer wettbewerbspolitisch notwendigen bzw. nicht notwendigen *Durchbrechung des Konkurrenzverbotes* auf, während die Duo-Entscheidung mit einem *begrenzten Territorialschutz* vor weiterer Konkurrenz befaßt ist. Bedeutung hat die Duo-Entscheidung für den Automobilmarkt jedoch insofern, als sie interessierten Vertragshändlern Argumente an die Hand gibt, das in den Vertragshändlerverträgen regelmäßig enthaltene Konkurrenzverbot zu durchbrechen. Soweit ersichtlich, haben die Vertragshändler sich die Möglichkeiten, die die Duo-Entscheidung eröffnet, noch nicht zunutze gemacht.

3.4. Beurteilung selektiver Vertriebssysteme unter dem Aspekt der Ententes Illicites in Rechtsprechung, Lehre und in den Gutachten der Commission de la Concurrence

Die Diskussion um die Zulässigkeit selektiver Vertriebssysteme verlagert sich im französischen Recht mehr und mehr von Art. 37-1-a Refus de Vente auf Art. 50 – Ententes Illicites. Ausgelöst wurde sie durch das anwachsende Bestreben der Commission de la Concurrence, selektive Vertriebssysteme Art. 50 zu unterwerfen. Weder der Cour de Cassation Criminelle noch der Cour de Cassation Commerciale hat sich in den letzten fünf Jahren noch zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 50 geäußert, so daß noch nicht abzusehen ist, ob die Argumente der Commission de la Concurrence vor den höchsten Zivil- und Straferichten bestehen können. Eine Klärung erscheint wenig absehbar, da der Minister von der Einleitung eines Strafverfahrens regelmäßig absieht. Er sucht eine Lösung des Konflikts vielmehr in Verhandlungen mit den betroffenen Unternehmen zu finden. Wenn überhaupt, spricht der Minister verwaltungsrechtliche Sanktionen

85 Vilmart, a.a.O. (Fn. 84), 18.

(Geldbußen) aus, deren Überprüfung in den Zuständigkeitsbereich des Conseil d'Etat fallen. Rechtliche Auseinandersetzungen bilden auch hier die Ausnahme. Die Unternehmen scheinen bereit zu sein, verhängte Geldbußen zu akzeptieren.

Eine Analyse der Aktivitäten der Commission de la Concurrence hat die zeitliche Verschiebung gegenüber der traditionellen Beurteilung selektiver Vertriebssysteme nach Art 37-1-a zu beachten. Tatsächlich greift die Commission de la Concurrence erst in der zweiten Hälfte der 70er Jahre in die Auseinandersetzung ein. Zu diesem Zeitpunkt stand die grundsätzliche Zulässigkeit von *Ausschließlichkeitsbindungen* außer Frage. Von diesem Ausgangspunkt her konnte sich die Commission de la Concurrence darauf konzentrieren, Beurteilungskriterien zu entwickeln, die es erlauben, zwischen zulässigen und unzulässigen Ausschließlichkeitsverträgen zu unterscheiden. So sind die 70er Jahre geprägt von Anstrengungen, das Argumentationsmuster des Circulaire Fontanet auf Art. 50 – Ententes Illicites – zu beziehen (3.4.2.). Zeitlich parallel zur Duo-Entscheidung des Cour de Cassation Criminelle erklärte die Commission de la Concurrence losere Formen der selektiven Vertriebsbindung für kartellrechtlich zulässig. Mit dieser Entscheidung einher geht die Umstellung der Beurteilungskriterien vom Dreigestirn des Circulaire Fontanet auf quantitative und qualitative Merkmale in Anlehnung an den Europäischen Gerichtshof (3.4.3.). Die aktuelle Rechtslage ist gekennzeichnet von Versuchen der Commission de la Concurrence, die Ausdifferenzierung quantitativer und qualitativer Beurteilungskriterien weiter voranzutreiben (3.4.4.). Faktisch hat die Commission de la Concurrence eine Vorreiterrolle in der Formulierung der französischen Wettbewerbspolitik übernommen. Bevor wir auf die Entwicklungsphasen näher eingehen, sei jedoch der Weg nachgezeichnet, den die Commission de la Concurrence gehen mußte, um selektive Vertriebssysteme der Beurteilung nach Art. 50 unterwerfen zu können (3.4.1.).

3.4.1. Anwendbarkeit des Art. 50 auf selektive Vertriebssysteme

Die Auseinandersetzung um den Anwendungsbereich des Art. 50 wurde fast 20 Jahre lang durch das obiter dictum des Cour de Cassation Criminelle in der Brandt-Entscheidung vom 11.7.1962 beherrscht. Art. 50 sei auf Ausschließlichkeitsverträge – allein die standen seinerzeit zur Diskussion – nicht anwendbar⁸⁶, „puisque (la réglementation) ne consiste que dans l'action isolée d'une firme pour parvenir à la commercialisation de ces produits“. Allein horizontale Absprachen zwischen selbständigen Unternehmen sind nicht geeignet, den Tatbestand des Art. 50 zu erfüllen⁸⁷. Champaud hat die Rechtsprechung des Cour de Cassation aufgegriffen und argumentativ ausgebaut. In seiner Abhandlung über die „concession commerciale“ betont er die fehlende ökonomische Unabhängig-

86 Cass. Crim. D. 1962, 497, insoweit zitiert bei Champaud, a.a.O. (Fn. 27), 500, und Lebel, *Pratiques restrictives de concurrence en droit français*, 1981, 39.

87 Weitere Nachweise für diese Interpretation bei Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 526 Fn. 263.

keit von Vertragshändlern gegenüber den Unternehmen, an die sie sich vertraglich gebunden haben⁸⁸: „La concession commerciale conduit à l'unité économique et non à la coalition économique.“ Das Verdikt des Cour de Cassation hat bis heute nichts von seiner Relevanz eingebüßt. Buhagiar⁸⁹ hat immer wieder versucht, einer Überprüfung von Automobilhändlerverträgen unter dem Aspekt des Art. 50 mit der Argumentation des Cour de Cassation entgegenzutreten. Natürlich hat es in jenen Jahren nicht an Stimmen gefehlt, die von einer Überschätzung des obiter dictum gewarnt haben⁹⁰, denn der Cour de Cassation hat seine Bemerkung eher beiläufig gemacht. Es fehlt an einer systematischen Auseinandersetzung des Verhältnisses der Art. 37-1-a – Refus de Vente und Art. 50 – Ententes Illicites. Gleichwohl haben auch Instanzgerichte das Verdikt befolgt. Die Entscheidung des Tribunal de Commerce de Ford de France vom 16.2.1978⁹¹, in der die Richter, ohne die Commission de la Concurrence einzuschalten, Art. 50 zur Beurteilung eines Ausschließlichkeitsvertrages zugrunde legten, blieb vereinzelt.

Die 1977 neu gegründete Commission de la Concurrence hingegen kündigte in ihren Abschlußberichten von 1978 und 1979 bereits an, mit dieser Tradition brechen zu wollen⁹². Die gegebene Begründung ist weniger dogmatischer denn rechtspolitischer Natur. Die Commission wollte aus eigener Kompetenz vertikale Organisationsformen einer spezifisch kartellrechtlichen Kontrolle unterziehen können. Es mußte dazu Absprachen auf verschiedenen Absatzstufen solchen gleichstellen, die die Hersteller auf der Produktions- oder die Händler auf der Distributionsebene treffen. Rein tatbestandlich wäre die Commission de la Concurrence gezwungen, vertikale Vertriebsbindungen als per se wettbewerbsbeschränkend zu behandeln, denn gemäß Art. 50 muß „l'accord ou l'entente (doit) avoir pour objet ou pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser la concurrence“. Tatsächlich hat die Commission eine solche Pauschaleinschätzung sorgfältig vermieden „... les contrats de distribution ne contreviennent pas nécessairement par eux-mêmes aux disposition de l'article 50 de l'ordonnance No. 45-1483 du 30 juin 1945 ...“⁹³. Pigassou⁹⁴ hat aus dieser Vorgehensweise

88 Champaud, a.a.O. (Fn. 27), 499; ders. 495: „c'est l'unité économique formée par les entreprises concédantes et concessionnaires, qui justifie le refus de vente“.

89 Buhagiar, a.a.O. (Fn. 3) mit weiteren Nachweisen 681.

90 Guyénot, a.a.O. (Fn. 28), 5, der die Bedeutung der Brandt-Entscheidung herunterspielt.

91 Unveröffentlicht, zitiert bei Lebel, a.a.O. (Fn. 86), 41.

92 Rapport de la Commission de la Concurrence pour l'année 1978 (J.O. Document administratif 6. janv. 1979); Rapport de la Commission de la Concurrence pour l'année 1979 (J.O. Document administratif février 1980); dazu Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 530, 538.

93 Entnommen dem Gutachten der Commission de la Concurrence v. 27.9.1979 „Affaire Darty“.

94 Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 531, unter Bezugnahme auf den Jahresbericht der Commission de la Concurrence v. 1978.

abgeleitet, daß selektiven Vertriebsystemen eine (nicht streng juristisch zu verstehende) Vermutung ihrer Gültigkeit inhärent sei. Als Leitschnur der Beurteilung findet sich die positive Grundhaltung der Commission de la Concurrence in allen Gutachten wieder, die die Commission in Umsetzung ihrer Ankündigung einer kartellrechtlichen Kontrolle erstellte⁹⁵. Die Doctrine hat auf die von der Commission de la Concurrence praktizierte Kartellkontrolle eher zurückhaltend reagiert. Lediglich Pigassou hat in seiner umfassenden Arbeit über „la distribution intégrée“ die Commission zwar kritisch, im Ergebnis jedoch positiv unterstützt. Die von der Praxis der Commission de la Concurrence betroffenen Unternehmen haben 1979 eine Tagung zum Thema „Ausschließlichkeitsbindungen“ organisiert, in der der Berichterstatte der Commission de la Concurrence ausführlich Gelegenheit hatte, seinen Standpunkt zu erläutern⁹⁶. Die Grundtendenz der auf der Tagung gehaltenen Vorträge läßt sich als Versuch begreifen, mit der neuen Praxis differenziert umzugehen. Jedenfalls fällt auf, daß die betroffenen Unternehmen bzw. Interessenvertreter oder diesen nahestehende Wissenschaftler eine Konfrontation mit Vertretern der Commission de la Concurrence bzw. der von ihnen vertretenen Positionen vermeiden. Inzwischen dürfte die Frage der Anwendbarkeit geklärt sein. Denn seit 1981 wendet die Commission de la Concurrence Art. 50 an, ohne daß sich in der Doctrine nennenswerter Widerspruch regt. Die Diskussion hat sich vielmehr vollständig von der Frage der Anwendbarkeit des Art. 50 auf die Frage der Kriterienbildung verlagert.

3.4.2. Auswirkung des Circulaire Fontanet in den Kriterien zur Beurteilung von Ausschließlichkeitsbindungen

Die von der Commission de la Concurrence in der zweiten Hälfte der 70er Jahre erstellten Gutachten lassen eine Konzeption zur Beurteilung selektiver Vertriebsysteme noch nicht erkennen⁹⁷. Die fallbezogenen Überlegungen der Commis-

95 Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 530, nennt 5 Gutachten, wovon allerdings nur die letzten zwei in den Zeitraum der neuen Kontrollpolitik fallen: Avis du 16 octobre 1974, Industrie des briques et tuiles 2, J.O. Document administratif 5 juin 1975; Avis du 8 novembre 1974; Entreprises licenciées Fiorio J.O. Document administratif 5 juin 1975; Avis du 17 décembre 1976, Détenteurs de bancs, Bee-Line, J.O. Document administratif 5. mai 1977; Avis du 11 mai 1978, Briquets non rechargeables, J.O. Document administratif 6. janvier 1979; Avis du 8 juin 1978, Crampons antidérapants, ibid; ohne Anspruch auf Vollständigkeit sind zusätzlich zu nennen; Avis du 27.9.1979, L'affaire Darty und Avis relatif à la distribution des montres, 1^{er} juillet 1982, abgedruckt bei Sélinisky, Les Etrennes de la Commission de la Concurrence: 2 170 000 F D'amendes pour entrave à l'évolution des structures de distribution (à propos des deux avis publiés le 31 décembre 1982) La Semaine Juridique, Cahiers de droit de l'entreprise 1983, 1 ff. (8).

96 Brault, in: Les contrats de distribution – Avec ou sans exclusivité, Journée d'Etude, 14 mai 1979, Gazette du Palais 1979, 2, 647 ff. (664).

97 Die einzige uns bekannte zusammenhängende Darstellung der Aktivitäten der Commis-

sion sind nach wie vor trotz unterschiedlicher Rechtsgrundlage geprägt von den drei zentralen Bedingungen zur Beurteilung von Ausschließlichkeitsverträgen im *Circulaire Fontanet*. L'amélioration du service rendu au consommateur, die die Rechtsprechung zu Art. 37-1-a als gegeben ansieht, soweit es sich um qualitativ hochstehende oder Luxusprodukte handelt, schlägt sich in der positiven Grundhaltung der Commission de la Concurrence gegenüber Vertriebssystemen nieder, die eben jene Produkte betreffen. La réciprocité, das Erfordernis gegenseitiger Bindung, wirkt in seiner Widersprüchlichkeit von Zivil- und Strafrecht auf die Praxis der Commission zurück. Das Verbot von Preisbindungen und Preisempfehlungen beherrscht die Untersuchungspraxis der Commission de la Concurrence nachhaltig. Wenn auch das argumentative Dreigestirn des *Circulaire Fontanet* in den Gutachten jener Zeit immer wieder durchschimmert, so ist der Commission zuzugeben, daß sie sich zumindest teilweise den größeren Spielraum, den Art. 50 ihr läßt, zunutze macht. Das betrifft einmal die differenzierte Beurteilung von verbandsmäßig abgesprochenen Distributionssystemen gegenüber von einzelnen Herstellern errichteten Vertriebsnetzen⁹⁸. Art. 37-1-a könnte, wenn überhaupt, kollektiv vereinbarte Distributionssysteme nur unter dem Aspekt erfassen, inwieweit derartige Vertriebsbindungen noch im Einzelfall eine Verkaufsweigerung rechtfertigen. Marktstrukturelle Überlegungen ließen sich in die notwendig stark individualisierte Prüfung des Art. 37-1-a nicht integrieren. Zum anderen hat sich die Commission de la Concurrence darauf konzentriert, jene Fallgestaltungen in die Prüfung des Art. 50 einzubeziehen, in denen Herstellern/Lieferanten der Absatz ihrer Produkte über das selektive Vertriebsnetz versperrt ist, weil der Händler sich ausschließlich oder überwiegend bei nur einem Hersteller/Lieferanten versorgt⁹⁹. Die „klassische“ Fallgestaltung der *Refus de Vente* hatte sich allein mit der Problematik zu befassen, ob der Hersteller/Lieferant, der seinem Vertragshändler eine Alleinvertriebszusage gegeben hatte, die Belieferung nicht zum Vertriebsnetz gehörender Händler verweigern kann¹⁰⁰. Umgekehrt kann sich eine Analyse der Beurteilungskriterien nicht damit zufriedengeben, das Augenmerk allein auf „kollektive Distributionsformen“ bzw. auf „neue“ Fallgestaltungen des Eindringens von Herstellern in geschlossene Vertriebssysteme zu richten. Eine solche Sichtweise wäre verkürzt und würde ein falsches Licht auf die Aktivitäten der Commission de la Concurrence werfen.

sion de la Concurrence findet sich bei Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 527 ff. (532 bezogen auf die Haltung zu Ausschließlichkeitsbedingungen).

98 Hierzu Sélinsky, a.a.O. (Fn. 95), 2; auf die Besonderheit kollektiver Distributionssysteme im Verfahren Fiori weist Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 529 hin.

99 Diesen Aspekt stellt Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 538, Rdnr. 83 heraus.

100 Die französische Doctrine ordnet beide Fallgestaltungen vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen zu; siehe zu dieser Einteilung Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 526 § 1 *Altération des rapports verticaux*, 540 § 2 *Altération des rapports horizontaux*.

Vielmehr kommt es darauf an, aus der Vielzahl der Beurteilungskriterien, die die Commission de la Concurrence in Anlehnung an den Circulaire Fontanet oder darüber hinausgehend entwickelt hat, zentrale Problemfelder herauszugreifen, die die Schwierigkeiten der kartellrechtlichen Beurteilungen von selektiven Vertriebsbindungen zutreffend wiedergeben. Ob es sich dabei um vertikale Wettbewerbsbeschränkungen oder um horizontale Wettbewerbsbeschränkungen handelt, die aus der eingeschränkten Konkurrenz der Vertragshändler bzw. der Hersteller untereinander resultieren, ist nicht entscheidend. Absolute Gebietsschutzklauseln betreffen den Wettbewerb der Vertragshändler untereinander. Der Circulaire Fontanet sah in ihnen eine notwendige Voraussetzung zur Erfüllung des Gegenseitigkeitsprinzips. Entgegen dem Wortlaut des Art. 50 zieht die Commission de la Concurrence die Marktmacht des Händlers zur Beurteilung der diskriminierenden Wirkung seiner Alleinbezugsverpflichtung für konkurrierende Hersteller/Lieferanten heran. Möglichkeiten und Grenzen einer Beeinflussung der Preisfreiheit des Händlers durch den Hersteller wirken sich direkt auf alle drei Fallgestaltungen aus.

3.4.2.1. Gebietsschutzklauseln

Erste Anhaltspunkte für die absehbare Behandlung von Gebietsschutzklauseln lieferte bereits der Jahresbericht der Commission de la Concurrence von 1978. Die Commission hatte zu erkennen gegeben, daß sie besonderes Augenmerk auf *Ausschließlichkeitsbindungen* legen wolle. Derartige Klauseln¹⁰¹ „peuvent perdre leur justification et par conséquent être illicites lorsque le produit, le service ou le procédé par lequel elles portent à perdu son caractère de nouveauté sur le marché français ou en a réussi la pénétration.“ Wohlgemerkt, diese Aussage bezieht sich auf Ausschließlichkeitsbindungen generell und spezifiziert nicht zwischen Gebietsschutzklauseln und Konkurrenzverboten. Allerdings hat die Commission de la Concurrence in vier Gutachten absolute Gebietsschutzklauseln als wettbewerbsbeschränkend und unvereinbar mit Art. 50 und 51 beurteilt. Die ersten beiden Stellungnahmen – Fiorio vom 21. Juni und 8. November 1974¹⁰² und Detenteurs Bancs Bee-Line vom 17.12.1976¹⁰³ rühren noch von der Commission Technique des Ententes her. Sie bildeten die Grundlage für die zitierte Haltung der Commission de la Concurrence im Jahresbericht von 1978¹⁰⁴. Die Commission de la Concurrence hat selbst, soweit ersichtlich, in weiteren zwei

101 Zitiert nach Pigassou, a.a.O. (Fn. 22) 531, Rdnr. 76.

102 J.O. Document administratif 5 juin 1975; Kurzzusammenfassung bei Lebel, a.a.O. (Fn. 86), 39, 40.

103 J.O. Document administratif 5 mai 1977; Kurzfassung bei Lebel, a.a.O. (Fn. 86), 40, 41.

104 So ausdrücklich bei Pigassou, a.a.O. (Fn. 22) 531; auf die widersprüchliche Beurteilung der Affaire Fiori – Pigassou, 529 behauptet, die Commission Technique des Ententes habe es abgelehnt, Art. 59bis anzuwenden; Lebel, a.a.O. (Fn. 86), 40 zitiert das Gutachten als Beweis für die gegenteilige Auffassung – sei hier nicht näher eingegangen.

Fällen absolute Gebietsbeschränkungen negativ beurteilt. Das Gutachten in der Affäre Darty vom 27.9.1979¹⁰⁵ betrifft absolute Gebietsschutzklauseln in Vertriebsverträgen der Firmen Arthur-Martin, Bauknecht, Brandt et Vedette, AEG Telefunken, Continental Edison, De Dietrich, Grundig, Revox, Scholtes und Vedette, das Gutachten vom 28.01.1982¹⁰⁶ verurteilt absolute Gebietsschutzklauseln in kollektiven Distributionssystemen von Ersatzteilen für Motorräder und Fahrräder. Wegen der inhaltlichen Nähe der Problematik zum Ersatzteilmarkt im Automobilsektor ist auf die Fallgestaltung näher einzugehen.

Der Motorrad- und Fahrradmarkt wird in Frankreich zu 60 % von Peugeot und Motobecane bedient. Zwischen 1970 und 1980 ist es diesen beiden Firmen gelungen, ihren Anteil am Ersatzteilgeschäft kontinuierlich zu steigern. Proportional ging der Anteil der Großhändler zurück. Als die Strategie der beiden Hersteller deutlich wurde, schlossen sich die Großhändler in einem eigens gegründeten Verband zusammen, der Association de Grossistes Interprofessionnels Régionaux (A.G.I.R.). Dem Verband gehörten 1974 14 Großhändler an, die zusammen im Ersatzteilgeschäft einen Marktanteil von 11 % hielten. Sie teilten Frankreich in Gebietszonen ein und sicherten sich zu, das Einzugsgebiet des Verbandsmitglieds nicht zu beeinträchtigen. Die Commission de la Concurrence verurteilte diese Absprache, obwohl der Verband in seinen Satzungsbestimmungen noch 1978 von einer ausdrücklichen Gewährung des Gebietsschutzes Abstand genommen hatte. Denn die neue eingefügte Passage bewirkte nach Ansicht der Commission de la Concurrence den identischen Effekt¹⁰⁷. Insofern geht sie über die Rechtsprechung zu Gebietsschutzklauseln nach Art. 37-1-a hinaus, die sich bislang mit dererlei Umgehungsklauseln nicht befassen mußte. Offen ist nach wie vor, ob die Commission de la Concurrence gegenüber Gebietsschutzklauseln zukünftig eine ähnlich differenzierte Haltung einnehmen wird wie die Kommission der Europäischen Gemeinschaften und der Europäische Gerichtshof. Pigassou¹⁰⁸ befürwortet diesen Ansatz und verweist zur Begründung auf Artikel 37-4 der Ordonnance du 30 juin 1945, wonach dem Hersteller zeitlich begrenzt die Erlaubnis erteilt werden kann, den Vertriebshändlern Festpreise aufzuerlegen.

105 Uns hat das Gutachten im Wortlaut vorgelegen, Zitatstelle nicht bekannt.

106 Avis relatif à un groupement de négociants en gros de pièces détachées pour cycles et motocycles, B.O.C.C. du 27 février 1981.

107 Eine ähnliche Haltung nahm die Commission de la Concurrence bereits in der Affaire Darty ein, in der sie die zahlenmäßige Beschränkung hinreichend qualifizierter Händler in einem Einzugsgebiet der absoluten Gebietsschutzklausel gleichstellte.

108 Ders., a.a.O. (Fn. 27), 532, Rdnr. 76.

3.4.2.2. Marktmacht des Händlers/Lieferanten¹⁰⁹

Die Commission de la Concurrence hat in zwei Gutachten vom 11.5.1978¹¹⁰ – *Negoce des briquets non rechargeables* – und vom 8.6.1978¹¹¹ – *Crampons anti-derapants pour automobiles* – ausgesprochen, daß Händler ihren Vertriebsweg für Lieferanten/Hersteller öffnen müssen, mit denen sie in keiner vertraglichen Beziehung stehen, wenn sie über einen wesentlichen Marktanteil verfügen. Abmachungen zwischen Händlern und Herstellern/Lieferanten, die darauf abzielen, konkurrierende Hersteller/Lieferanten auf deren eigenen Vertriebsweg zu verweisen, verstoßen gegen das Kartellverbot „en raison de la part considérable du marché déterminé par les groupements de grossistes en produits pipiers.“ Zwar hat die Commission in beiden Gutachten entscheidend auf den Marktanteil der Händler abgestellt, gleichwohl unterscheiden sich die Sachverhalte erheblich. Im ersten Beispiel resultiert die Marktmacht aus dem kollektiven Zusammenschluß der Hersteller und Händler, im zweiten Beispiel aus der Marktmacht des Herstellers/Lieferanten allein. Überraschend, weil gesetzlich nicht vorgesehen, ist in beiden Konstellationen der von der Kommission hergestellte Zusammenhang zwischen selektiven Vertriebssystemen und der individuellen bzw. kollektiven Marktmacht¹¹². Den formalen Aufhänger liefert Art. 50, der eine *Beschränkung* des Wettbewerbs durch selektive Vertriebssysteme verlangt. Die Commission geht davon aus, daß nicht jedes selektive Vertriebssystem notwendig und automatisch den Wettbewerb beschränkt. Vielmehr muß eine Sensibilitätsschwelle (*seuil de sensibilité*) überschritten sein. Vor diesem Hintergrund tritt die Funktion der Heranziehung der Machtverhältnisse auf dem jeweiligen Markt deutlich hervor. Kollektiven Distributionssystemen ist der wettbewerbsbeschränkende Charakter inhärent. Weit größere Schwierigkeiten hat die Commission de la Concurrence, die Grenze festzulegen, ab der individuell errichtete Distributionssysteme Auswirkungen auf den Wettbewerb entfalten. Eine klare Position hat die Commission bislang nicht bezogen und hütet sich offensichtlich auch davor, eine statische Größe in Form eines prozentualen Marktanteils festzulegen. Eine marktbeherrschende Stellung des individuellen Herstellers ist jedenfalls nicht erforderlich. Die Commission de la Concurrence sieht keine Verbindungslinie zwischen Art. 50 – *Ententes Illicites* und dem Gesetz vom 19. Juli 1977¹¹³ über die Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen (*position dominante*), in dem vergleichbar § 22 GWB die Eingriffsvoraussetzungen in Form von Marktanteilen benannt werden. Indem die Commission selektive Vertriebssysteme Art. 50

109 Zur Problematik *Pigassou*, a.a.O. (Fn. 22), 538, 539, Rdnr. 83; Ansätze bei *Mousseron*, a.a.O. (Fn. 26), 9, 10.

110 J.O. Document administratif 6 janvier 1979.

111 J.O. Document administratif 6 janvier 1979.

112 Grundlegend zur Bedeutung des Kriteriums in den Entscheidungen der Commission *Sélinsky*, *Actualités de droit interne de la distribution sélective*, zur Veröffentlichung vorgesehen im *Cahier de droit de l'entreprise* 1985.

113 Art. 4, loi No. 77-806 du 19 juillet 1977, J.O. 1977 du 20 juillet 1977, 3833.

unterwirft und auf eine mögliche marktbeherrschende Stellung der am System Beteiligten nicht eingeht, schafft sie sich eine wesentlich flexiblere rechtliche Grundlage.

3.4.2.3. Preisbindung und Preisempfehlung in selektiven Vertriebssystemen

Vielleicht die größte Sensibilität zeigt die Commission de la Concurrence gegenüber Preisbindungselementen in selektiven Vertriebssystemen. Gegenüber den deutschen Erfahrungen weist die französische Praxis insofern eine Besonderheit auf, als die Commission mittelbar damit befaßt ist, die Folgewirkungen jahrzehntelang praktizierter staatlicher Preisfestsetzung zu bewältigen. Dies erklärt, warum Absprachen über kollektive Distributionssysteme in der Tätigkeit der Commission de la Concurrence so breiten Raum einnehmen. Denn die Branchenorganisationen wurden von der Administration in die jährlichen Verhandlungen um die Neubestimmung des Preises eingeschaltet. Infolgedessen haben die Branchenorganisationen nicht nur erheblichen Einfluß auf die Preisgestaltung und die Durchsetzung administrierter Preise gegenüber ihren Mitgliedern erlangt. Die staatliche Preisfestsetzung hat gleichzeitig den Zusammenhalt zwischen einer Branche gefördert, was notwendige Voraussetzung für die Errichtung kollektiver Distributionssysteme ist. Da bekanntlich seit 1945 innerhalb von selektiven Vertriebssystemen eine Preisbindung untersagt ist, gleichzeitig die Praxis staatlich administrierter Preise bis 1980 fort dauerte, entstand bei kollektiven Distributionssystemen ein schwer zu entwirrendes Geflecht von erlaubter Preisfestsetzung und verbotener Preisbindung als Bestandteil des Distributionssystems. Mit der geänderten Wirtschaftspolitik war für die Commission de la Concurrence der Weg geebnet, um kollektiven Preisabsprachen in Distributionssystemen entgegenzutreten. Notwendig rückten kartellwidrige Praktiken der Einflußnahme auf zulässige Preisempfehlungen stärker in den Vordergrund der Arbeit der Commission.

Soweit von einzelnen Herstellern errichtete Distributionssysteme zur Beurteilung anstehen, setzt die Commission de la Concurrence ebenso wie ihre Vorgängerin, die Commission Techniques des Ententes, mittelbare und unmittelbare Preisbindungen mit einer Wettbewerbsbeschränkung i.S. des Art. 50 bzw. zuvor i.S. des Art. 37-1-a gleich. Mit dieser Einschätzung reproduziert die Commission de la Concurrence jene vom Circulaire Fontanet eingeleitete Wettbewerbspolitik, in der dem Preisparameter in selektiven Vertriebssystemen der Primat eingeräumt wird. Die Praxis der Commission Techniques des Ententes hatte Pigassou¹¹⁴ zu der Feststellung veranlaßt, daß die Commission zur Verbesserung des Verbraucher-Service mittels selektiver Vertriebssysteme eine Preissenkung der Produkte oder zumindest den Verkauf zu mäßigen Preisen verlangt. Von diesem Ausgangspunkt her wird die Skepsis verständlich, die die Commission gegenüber Anstrengungen der Hersteller hat, mittels eines Ausbaus des Vertriebssystems

114 Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 537, Rdnr. 82.

dem drohenden Preisverfall oder der exzessiven Konkurrenz der Händler untereinander entgegenzuwirken¹¹⁵. Die Problematik einer einseitigen Ausrichtung der Wettbewerbspolitik am Parameter des Preiswettbewerbs sei anhand des Gutachtens der Commission – Réparation Automobile – vom 30.06.1981¹¹⁶ dargestellt.

Es geht in dem Gutachten nicht um die Beurteilung selektiver Vertriebssysteme im Automobilbereich. Vielmehr hatte sich die Commission auf ministerielle Anordnung hin mit den Versuchen der beiden Kfz-Reparaturfachverbände G.N.C.R. – Groupement National des Carrossiers Réparateurs – und F.N.C.A.A. – Fédération Nationale du Commerce et de l'Artisanat de l'Automobile – auseinanderzusetzen, die Folgen des ständig steigenden Anteils der Ersatzteile an der Reparaturleistung zu bewältigen¹¹⁷. Beide Verbände hatten an ihre Mitglieder ein nahezu gleichlautendes Rundschreiben verschickt, in dem den Werkstätten vorgeschlagen wird, innerhalb der Arbeitsleistungen drei Kategorien zu bilden; je nach dem Schwierigkeitsgrad und der notwendig vorausgesetzten Qualifikation zur Durchführung der Arbeiten. Als Anhang war eine Liste beigelegt, aus der sich der Schwierigkeitsgrad der wichtigsten Arbeiten ergab. Gleichzeitig, und hier lag der Stein des Anstoßes, hatten die Verbände ihren Mitgliedern empfohlen, die Preise für einfache Arbeiten um 6,5 %, für den Austausch von Ersatzteilen und ähnliche Arbeiten um 20 % und für die Instandsetzung von Karosserie-schäden oder mechanischen Teilen um 30 % anzuheben. Die unterschiedliche Tarifierung sollte die Werkstätten ermuntern, beschädigte Teile vermehrt zu reparieren anstatt gleich auszutauschen. Dasselbe Ziel verfolgte die G.N.C.R. in einer mit der S.R.A. – Sécurité et Réparation Automobile – geschlossenen Vereinbarung, die sich auf die Abwicklung von Haftpflichtschäden erstreckte. Der Verband der Autoversicherer erklärte sich in der Vereinbarung bereit, Instandsetzungsarbeiten höher zu entlohnen als Austauscharbeiten. Bezogen auf den 31.12.1979 sollten die Werkstätten ihre Preise für Austauscharbeiten um 3 %, für Instandsetzungsarbeiten um 20 % – maximal 25 % – erhöhen können.

Im Verfahren von der Commission de la Concurrence hatten sich alle drei Verbände auf Art. 51 berufen, da die angestrebte Regelung das Ziel verfolge, eine bessere Entlohnung der Arbeiter für qualifizierte Arbeiten sicherzustellen und gleichzeitig mittels einer Reduzierung der bloßen Ersatzteilaustauscharbeiten mäßigend auf das Preisniveau für Reparaturleistungen einzuwirken. Die Commission ist dieser Argumentation im Ergebnis nicht gefolgt, sie hat beide Reparaturfachverbände wegen eines Verstoßes gegen Art. 50 verurteilt. Keinesfalls seien, so die Commission, die Anstrengungen der drei Verbände als per se wettbewerbswidrig zu bezeichnen.

115 L'Affaire Darty, Avis du 27 septembre 1979.

116 B.O.C.C. 1er juillet 1981, 164 ff.

117 Dazu oben unter Kap. 5, 1.5.

Sie versagt der Preisdifferenzierung dennoch die Anerkennung, weil sie mit einer Preiserhöhung gekoppelt ist, deren Berechtigung die Verbände nicht nachgewiesen hätten „... elle (la fixation des prix) est de nature à favoriser la hausse des prix sans aucune référence à l'évolution réelle des coûts de réparation ...“ Die Argumentation der Commission de la Concurrence bleibt im Ergebnis formal, weil sie die kartellwidrig empfohlene Preisempfehlung über den durchaus prüfenswerten Versuch der Verbände stellt, mittels einer Umstellung des Tarifierungssystems tendenziell mäßigend auf die Reparaturpreise einzuwirken.

3.4.3. Abkehr vom Circulaire Fontanet und Hinwendung zu qualitativen und quantitativen Beurteilungskriterien

Der Prozeß der Umorientierung der Beurteilungskriterien der Commission de la Concurrence vollzog sich in zwei Stufen: (1) Die *grundsätzliche Anerkennung* qualitativer und quantitativer Kriterien zur Beurteilung selektiver Vertriebssysteme erfolgte im Gutachten vom 1.7.1982 – Montres¹¹⁸; (2) die Verfeinerung und Ausdifferenzierung qualitativer und quantitativer Beurteilungskriterien geschah im Gutachten vom 28.12.1984 – Parfums¹¹⁹. Wenn auch die zweite Phase keinesfalls als abgeschlossen gelten kann, so bieten beide Gutachten der Commission zusammengenommen doch die Möglichkeit, die derzeitige Haltung der Commission de la Concurrence zu selektiven Vertriebssystemen zu fixieren.

3.4.1.1. Anerkennung qualitativer und quantitativer Beurteilungskriterien – Montres, 1.7.1982

Inhaltlich liegen die Ausführungen der Commission de la Concurrence im Gutachten vom 1.7.1982 und des Cour de Cassation Criminelle in der Duo-Entscheidung vom 3.11.1982 dicht beieinander. Nicht zu klären war, ob die Richter sich in ihrer Entscheidungsfindung von dem Gutachten der Commission beeinflussen ließen. Tatsächlich scheint mit dem Urteil vom 3.11.1982 und dem Gutachten der Commission vom 1. Juli 1982 die Voraussetzung für eine Parallelisierung der Rechtsentwicklung gegeben zu sein, die unausgesprochen maßgeblich von der Haltung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften und des Europäischen Gerichtshofs initiiert war¹²⁰.

Die Commission leitet ihr Gutachten vom 1. Juli 1982 mit grundsätzlichen Überlegungen zur Anerkennung von selektiven Vertriebssystemen ein. Parallel zur Duo-Entscheidung ist dem Gutachten erstmals die dezidiert erklärte Bereitschaft der Kommission zu entnehmen, selektive Vertriebssysteme Ausschließlichkeitsverträgen insofern gleichzustellen, als sie nicht mehr als per se kartellwidrig zu be-

118 Abgedruckt bei Sélinsky, a.a.O. (Fn. 95), 8, die das Gutachten analysiert.

119 B.O.C.C. 28. Dezember 1984, 390 ff.

120 So Sélinsky, a.a.O. (Fn. 95), 2 und Azéma, La distribution sélective ou l'ambivalence du droit français de la concurrence, La Semaine Juridique 1983 II, 14089, 579 ff.

greifen sind. Wenngleich sich die Position der Commission in der flexiblen Handhabung der Beurteilungskriterien des Circulaire Fontanet bereits abzeichnete und im Ergebnis weniger überraschen konnte als die Duo-Entscheidung des Cour de Cassation Criminelle, so markiert das Gutachten der Kartellkommission zur Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen von Uhren gleichwohl einen Wendepunkt. Die Diskussion hat sich nämlich von der Frage der Zulässigkeit auf die Frage der Ausgestaltung selektiver Vertriebssysteme verlagert. Die immer wieder zitierte Schlüsselpassage des Gutachtens dokumentiert die Bereitschaft der Commission, nicht preislichen Argumenten stärker als bisher Aufmerksamkeit zu widmen: „Les exigences *qualitatives* (Unterstreichung vom Verfasser) de commercialisation qu'imposent les caractéristiques des produits doivent être suffisamment objectives et précises, quant à leur formulation, et suffisamment mesurées, quant à leur degré, pour ne pas faire échec à la liberté de tout distributeur, dès lors qu'il satisfait à ses conditions qualitatives, de choisir son mode de distribution ainsi que de déterminer et de faire connaître le niveau de sa marge ou de ses prix.“ Diese Grundsatzerklärung hat die Commission, bezogen auf den selektiven Vertrieb von Uhren, konkretisiert: Danach dürfen die Hersteller eine fachliche Qualifikation des Händlers fordern, aber nicht dessen Verbandsmitgliedschaft; Vorschriften über die Präsentation des Produktes festlegen, aber nicht die Lage des Geschäfts im Erdgeschoß oder in einem Einkaufszentrum; den Händler verpflichten, ein ausreichendes Sortiment des Produktes bereitzuhalten, was aber keine generelle Bezugsverpflichtung bewirken darf („mais on ne saurait exiger qu'il s'approvisionne par le même canal pour l'ensemble des références qu'il commercialise sous une même marque“)¹²¹; dem Händler Garantiarbeiten und auch den Service après vente auferlegen oder ihn verpflichten, für eine hinreichende Betreuung des Kunden durch Dritte zu sorgen; der Vertrag kann die Rücknahme des Materials nach Ablauf des Vertriebsvertrages begrenzen, der Händler darf jedoch nicht gezwungen werden, das Material an den Händler zurückzugeben.

Scheinbar eindeutig sind die Ausführungen der Commission zu den quantitativen Kriterien: „Les conditions de caractère quantitatif que certains fabricants ou importateurs prétendent imposer aux distributeurs de leur réseau entraînent des restrictions notables de la concurrence.“ Die Commission verweist zur Illustration auf Gebietsschutzklauseln, die direkt oder indirekt den Wettbewerb der Vertragshändler untereinander behindern. Sie geht über Altbekanntes zur Problematik von Gebietsschutzklauseln jedoch kaum hinaus. Die französische Doktrin hat einhellig die Passage des Gutachtens als Absage an quantitative Kriterien zur Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen interpretiert. Diese Schlußfolgerung überzeugt nicht, weil die entscheidende Neuerung des Gutachtens in der ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeit liegt, quantitative Begrenzungen mittels einer ökonomischen Bilanz (bilan économique) im Einzelfall zu rechtfertigen: Il n'est toute-fois pas exclu qu'un bilan économique fasse apparaître que les

121 So Sélinisky, a.a.O. (Fn. 95), 4.

avantages liés à ce type de limitation de la concurrence soit suffisants pour en composer les inconvénients. Cela devrait être apprécié cas par cas pour chaque fabricant en vu des contrats proposés aux distributeurs¹²¹. Dogmatisch macht es sicherlich einen Unterschied, ob quantitative Beurteilungskriterien die Zulässigkeit von selektiven Vertriebssystemen im Rahmen einer Prüfung nach Art. 50 begründen können oder ob quantitative Beurteilungskriterien lediglich im Einzelfall als Rechtfertigungsgrund im Rahmen einer Überprüfung nach Art. 51 herangezogen werden dürfen. Faktisch hat die Commission de la Concurrence mit ihrer Orientierung an quantitativen Beurteilungskriterien diesem Entscheidungsparameter zum Durchbruch verholfen.

Nachzutragen ist die von der Commission verlangte Schriftform des Vertrages, die notwendig sei, um Willkür und Diskriminierung zu vermeiden. Dieses Erfordernis klingt einigermaßen überraschend, hatte sich jedoch im älteren Schrifttum abgezeichnet¹²².

3.4.3.2. Ausdifferenzierung qualitativer und quantitativer Beurteilungskriterien – Parfums – 28.12.1984

Mit diesem Gutachten hat die Commission de la Concurrence ihre Position zu selektiven Vertriebsbindungen von Parfums erstmals offengelegt. Es handelt sich um eine Schlüsselentscheidung, die übertragen auf deutsche Verhältnisse gleichzusetzen ist mit der VW-Ersatzteile II-Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1982. Eingeschaltet von der bedeutendsten französischen Verbraucherorganisation (Union Fédérale des Consommateurs) hatte sich die Commission de la Concurrence mit Versuchen der Parfümhersteller bzw. des Parfümfachverbandes der Einzelhändler auseinanderzusetzen, Firmen zu disziplinieren, die die Preisempfehlung des Herstellers unterliefen. Das sehr umfangreiche Gutachten der Commission de la Concurrence zeigt, daß nicht nur „Discountgeschäfte“ als Preisbrecher auftreten, sondern auch vertraglich gebundene Parfümerien. Die Commission de la Concurrence wehrt sich entschieden gegen Versuche der Hersteller bzw. des Parfümerie-Einzelverbandes, die Preisautonomie der Vertragshändler einzuschränken. Sie hat deshalb dem Minister vorgeschlagen, sowohl die Hersteller als auch den Verband mit zum Teil beträchtlichen Geldbußen zu belegen. Die marktstrukturellen Konsequenzen einer derartigen Wettbewerbspolitik werden jedoch nicht angesprochen. Insbesondere bleibt offen, ob in nächster Zeit damit zu rechnen ist, daß Supermarchés oder Hypermarchés Parfümerieabteilungen mit Dumpingpreisen einrichten werden.

Das eigentlich Brisante des Gutachtens liegt nicht in den Ausführungen zur Preisautonomie. Die seit Mitte der 70er Jahre betriebene Politik des Preiswettbe-

122 Die Commission hat immer wieder die Notwendigkeit einer Gleichbehandlung der Händler innerhalb eines selektiven Vertriebssystems betont, L'Affaire Darty v. 27.9.1979; pièces détachées pour cycles et motocycles a.a.O. (Fn. 106) und pratiques concertées dans le secteur de la réparation automobile a.a.O. (Fn. 116).

werbs ließ der Commission insoweit keinen Spielraum. Weit wichtiger sind die Passagen des Urteils, die sich auf die Ausgestaltung des Vertriebssystems selbst beziehen. Denn davon hängen die Möglichkeiten der Hersteller ab, sich unmittelbar oder mittelbar gegen unliebsame Preiskonkurrenz zur Wehr zu setzen. Die Commission de la Concurrence steuert in ihrer Argumentation direkt auf qualitative und quantitative Beurteilungskriterien zu. Die von der Doctrine vorgebrachten Einwände gegen die grundsätzliche Anerkennung quantitativer Beurteilungskriterien sind mit dem vorliegenden Gutachten hinfällig geworden. Die Commission begnügt sich nicht mit der Übernahme der Rechtsprechung des Cour de Cassation Criminelle, in der entscheidenden Passage geht sie über das Duo-Urteil hinaus und wird so zur Speerspitze des Kampfes für die Zulässigkeit von selektiven Distributionsformen:

„... Chaque fabricant doit pouvoir, sans inconvénient sensible pour la concurrence, rester maître de la détermination du nombre total de revendeurs qu'il désire intégrer dans son réseau en fonction de ses objectifs de production. Les marques (de parfum) ont d'ailleurs, de ce point de vue, des politiques diverses. Néanmoins, à l'intérieur du cadre global qu'elles se sont ainsi défini, les critères quantitatifs sur lesquels elles se fondent pour déterminer, d'une part, ceux des détaillants qui, répondant à leurs exigences qualitatives, sont susceptibles de recevoir leur agrément et, d'autre part, l'ordre dans lequel elles ouvriront un compte à ces détaillants ou procéderont à une extension, doivent être des critères objectifs. Les décisions des marques ne doivent pas être discriminatoires ou conduire à favoriser les rentes de situation de certains distributeurs ou types de distributeurs ...“

Inwieweit sich die umfassende Entscheidungsfreiheit des Herstellers einerseits und seine Verpflichtung zu objektiven nicht quantitativen Auswahlkriterien andererseits miteinander vertragen, erörtert die Commission nicht weiter. Die Konkretisierung des Prinzips erfolgt klauselbezogen. Konsequenterweise hat denn auch Sélinsky¹²³ in Anlehnung an das Gutachten drei Kategorien von Distributionsklauseln gebildet: verbotene, erlaubte und verdächtige. So ist es den Herstellern unbenommen, Anträge von Händlern auf Belieferung nach deren chronologischem Eingang zu bearbeiten sowie Anträgen auf Erweiterung des Geschäftes den Vorrang vor Anträgen auf die Neueröffnung einzuräumen. Mit diesem Kartellrecht gleichermaßen vereinbar ist die dem Einzelhändler auferlegte Verpflichtung, Vorratshaltung zu betreiben, bzw. die Fortsetzung des Vertrages von einem Mindestumsatz abhängig zu machen. Umgekehrt ist es dem Hersteller versagt, auf die Preisgestaltung des Einzelhändlers Einfluß zu nehmen. Er kann dem Händler nicht verbieten, mit seinem Preis, der unterhalb der Preisempfehlung des Herstellers liegt, zu werben. Schließlich ist es dem Hersteller nicht gestattet, in Transaktionen zwischen einzelnen zugelassenen Einzelhändlern derselben Marke einzugreifen¹²⁴. Verdächtig sind vor allem selektive Vertriebsbindungen, die nicht schriftlich fixiert sind. Dieser knappe und keinesfalls

123 A.a.O. (Fn. 112).

124 Der Minister ist insoweit *nicht* der Commission de la Concurrence gefolgt.

vollständige Überblick mag genügen, um zu verdeutlichen, daß die nunmehr einsetzende Kasuistik eine erhebliche rechtliche Unsicherheit nach sich zieht. Die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einzelner quantitativer Beschränkungen hängt nunmehr allein davon ab, ob sich die Commission de la Concurrence oder auch der Cour de Cassation Criminelle zu einer konkreten Klausel bereits geäußert haben oder nicht.

3.5. Beurteilung von Bezugsbindungen für Ersatzteile in Automobilhändlerverträgen – Pièces Détachées – 5.4.1984¹²⁵

Die Commission de la Concurrence hatte ihre Entscheidung bereits am 25. November 1982 gefällt. Eineinhalb Jahre lag das Gutachten beim Wirtschaftsministerium, bevor dieses sich zur Veröffentlichung entschloß. Der lange Zeitraum ist in doppelter Hinsicht interessant. Das französische Wirtschaftsministerium hat das Gutachten erst freigegeben, als mit den drei Automobilherstellern eine die Wirtschaftsverwaltung zufriedenstellende Lösung des Problems gefunden war. Außerordentlich zähe Verhandlungen zwischen den Beteiligten dürften dem vorausgegangen sein. Was sich konkret abgespielt hat, ist uns nicht bekannt. Gleichwohl ist es ein offenes Geheimnis, daß die verzögerliche Behandlung mit der Ausarbeitung der Gruppenfreistellungsverordnung zusammenhängt. Tatsächlich liegt die gefundene Einigung ganz auf der Linie der am 12. Dezember 1984 verabschiedeten Gruppenfreistellungsverordnung¹²⁶. Darüber hinaus gilt es, der zeitlichen Verzögerung bei der Verortung des Argumentationshaushaltes der Commission de la Concurrence Rechnung zu tragen. Tatsächlich hat nämlich die Commission ihr Ersatzteलगutachten unmittelbar nach Veröffentlichung der Schlüsselentscheidung zum selektiven Vertrieb von Uhren ausgearbeitet. Die Anerkennung quantitativer und qualitativer Beurteilungskriterien hatte die Commission im Zeitpunkt der Ersatzteilentscheidung bereits vollzogen.

3.5.1. Sachverhalt und Entscheidungsgründe

Dem Gutachten der Commission vorangegangen waren Verhandlungen zwischen dem französischen Wirtschaftsministerium und den Firmen Peugeot, Renault, Citroen sowie einigen ausländischen Importeuren. Wenn auch das Ergebnis nie veröffentlicht wurde, was bei derartigen „engagements de modification“ an sich üblich ist, so ist dennoch bekannt geworden, daß das französische Wirtschaftsministerium die Beteiligten gezwungen hat, die Bezugsbindungsklausel zu lok-

125 B.O.C.C. 1984, 106 ff.; der Aufsatz von Plaisant/Daverat, La distribution des pièces détachées pour automobiles et les lois contre les pratiques restrictives, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique 1983, 7 ff. schildert die Rechtslage in Großbritannien, der Schweiz und der BRD, bringt aber zum französischen Recht nichts Neues.

126 ABl. Nr. L 15 v. 18.1.1985, 1 f.

kern. Die genannten Firmen änderten ihre Verträge insofern ab, als sie dem Begriff Originalersatzteil (pièce d'origine) einen völlig neuen Sinn gaben. Als solche werden in den Verträgen nicht nur Ersatzteile bezeichnet, die der Hersteller einer Eingangsprüfung unterzogen hat, sondern allgemein Ersatzteile, die mit denen identisch sind, die die Zulieferer an die Hersteller liefern. Faktisch wird mit der Neudefinition unterstellt, daß entgegen Behauptungen vor allem der deutschen Hersteller zwischen Originalersatzteilen und Identteilen kein qualitativer Unterschied besteht. Gleichzeitig mußten die Firmen die Bezugsverpflichtungen lockern, um den Vertragshändlern zu ermöglichen, sich direkt bei den Zulieferbetrieben mit Ersatzteilen versorgen zu können. Die in die Vertragshändlerverträge hineingeschriebene Klausel lautet:

„Les pièces de rechange ou accessoires complémentaires sont qualifiées de 'pièces d'origine' dès lors que leurs spécifications techniques sont identiques à celles des pièces que le constructeur utilise pour la fabrication des véhicules neufs ou fournit pour la rechange des véhicules en circulation.“

Jedenfalls waren VW France, BMW France und Ford France nicht bereit, sich dem Willen des französischen Wirtschaftsministerium zu unterwerfen. Sie wollten die strikte Bezugsverpflichtung ihrer Vertragshändler aufrechterhalten. Aus diesem Grund hat der französische Automobilverband die Commission de la Concurrence angerufen.

Ungeachtet einiger Unterschiede im Detail, enthalten die von VAG France, BMW France und Ford France verwendeten Vertragshändler-Verträge nahezu identische Regelungen. Das gemeinsame Ziel lautet, den an das Vertriebsnetz angeschlossenen Vertragshändler zu verpflichten, lediglich Originalersatzteile im Sinne des deutschen Verständnisses einzubauen und zu vertreiben. Die hierzu gefundenen Lösungen differieren leicht. Der VW-Vertragshändler-Vertrag enthält eine Definition von Originalersatzteilen und stellt sodann klar: „Le concessionnaire s'engage à n'utiliser et à ne revendre que des pièces d'origine VW-Audi lorsqu'il s'agit des pièces ayant une importance particulière sur le plan de la sécurité, de la fiabilité et de la longévité d'utilisation du véhicule.“ BMW verbietet seinen Vertragshändlern, ohne vorherige schriftliche Erlaubnis Ersatzteile und Zubehör anderer Marken zu verkaufen, die „n'atteignant pas le niveau de qualité standard des pièces B.M.W. dans la mesure où il s'agit de la vente à des clients propriétaires ou utilisateurs de véhicules B.M.W. et où ces pièces présentent une importance particulière pour la sécurité du véhicule B.M.W.“ Ford France schließlich gestattet seinen Vertragshändlern nur den Verkauf von Teilen, die erläutert werden als „assemblages secondaires et organes de véhicules fournis par la société (qu'ils aient ou non été fabriqués par elle) à ses concessionnaires“, und verbietet ihnen gleichzeitig, Ersatzteile zu verkaufen oder zu benutzen „qui ne satisferaient pas pleinement à des critères équivalents et aussi stricts que ceux utilisés par la société pour des pièces d'origine de caractéristiques comparables“. Die Commission de la Concurrence wertet die einschlägigen Klauseln der VAG France und der BMW France als Verstoß gegen Art. 50, weil der Vertragshändler

mangels einer fehlenden Liste nicht weiß, welche Ersatzteile von den Automobilherstellern als sicherheitsrelevant eingestuft werden. Er befinde sich deshalb in einem Zustand dauerhafter Unsicherheit, der es ihm unmöglich mache, sich andere Bezugsquellen zu erschließen. Die scheinbar liberale Regelung der Ford France schließlich werde in der Praxis sehr strikt gehandhabt und verbaue dem Vertragshändler die Chance, sich anderer als Originalersatzteile zu bedienen.

Zur Rechtfertigung ihrer Bezugsbindung beriefen sich alle drei Hersteller auf Art. 51 No.2. Die Commission verwirft die Argumentation der Hersteller, eine Bezugsverpflichtung sei unabdingbar, um den ökonomischen Fortschritt (*progrès économique*) zu sichern. Sie gesteht den Herstellern nur insofern ein berechtigtes Interesse (die Commission spricht von: „il est acceptable ...“) an einer strikten Bezugsverpflichtung von Originalersatzteilen zu, als diese sich auf Garantiearbeiten bezieht. Darüber hinausgehende Beschränkungen sind wettbewerbswidrig. Die Commission de la Concurrence hat sich auf die bekannte Argumentation der Hersteller über die Funktion der Eingangskontrolle nicht eingelassen. Sie geht davon aus, daß Zulieferbetriebe wie auch Vertragshändler ein eigenütziges Interesse daran haben, nur solche Identteile zu verwenden bzw. zu liefern, die den Originalersatzteilen gleichwertig sind. Im Ergebnis werden VAG France, Ford France und BMW France verpflichtet, ihre Verträge dem seinerzeit ausgehandelten Kompromiß mit Peugeot und Citroen anzupassen.

3.5.2. Stellenwert des Gutachtens im Kontext der Rechtsprechung und der Aktivitäten der Commission de la Concurrence zur Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen¹²⁷

Der Versuch einer Standortbestimmung hat zu berücksichtigen, daß nicht selektive Vertriebssysteme im Automobilsektor den Gegenstand der Untersuchung bildeten. Obwohl ein solch umfassender Untersuchungsansatz theoretisch möglich gewesen wäre¹²⁸, hat die Commission de la Concurrence sich darauf beschränkt, die Problematik von Bezugsbindungsklauseln näher zu durchleuchten. Der Hinweis auf die Vorgeschichte mag genügen, um das Vorgehen der Commission de la Concurrence verständlich zu machen.

Der beschränkte Untersuchungsgegenstand erklärt jedoch nicht die ungewöhnliche Argumentationsweise. Fast buchstabengetreu hält sich die Commission an die Tatbestandsmerkmale des Art. 50 und 51. Es fehlt an einer Bezugnahme auf

127 Sélinzky, La Commission de la Concurrence: Bilan provisoire des travaux, Cahiers de droit de l'entreprise No. 10, 7 mars 1985, 14221, 107 geht lediglich auf das Verhältnis des Gutachtens zum EWG-Recht ein (108).

128 Die Kommission kann sich von Amts wegen (*d'office*) mit jedwedem Kartellverstoß befassen; Ausnahme Art. 37-1-a.

das klassische Dreigestirn des Circulaire Fontanet. Ins Spiel gebracht wird das Gegenseitigkeitsprinzip (*réciprocité*) dagegen von der VAG France, um die Bezugsbindungsklausel zu rechtfertigen. Die Commission verwirft den Einwand unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Cour de Cassation, die zu keinem Zeitpunkt eine derart strikte Handhabung des Gegenseitigkeitsprinzips gefordert hatte. Dies geschieht kurz und knapp ohne nähere Begründung. Es fehlt gleichermaßen eine Orientierung der Argumentation an qualitativen und quantitativen Beurteilungskriterien. Dabei hätte es nahegelegen, Bezugsbindungsklauseln unter dem Aspekt einer quantitativen Wettbewerbsbeschränkung zu analysieren. Argumentativ fällt das Gutachten so aus dem Rahmen gängiger Begründungsmuster zur Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen heraus. Insofern nährt die Commission de la Concurrence die These von Einzelentscheidungen, die es verbiete, aus den Gutachten der Commission eine branchenübergreifende Wettbewerbspolitik herauszulesen. Diese Sichtweise interpretiert das Vorgehen der Commission de la Concurrence als *marktbezogen*. Uns erscheint es hingegen angebracht, die „ungewöhnliche“ Argumentation der Commission de la Concurrence mit der Besonderheit des Untersuchungsgegenstandes zu erklären. Selektive Vertriebsverträge im Automobilbereich waren im Kartellrecht von jeher von untergeordneter Bedeutung. Die Auseinandersetzungen um die Zulässigkeit von selektiven Vertriebsbindungen spielte sich auf anderen Märkten ab. Der Circulaire Fontanet hatte mit seiner Definition der Produktspezifika – *haute technicité, haute qualité et produit de marque* – den Weg gewiesen. In der Beurteilung der diesen Kategorien zuzuordnenden Märkte läßt sich sehr wohl die Verwendung eines bestimmten, sich wandelnden Argumentationschemas nachweisen.

So ungewöhnlich das Vorgehen der Commission de la Concurrence auch sein mag, die Lösung des Interessenkonfliktes kann nicht überraschen. Faktisch trägt sie den Andersartigkeiten des französischen Automobilsektors Rechnung, der eine so strikte Bindung des Vertragshändlers nicht kennt. Die gescheiterten Bemühungen von Citroen und Peugeot stehen zu dieser Einschätzung nicht im Widerspruch. Denn die französischen Automobilhersteller wollten eine bis dato bestehende Praxis ändern, während es Volkswagen, BMW und Ford darauf ankam, jahrzehntealte deutsche Vertriebspraktiken auch in Frankreich durchzusetzen. Rechtlich deutete sich die ablehnende Haltung der Commission de la Concurrence gegenüber einer strikten Bezugsbindung bereits in der flexiblen Handhabung des Gegenseitigkeitsprinzips an. Eine nachträgliche Bestätigung findet das Verbot strikter Bezugsbindungsklauseln im Gutachten der Commission de la Concurrence über die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Versuchen der Parfumhersteller, es Vertragshändlern unmöglich zu machen, sich das Parfum auf anderen Wegen als über den Hersteller direkt zu besorgen. Bekanntlich gestattet die Commission vertraglich gebundenen Parfümerien, sich die Markenprodukte über Dritte von den Herstellern ebenfalls anerkannte Fach-

einzelhändler zu besorgen¹²⁹. Obwohl das Gutachten von der Lösung her gesehen sich nahtlos in das von der Commission de la Concurrence verfolgte Konzept zur Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen einfügen läßt, legt es die abweichende Begründung sowie die fehlende Bezugnahme auf selektive Vertriebssysteme anderer Produkte nahe, von einem importierten Problem zu sprechen.

3.6. *Einschätzung*

Das Jahr 1982 dürfte im französischen Kartellrecht den Wendepunkt zur Beurteilung selektiver Vertriebssysteme markieren. Die Commission de la Concurrence und der Cour de Cassation Criminelle haben die selektiven Vertriebssysteme endgültig und abschließend aus dem Korsett der Refus de Vente in seiner Interpretation durch den Circulaire Fontanet befreit. Allerdings befindet sich die Entwicklung im Anschluß an die Umstellung des Argumentationshaushalts auf quantitative und qualitative Beurteilungskriterien derzeit so im Fluß, daß der Versuch einer Einschätzung nur vorläufigen Charakter haben kann. Es ist noch nicht möglich, eine verallgemeinernde Aussage über die wettbewerblichen Wirkungen quantitativer und qualitativer Beschränkungen zu treffen. Als relativ sicher kann gelten, daß qualitative Maßnahmen dem Kartellrecht nicht unterfallen, weil sie zu keiner (negativen) Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen. Nicht abschließend geklärt ist, ob quantitative Maßnahmen per se als wettbewerbswidrig gelten und nur ausnahmsweise toleriert werden können oder ob sie jedenfalls dann kartellrechtlich irrelevant sind, wenn sie potentielle Konkurrenten nicht diskriminieren.

3.6.1. Verhältnis der Art. 37-1-a und Art. 50 zueinander

Pigassou¹³⁰ hatte noch 1980 in seinem Vergleich beider Vorschriften die größeren Spielräume der Art. 50 und 51 gegenüber dem Circulaire Fontanet betont und eine Anpassung des ministeriellen Rundschreibens an die Voraussetzungen des Art. 50 gefordert. Die Entwicklung des französischen Kartellrechts im Jahre 1982 hat dererlei Überlegungen obsolet gemacht. Selektive Vertriebssysteme sind prinzipiell identischen Anforderungen ausgesetzt, unabhängig davon, ob sie im Rahmen einer Verkaufsverweigerung gerichtlich überprüft werden oder der Commission nach Art. 50, 51 zur Begutachtung vorliegen. Insofern hat Guyénot¹³¹ mit seiner Einschätzung der Entwicklung des Kartellrechts fast 20 Jahre vorweggegriffen. Es erscheint nicht sinnvoll, eine ministerielle Interpretation des Art. 37-1-a zu verlangen, die die Rechtsentwicklung berücksichtigt. Eine ministerielle Definition wäre den behutsamen Versuchen von Justiz

129 „Interdiction de rétrocession entre distributeurs agréés de la même marque“.

130 Pigassou, a.a.O. (Fn. 22), 527 ff., Rdnr. 74.

131 Guyénot, a.a.O. (Fn. 28), 5 „assez voisin“.

und Kartellkommission, Entscheidungskriterien zu finden, nur abträglich. Es entzieht sich jedoch unserer Kenntnis, inwieweit die Konzeption der Commission de la Concurrence ministeriell initiiert war. Ob die Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen durch Justiz und Kartellkommission tatsächlich parallel verlaufen, läßt sich nicht prognostizieren. Zwischen der Commission de la Concurrence und der Rechtsprechung scheint eine Art Wettlauf entstanden zu sein, den Aus- und Aufbau selektiver Vertriebssysteme zu fördern. Hatte der Cour de Cassation Criminelle in seiner Duo-Entscheidung noch quantitative Beschränkungen großzügiger beurteilt als die Commission de la Concurrence, so hat sich das Verhältnis seit Erlaß der Entscheidung zu selektiven Vertriebssystemen von Parfums umgekehrt. Azema¹³² will der tendenziell möglichen Auseinanderentwicklung von Justiz und Kartellkommission dadurch begegnen, daß die Strafjustiz verpflichtet wird, in einschlägigen Fallkonstellationen ein Gutachten der Kartellkommission einzuholen. Eine solche Verfahrensregelung würde den Einfluß der Wirtschaftsverwaltung auf die Justiz stärken. Diese ist jedoch ihrerseits bestrebt, sich in der Beurteilung von selektiven Vertriebssystemen größere Unabhängigkeit zu verschaffen, indem sie neuerdings verstärkt Art. 419 des Code Pénal heranzieht¹³³.

3.6.2. Perspektiven der Fortentwicklung von selektiven Vertriebssystemen

Die Vertriebspolitik französischer Markenartikelhersteller sowie der Hersteller von Luxusprodukten läßt sich aus der Entwicklung der letzten fünf Jahre deutlich ablesen. Selektive Vertriebssysteme werden in wachsendem Umfang dazu eingesetzt, die Marktposition der Hersteller jener Produktgruppen zu sichern. Wirtschaftsverwaltung und Justiz unterstützen durch die fortschreitende Liberalisierung der rechtlichen Anforderungen an selektive Vertriebssysteme diese Vertriebspolitik. Als jüngstes besonders krasses Beispiel mag das Gutachten der Commission de la Concurrence zu den Vertriebspraktiken der Hersteller von bekannten Jeans dienen¹³⁴.

Die Commission war eingeschaltet worden, weil die Hersteller eine gemeinsame Absprache über die schlechtere Behandlung von Händlern getroffen hatten, die sich nicht an die empfohlenen Preise hielten. Die entscheidende wirtschaftspolitische Aussage liegt in der Anerkennung von selektiven Vertriebssystemen für Markenprodukte als dem ökonomischen Fortschritt förderlich. „La distribution sélective des produits de marque peut être l'instrument du progrès économique.“ Die Entscheidung ist eine Art Freibrief für die Hersteller von Markenartikeln, selektive Vertriebssysteme aufzubauen. Rechtlich ist die Anerkennung selektiver Vertriebssysteme von Markenartikelherstellern verbunden mit einer Sinnentlee-

132 A.a.O. (Fn. 20), 584.

133 Grundsätzlich zu Art. 419 Ulmer/Krasser, a.a.O. (Fn. 30), 453-461.

134 B.O.C.C. 29 décembre 1983, 401.

rung des qualitativen Beurteilungskriteriums. Nicht zu Unrecht fragt Sélinsky¹³⁵, ob die Serviceleistungen des Facheinzelhandels im Bereitstellen von Umzugskabinen und dem Angebot, Hosen zu kürzen, zu sehen ist. Eine Fortsetzung dieser Argumentation könnte dazu führen, daß quantitative und auch qualitative Beurteilungskriterien ihre Bedeutung als Orientierungsmaßstab verlieren. Das Gutachten zum selektiven Vertrieb von Jeans deutet an, welche Kriterien dann noch übrigblieben: die Marktmacht des Herstellers bzw. Händlers und die Preisfreiheit. Erst ab einem bestimmten Marktanteil müßten Hersteller damit rechnen, daß die Commission de la Concurrence ihr selektives Vertriebssystem als wettbewerbsbeschränkend einstuft¹³⁶. Angesichts der den Herstellern eingeräumten Autonomie, die Zahl der Vertragshändler bestimmen zu können, fällt es schwer, dem Preisargument große Bedeutung beizumessen. Hinzu kommt die ungeklärte Rechtslage einer Lieferverpflichtung von Markenartikelherstellern gegenüber nachfragemächtigen Supermärkten oder Discountgeschäften. Deshalb wäre es vorschnell, Marktmacht und Preisfreiheit miteinander zu verbinden, um die Parallele zu § 26 GWB ziehen zu können.

3.6.3. Verbraucherschutz in selektiven Vertriebssystemen

Der Circulaire Fontanet hatte dem Interesse der Hersteller, mittels selektiver Vertriebssysteme eine qualifizierte Beratung des Verbrauchers zu leisten, die Notwendigkeit einer Intensivierung des Preiswettbewerbs auf der Handelsstufe entgegengesetzt, der durch eine zu starke Bindung der Händler an die Hersteller beeinträchtigt werde. Dem Circulaire Fontanet läßt sich nicht die Absicht entnehmen, selektive Vertriebsbindungen zu zerschlagen, im Gegenteil. Die Entscheidungen der Justiz und der Commission de la Concurrence haben jedoch insofern andere Akzente gesetzt, als beide Institutionen das Nebeneinander verschiedener Distributionsformen betonen, um dem Verbraucherinteresse gerecht zu werden. Diese Linie wird in der Haltung des Wirtschaftsministers, respektive der Commission de la Concurrence, gerade gegenüber Bezugsbindungsklauseln für Ersatzteile deutlich. Denn Vertragshändlerverträge sollen modifiziert werden, um den Zulieferbetrieben den Absatz ihrer (billigeren) Produkte zu ermöglichen. Wobei dieser Dualismus unterstellt, daß die Kfz-Werkstätten eventuelle Preisvorteile, die sie beim Bezug über die Zulieferbetriebe erlangen, an die Verbraucher weitergeben. Die Ausdifferenzierung des Verbraucherinteresses in stärkere Betonung der Qualität im selektiven Vertriebssystem einerseits und Billigangebote im freien Handel andererseits geht zurück auf die Anerkennung qualitativer und quantitativer Merkmale zur Beurteilung von Vertriebssystemen. Mit der Einführung des Begriffspaares qualitative/quantitative Merkmale verbun-

135 La distribution sélective des produits de marque et la Commission de la Concurrence, Cahiers de droit de l'entreprise 1984/2, 17 ff. (19).

136 Im Detail ist hier vieles unklar; eine erste Systematisierung unternimmt Sélinsky, a.a.O. (Fn. 112); vgl. auch oben unter 3.4.2.2.

den ist jedoch gleichzeitig eine Reduktion des Verbraucherinteresses¹³⁷. Dieses läßt sich sinnvoll nur in bezug auf qualitative Anforderungen an den Vertriebs- händler formulieren. Dagegen fällt es schwer, in quantitativen Beschränkungen eine Berücksichtigung des Verbraucherinteresses zu erblicken, es sei denn, eine Beschränkung der Zahl der Vertragshändler wird für notwendig (*progrès économique*) erachtet, um die Qualität der verbleibenden zu garantieren. Tatsächlich eröffnet der Rückgriff auf quantitative Beurteilungskriterien die Möglichkeit, selektive Vertriebssysteme wettbewerbspolitisch zu bewerten. Befreit von Forderungen des Verbraucherschutzes kann nunmehr analysiert werden, ob bzw. wie sich selektive Vertriebssysteme in das politisch gewünschte Wettbewerbskonzept einpassen lassen. Qualitative Forderungen an den Händlerservice bilden so gesehen das letzte Bollwerk des Verbraucherschutzes. Wird dieses ausgehöhlt, wie in der Anerkennung von selektiven Vertriebssystemen für Markenartikel bereits geschehen, fällt Verbraucherschutz aus der Beurteilung selektiver Vertriebssysteme ganz heraus. Er wird Teil der „*intérêts diffus*“, die es in der Ausgestaltung der Wettbewerbspolitik zu berücksichtigen gilt¹³⁸.

137 Dazu Azéma, a.a.O. (Fn. 20), 584.

138 Siehe zum Begriff und zum Stellenwert der „*intérêts diffus*“ im europäischen Wirtschaftsrecht Reich, *La promotion des intérêts diffus par la Communauté Economique Européenne* (Intégration européenne et intérêts économiques des consommateurs) ZERP DP 1985/3.

4. Amerikanisches Antitrustrecht

Es ist nicht die Absicht dieses Abschnitts, den derzeitigen Stand des amerikanischen Fallrechts und der literarischen Diskussion zu den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen zu dokumentieren. Aus rechtspolitischen, aus theoretischen und aus pragmatischen Gründen erscheint gleichwohl eine Berücksichtigung amerikanischer Entwicklungen unverzichtbar: In rechtspolitischen Auseinandersetzungen kommt dem wettbewerbspolitischen Kurs, den die amerikanische Administration jeweils verfolgt und/oder der sich in neuen Leitentscheidungen durchsetzt, stets eine erhebliche Bedeutung zu. Im Falle der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen sorgt hierfür überdies nachdrücklich die Rezeption der theoretischen Grundlagen der neuen Politik in der europäischen Literatur¹. Nun ist eine Bezugnahme auf „die“ amerikanische Entwicklung allemal schon deshalb problematisch, weil sich ein derart traditionsreiches Gebiet wie das Antitrustrecht eben nicht ohne weiteres auf eine bestimmte Konzeption umorientieren läßt, weil m.a.W. in der theoretischen Debatte eine Pluralität von Schulen und Argumenten weiterlebt und weil die Praxis eigensinnig auf ihren Einsichten zu beharren pflegt. Die folgende Darstellung wird sich gleichwohl, was die wettbewerbspolitische Beurteilung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen betrifft, mit einer Skizze der Haltung der gegenwärtigen Administration und Hinweisen zu deren konzeptionellen Grundlagen begnügen, die gerade auch in den USA sehr intensive Auseinandersetzung mit dieser Position jedoch aufschieben². Die neuere Rechtsprechung zu den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen wird lediglich anhand dreier vieldiskutierter Entscheidungen des Supreme Court dokumentiert. Es soll aber auch über mehrere die Vertriebssysteme im Automobilsektor unmittelbar betreffende Verfahren berichtet werden, die wegen ihrer Nähe zu den Problemstellungen dieser Studie und wegen ihrer inhaltlich-praktischen Argumente instruktiv sind, die im übrigen zum Teil auch die Standfestigkeit der Justiz gegenüber administrativen Kursveränderungen in der Wettbewerbspolitik belegen.

4.1. Die Politik der Reagan-Administration gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen

Die amerikanische Wettbewerbspolitik hat sich seit dem Amtsantritt der Regierung Reagan den „neuen Lehren“ der Chicago-Schule verschrieben. Für den Bereich der vertikalen Zusammenschlüsse hat Sandrock diese wettbewerbspolitische Wende kürzlich detailliert geschildert³. Für die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen kann jetzt überdies auf die einschlägige Dokumentation des Forschungs-

1 Vgl. dazu unten Kap. 5, 2.1.3.

2 Vgl. Kap. 5, 2.1.4.

3 Sandrock, Vertikale Konzentration im US-amerikanischen Antitrustrecht, 1984, 54 ff.

instituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb⁴ verwiesen werden. Die folgende Darstellung wird sich demgemäß mit einer knappen Zusammenfassung der gegenwärtig herrschenden Position begnügen und diese dann anhand einiger (auch) für den Kfz-Bereich typischer wettbewerbsbeschränkender Abreden erläutern.

4.1.1. Ökonomische Effizienz, Konsumentenwohlfahrt und die Preisbindung der Zweiten Hand

Die wettbewerbspolitische Debatte um den Sinn von Maßnahmen gegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen hat Lester G. Telser bereits im Jahre 1960 mit einer vielzitierten Arbeit über die Preisbindung eröffnet⁵. Telser beginnt seine Überlegungen mit der Frage nach den möglichen Motiven, die von Herstellern bei ihren Bemühungen um eine Durchsetzung von Preisbindungsvereinbarungen verfolgt werden. Mit dieser Einstiegsfrage wird implizit das neue Beurteilungskriterium der ökonomischen Analyse des Antitrustrechts eingeführt: Die Frage nach den Motiven des Herstellers unterstellt, daß dieser ökonomisch rational handelt, daß er mithin nach möglichst *effizienten* Instrumenten der Absatzsteigerung suchen wird. Wenn sich nun die Preisbindung tatsächlich als ein erfolgreiches Mittel der Absatzpolitik erweist, so bewirkt sie zugleich eine Wohlfahrtssteigerung – und eben diese Gleichsetzung von „Output-Steigerung“ und Wohlfahrtsgewinn sollte dann später als ein pro-kompetitiver Effekt gelten. Telser hat auch als erster das berühmte Free Rider-Argument entwickelt, mit dem dieser Effekt in erster Linie begründet wird⁶: Jeder Hersteller, der für sein Produkt auf der Handelsebene bestimmte Verkaufsanstrengungen erreichen will, müsse diejenigen Händler, die diese (kostenwirksamen) Leistungen erbringen, gegen die Preiskonkurrenz von Billig- („no frills“) Anbietern schützen. Die Autoren der Chicago-Schule⁷ haben in der Folgezeit die theoretischen Voraussetzungen dieser Argumentation präzisiert, ihre wettbewerbspolitischen Implikationen analysiert und aus all dem rechtliche Konsequenzen für das Antitrustrecht gezogen. Hierauf konnte dann die Administration von Präsident Reagan aufbauen, als sie die Durchsetzung einer neuen Wettbewerbspolitik auf ihre Fahnen schrieb. Zu den zahlreichen offiziellen Verlautbarungen, in denen William F. Baxter als neuer Leiter der Antitrust Division des US-Justizministeriums die Neuorientierung ankündigte, gehört ein programmatisches Schreiben an die American Retail Federation vom 6. August 1982, das die Haltung der Regierung zu den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen im allgemeinen und zu der Preisbindung im beson-

4 Neue Entwicklungen des Antitrustrechts zu vertikalen Beschränkungen, 1984.

5 Telser, Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, Journal of Law and Economics 3 (1960), 86 ff.

6 A.a.O., 89 ff.

7 Vgl. nur Posner, Antitrust Law. An Economic Perspective, 1976, 147 ff.; Bork, The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself, 1978, 280 ff.

deren klarlegt⁸. Das Schreiben stellt gleich zu Beginn den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen eine grundsätzliche Unbedenklichkeitsbescheinigung aus: „... agreements between parties who perform sequential steps in the process of producing and distributing goods and services – agreements that are usually characterized as vertical rather than horizontal – are typically conducive to competition and economic efficiency“⁹. Der Hinweis auf die ökonomische Effizienz vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen ist ein unmißverständliches Bekenntnis zu der neuen Antitrust-Philosophie, die in anderen Passagen des Briefes ausführlicher dargelegt wird: „It is our judgement that manufacturers of certain types of products often have legitimate reasons for wishing to control the distribution environment in which those products are resold. If, for example, a product is technologically complex, its success in the marketplace may well depend upon the availability, at the points of sale, or technically trained sales personnel who are able both to instruct the consumer and to assist him in selecting the model or the combination of components that will best suit his individual needs“¹⁰. Das wichtigste Argument, mit dem die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen als ein unverzichtbares Mittel zur Durchsetzung derartiger wettbewerbspolitisch legitimer Gründe gerechtfertigt werden, ergibt sich aus der bereits von Telser dargelegten sog. Trittbrettfahrer-Problematik, der Gefahr also, daß Konsumenten den Service gebundener Händler in Anspruch nehmen, um dann doch beim Billiganbieter zu kaufen.

Baxter spricht mögliche Gefahren vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen an, aber er sieht sie doch nur in relativ seltenen Konstellationen. So könne davon ausgegangen werden, daß Preissteigerungen, die auf einer gesteigerten Qualität des Angebotes beruhten, angemessen seien: „I am not suggesting that he (the manufacturer) will enable those distributors to earn more than competitive profits. Protection of their margins is necessary and is afforded because their costs are higher as a consequence of their compliance with their undertaking to market the product as agreed. But it would be inconsistent with the profit-seeking objective of the manufacturer to let his distributors earn profits above the competitive level. Accordingly, he has every incentive to authorize a sufficient number of distributors who will sell the product as agreed so that rivalry between them will eliminate any but competitive profits“¹². Erst und nur dann, wenn es wegen der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen zu „horizontalen“

8 Das Schreiben ist abgedruckt im *Antitrust Law and Economics Review* 14 (1982), 14 ff., vgl. ergänzend den Leitbrief an die Kongreßabgeordneten vom Juni 1982, abgedruckt in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (oben Fn. 4), 1 ff.

9 A.a.O., 16.

10 A.a.O., 20.

11 A.a.O., 21; vgl. oben zu Fn. 6.

12 A.a.O., 22.

Abreden komme, sei ein Einschreiten gerechtfertigt; diese Gefahr bestehe in hochkonzentrierten Märkten, wenn dort alle Anbieter zu den gleichen Praktiken greifen¹³.

Die Stellungnahme Baxters kann bereits auf den ersten großen (Teil-)Erfolg der neuen Wettbewerbspolitik in dem berühmten *Sylvania*-Entscheid des Supreme Court verweisen. In dieser Entscheidung hatte der Supreme Court die *per se*-Regel gegen bestimmte Gebietsbeschränkungen aufgegeben, allerdings die bis in das Jahr 1911 zurückreichende Geltung des *per se*-Verbots der Preisbindung nicht angetastet¹⁴. Demgegenüber führt nun Baxter die einheitliche ökonomische Funktion *aller* vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen ins Feld: Gebietsbeschränkungen in selektiven Vertriebssystemen, Alleinvertriebsverträge mit Gebietsschutzklauseln und Preisbindungen der Zweiten Hand mögen je nach den spezifischen Absatzbedingungen unterschiedlich erfolgreich sein; „... but all the techniques have essentially the same economic consequences. Correct selection of the most effective technique will be in the interest of the manufacturer, his distributors, and the ultimate consumer. The ability of the manufacturer and the distributor, by consensual agreement, to select the vehicle they expect to work best – including the right to make mistakes in that regard, which they will no doubt on occasions do – is also embraced by the concept of free markets and minimal government interference“¹⁵.

Konsequenterweise kündigt Baxter an, daß sich die Antitrust Division des Justizministeriums um eine entsprechende Änderung der Rechtsprechung des Supreme Court, hilfsweise um eine Aufhebung des *per se*-Verbots der Preisbindung durch den Gesetzgeber bemühen werde¹⁶.

Zum Exerzierplatz dieser Auseinandersetzungen wurde der Prozeß zwischen der *Spray-Rite-Service Corp.* und der *Monsanto Co.*¹⁷, in dem das Justizministerium als *amicus curiae* *Monsantos* Position unterstützt hat¹⁸. Wie in seinen früheren

13 A.a.O. 24 f.

14 Vgl. näher unten 4.2.

15 A.a.O., 22 f.; vgl. 32 f.

16 A.a.O., 34 f.

17 Dazu unten 4.2.2.

18 Der „brief“ vom Mai 1983 (No 82-914) gehört in eine ansehnliche Reihe von entsprechenden Interventionen, mit denen die neue Orientierung der Wettbewerbspolitik auch im Fallrecht durchgesetzt werden sollte (vgl. die Hinweise im Antitrust und Trade Regulation Reporter Bd. 44 v. 17.3.1983, wonach das Justizministerium zwischen Januar 1981 und März 1983 32 mal als *amicus curiae* aufgetreten ist, darunter 19 mal vor dem Supreme Court. Der Kongreß hat mittlerweile allerdings die Haushaltsmittel für die Kampagne gegen das Preisbindungsverbot gesperrt; vgl. die Hinweise in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (oben Fn. 4), 13 sowie Schneider, Comment: A Functional Rule-of-Reason Analysis for Resale Price Main-

Verlautbarungen auch, beschränkte sich das Justizministerium in diesem „brief“ auf die Forderung, das per se-Verbot der Preisbindung durch einen Rule of Reason-Test abzulösen. Die Preisbindung sei antikompetitiv, wo sie von einer Gruppe von Herstellern zur Überwachung oder Stärkung eines Kartells benutzt werde oder wo ein Händler dem Hersteller ein ineffizientes Preisbindungssystem aufzwinge¹⁹. Aber diese Bedingungen sind derart restriktiv gefaßt, daß eine dementsprechende Rule of Reason auf die faktische Legalisierung der Preisbindung hinausliefe.

4.1.2. Nicht-preisbezogene vertikale Wettbewerbsbeschränkungen

Die Preisbindung weist, wenn man sich einmal auf die Prämissen der skizzierten Argumentation einläßt, tatsächlich keine prinzipiellen Unterschiede zu anderen Formen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen auf, und so versteht es sich gleichsam von selbst, daß die Anhänger der ökonomischen Analyse des Kartellrechts für eine grundsätzliche Legalisierung nicht-preisbezogener Abreden plädieren. Die folgenden Hinweise konzentrieren sich auf eine Wiedergabe typischer Argumentationen.

4.1.2.1. Alleinvertrieb („Exclusive Dealing“)

Die „traditionellen“ Einwände gegen exklusive Verkaufs- und/oder Bezugsverpflichtungen verteidigen teils den Zugang konkurrierender Hersteller oder Händler zu den Absatz- bzw. Beschaffungsmärkten, teils aber auch die unternehmerische Unabhängigkeit des Handels als Voraussetzung kompetitiver Marktprozesse²⁰. Für ein am Effizienzkriterium orientiertes Antitrustrecht ist der erste Einwand per se irrational, der zweite grundsätzlich irrelevant. Die Verdrängung aktueller und potentieller Konkurrenten ist für einen Hersteller, der Exklusivbindungen durchsetzen will, kostspielig und damit auch gefährlich, weil von solchen Praktiken immer auch konkurrierende Hersteller mitprofitieren²¹. Die Autoren der Chicago-Schule interessieren sich daher nicht so sehr für die konventionellen Einwände gegen den Exklusivvertrieb als vielmehr für die Frage,

tenance and its Application to *Spray-Rite v. Monsanto*, Wisconsin Law Review 1984, 1205 ff. Zur Klagerücknahme im Fall U.S.v. Mercedes-Benz of North America vgl. unten 4.3.2.

19 A.a.O., 23.

20 Vgl. Sullivan, Handbook of the Law of Antitrust, 2. Aufl. 1977, 479 ff.; Scherer, Industrial market structure and economic performance, 2. Aufl. 1980, 586 ff.; als wohl schärfste Kritik in bezug auf den Automobilsektor vgl. Boyle, Restructuring the Automobile Industry: „Exclusive Dealing“ as an Unfair Method of Competition under the FTC Act, Antitrust Law and Economics Review 1970, 19 ff.

21 So z.B. das von Schwartz erarbeitete Economic Policy Office Discussion Paper 82-8 vom 2.12.1982 über „Vertikale Beschränkungen“, abgedr. in: Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb (oben Fn. 4), 15 ff., 84; das gleiche Argument findet sich zuvor z.B. bei Posner, a.a.O. (oben Fn. 7), 202.

warum diese Vertriebsform überhaupt gewählt wird, obwohl sie doch den Intra-brand-Wettbewerb nur höchst unvollkommen einschränkt und, soweit nicht zusätzliche Beschränkungen vereinbart werden, die Free Rider-Problematik bestehen bleibt.

Howard P. Marvel²² hat eine Antwort auf diese Frage gefunden, die den jeweiligen Vertikalbindungen spezifische Funktionen zuschreibt und dann auch die Kumulation des Exklusivvertriebs mit anderen Wettbewerbsbeschränkungen plausibel macht: Es handle sich bei dieser Vertriebsform um ein Mittel, das nicht den Händler gegen eine Ausbeutung seiner Verkaufsförderungsanstrengungen durch andere Händler absichere, sondern das vielmehr dem Hersteller einen Ausgleich für seine Markterschließungsleistungen bieten solle. Tatsächlich werden ja zum Beispiel gerade Automobile wesentlich schon durch vielfältige Maßnahmen des Herstellers „vorverkauft“. Wenn also ein Händler die Freiheit behält, den potentiellen Kunden auf ein Konkurrenzprodukt umzulenken, so unterminiert er damit Markterschließungsleistungen seines Vertragspartners. Anders ausgedrückt: der Alleinvertrieb sichert dem Hersteller einen Rechtstitel („property right“) an seinen Markterschließungs-Investitionen²³. Wenn nun aber, so folgert Marvel, mit Hilfe des Exklusivvertriebs Investitionen des Herstellers geschützt werden, die ohne einen solchen Schutz unterbleiben würden, so wäre ein rechtliches Verbot dieser Vertriebsform irrational. Diese Analyse ist keineswegs nur für den Neuwagenvertrieb bedeutsam. Sie soll vielmehr auch erklären, welche Bedingungen eine Ergänzung der Exklusivbindung durch zusätzliche Wettbewerbsbeschränkungen nahelegen, warum also z.B. Automobilhersteller den Vertrieb von Nicht-Originalersatzteilen als Ausbeutung ihrer Marktleistungen interpretieren (und deshalb Koppelungsabreden durchzusetzen versuchen), während Händler in dem Vertrieb von Substitutionsprodukten eine attraktive Erwerbsquelle zu sehen pflegen²⁴. Sie soll ferner verständlich machen, unter welchen Bedingungen Exklusivbindungen um Gebietsbeschränkungen unterschiedlicher Intensität ergänzt werden²⁵. — Anzumerken bleibt freilich auch, daß eine Analyse wie die von Marvel „traditionelle“ Vorstellungen über die Beratungsaufgaben des Handels gegenüber dem Endverbraucher ausdrücklich verabschieden muß: Jede an den Wünschen des Käufers orientierte Beratung läßt sich nämlich als Gefährdung von „Investitionen“ des Herstellers begreifen.

4.1.2.2. Koppelungsabreden („Tying Arrangements“)

Von besonderem Interesse für das Untersuchungsziel dieser Studie sind die Stellungnahmen zu Bezugsbindungen, die sich als Koppelung zweier selbständiger Güter darstellen. Solche Bindungen werden im amerikanischen Antitrust-Recht

22 Exclusive Dealing, The Journal of Law and Economics 25 (1982), 1 ff.

23 A.a.O., 7.

24 A.a.O., 8 f.; vgl. dazu 4.1.2.2.

25 A.a.O., 10 f.; vgl. unten 4.1.2.3.

mit einem per se-Verbot belegt, das allerdings spezifischen Voraussetzungen unterliegt, nämlich: „That (1) the tying and tied products are separate and distinct; (2) the seller has sufficient economic power with respect to the tying product to appreciably restrain competition in the market for the tied product, and (3) a 'not insubstantial' amount of interstate commerce is affected“²⁶. Selbst wenn diese Voraussetzungen dargetan sind, steht dem Beklagten eine „business justification“ offen, insbes. der Nachweis, daß die Bezugsbindung zum Schutz eines Goodwill oder seiner Qualitätspolitik erforderlich sei (wobei gegen diese Verteidigung wiederum der Nachweis geführt werden kann, daß sich die Ziele des Herstellers durch ein milderer Mittel erreichen lassen)²⁷.

Der Hauptkritikpunkt²⁸ der ökonomischen Schule bildet das „Leverage“-Theorem, demzufolge die Koppelungsabrede den marktmächtigen Hersteller in die Lage versetze, seine Marktmacht auf den Nachbarmarkt auszudehnen. Diese Interpretation sei ökonomisch unsinnig, weil die Koppelung die konsequente Ausbeutung der Marktmacht auf dem Markt für das Hauptprodukt nur erschweren würde, keineswegs aber die dort ohnehin vorhandene Macht vergrößern könne. Es gehe statt dessen in aller Regel bloß um die Ausnutzung von Kostenvorteilen in der Produktion, um die Durchsetzung einer bestimmten Qualitätspolitik, um die Berücksichtigung technologischer Interdependenzen, um die Vermeidung von Informationskosten des Nachfragers. Als diskussionsbedürftig gelten lediglich zwei weitere mögliche Motive für Koppelungsabreden: (1) Wenn das betroffene Unternehmen auf *beiden* Märkten, also auf dem für das koppelnde wie auf dem für das gekoppelte Produkt eine marktbeherrschende Stellung halte, so seien marktschließende Wirkungen denkbar²⁹. (2) Potentiell anti-kompetitiv seien ferner die preispolitischen Handlungsspielräume, die eine Koppelungsabrede eröffnen. Indessen gelten die zuerst genannten Bedingungen als höchst unwahrscheinlich und die Wohlfahrtswirkungen einer die preispoliti-

26 Vgl. Comment, A New Approach to the Legality of Franchising Tie-ins, *Pennsylvania Law Review* 129 (1981), 1267 ff., 1269 f.; s. auch für eine aktuelle ausführliche Darstellung Craswell, Tying Requirements in Competitive Markets: The Consumer Protection Issues, *Boston University Law Review* 62 (1982), 661 ff., 664.

27 Vgl. dazu die unten 4.3.1. bis 4.3.4. dargestellten Daimler-Benz-Entscheidungen.

28 Vgl. zum folgenden als repräsentative Stellungnahmen: Posner, a.a.O. (Fn. 7), 171 ff.; ders., The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the *Sylvania* Decision, *University of Chicago Law Review* 45 (1977), 1 ff., 10 ff.; Bork, a.a.O. (Fn. 7), 375 ff.; Baker, The Supreme Court and the *Per Se* Tying Rule: Cutting the Gordian Knot, *Virginia Law Review* 66 (1980), 1235 ff.; Blair/Finci, The Individual Coercion Doctrine and Tying Arrangements: An Economic Analysis, *Florida State University Law Review* 10 (1983), 531 ff.

29 Schwartz, a.a.O. (Fn. 21), 76; Easterbrook, Vertical Arrangements and the Rule of Reason, *Antitrust Law Journal* 53 (1984), 135 ff., 143 ff.

schen Handlungsspielräume des marktmächtigen Unternehmens ausnutzenden Preisdiskriminierung im Regelfall als unbestimmbar³⁰.

4.1.2.3. Gebietsschutz

Die naheliegendste Ergänzung des Alleinvertriebs sind Gebietsschutzklauseln. Die ökonomischen Motive, die für solche Beschränkungen angeführt werden, entsprechen den Erklärungen für die Preisbindung der Zweiten Hand³¹: Es gehe in erster Linie um Anreize für regionale Verkaufsförderungsmaßnahmen und für Qualitätskontrollen sowie um die Absicherung kooperationsbereiter Händler gegen Trittbrettfahrer – also um wohlfahrtssteigernde und mithin auch kompetitive Effekte³². Am Beispiel der General Motors-Entscheidung des Supreme Court lassen sich die praktischen Konsequenzen dieser Argumentation gut veranschaulichen: Im Raum von Los Angeles waren Chevrolet-Händler auf das Angebot von Discount Häusern eingegangen, sich im Kommissionsgeschäft am Absatz der Fahrzeuge zu beteiligen. Die nichtbeteiligten, aber ökonomisch betroffenen Chevrolet-Händler drängten bei General Motors auf Abhilfe. Sie hatten darin Erfolg, weil General Motors die Absatzpraktiken als Verstoß gegen die Pflichten aus der „location clause“ im Händlervertrag behandelte. Dies rief seinerzeit die Antitrust Division des Justizministeriums auf den Plan. Sie machte in ihrer Klage eine Verletzung des § 1 Sherman Act geltend und der Supreme Court folgte dieser Qualifikation: „We need not reach these questions concerning the meaning, effect, or validity of the location clause or of any other provision in the Dealer Selling Agreement, and we do not. We have here a classic conspiracy in restraint or trade: joint collaborative action by dealers and General Motors to eliminate a class of competitors by terminating business dealings between them and a minority of Chevrolet dealers and to deprive franchised dealers of their freedom to deal through discounters if they so choose. Against this fact of unlawful combination, the location clause is of no avail“³³.

Gegen diese Qualifikation richtet sich die Kritik der Vertreter der ökonomischen Analyse. Ob General Motors die Einhaltung der entsprechenden Vertragsbe-

30 Schwartz, a.a.O. (Fn. 21), 78. Gegen eine Bindung des Händlers durch Hersteller, die ihrerseits das gekoppelte Produkt von Zulieferern einkaufen, wären danach keine wettbewerbspolitischen Einwände zu erheben. Es handelt sich dann nicht um eine Verdrängung konkurrierender Produzenten, sondern allenfalls um eine Ausnutzung ohnehin vorhandener Marktmacht des Herstellers im Neuwagengeschäft. Wenn diese dann zu Preiserhöhungen bei den gekoppelten Produkten führt, so mag man darin eine „Ausbeutung“ der betroffenen Verbrauchergruppen sehen, um schutzwürdige Interessen der Konkurrenten geht es für die ökonomische Analyse nicht; vgl. Havenkamp, Tying Arrangements and Class Actions, Vanderbilt Law Review 36 (1983), 213 ff., 237 ff.

31 Für diese Parallele vgl. z.B. Posner, The Rule of Reason, a.a.O. (Fn. 28), 6 ff.

32 Schwartz, a.a.O. (Fn. 21), 60 ff.

33 United States v. General Motors Corp., 384 U.S. 127, 140 (1966); vgl. auch Eiberger v. Sony Corp. of America, 622 F. 2d 1068 (2d Cir. 1980).

stimmungen von sich aus oder auf Veranlassung der Händler durchsetzt, sei belanglos: „There is ... an obvious efficiency explanation for the interest of both General Motors and the non-bootlegging dealers in halting the bootlegging. The bootlegging dealers and the discount houses were free riding on the entire Chevrolet distribution network. The Court described this in terms of warranty service and pre-conditioning, but there was an obvious problem in terms of providing pre-sale information as well. It seems clear that those who bought Chevrolets from discounters did not get their pre-purchase information from the discount house. They must have obtained it from franchised Chevrolet dealers, who incurred substantial costs in providing it, and then gone to the discounter to buy the car. This is the classic free rider situation, the alleviation of which increases efficiency“³⁴.

Für die europäische Wettbewerbspolitik sind Gebietsschutzklauseln wiederum in erster Linie im Hinblick auf ihre Funktionen für eine regionale Preisdifferenzierung bedeutsam. Solche Preisdifferenzierungen hat es innerhalb der USA gerade auch im Automobilsektor gegeben³⁵. An die Beurteilung dieser Funktionen von Gebietsschutzklauseln durch die Vertreter der ökonomischen Analyse knüpft dann die allgemeine Diskussion über Preisdiskriminierungen an. So indizieren vorübergehende Preisdifferenzierungen für Bork³⁶ zunächst einmal bloß flexible Reaktionen auf unterschiedliche Nachfrageelastizitäten und im Prinzip gilt dies auch für Preisdiskriminierungen marktbeherrschender Unternehmen: Gewiß zielen die Preisdiskriminierung auf Gewinnsteigerungen, aber ihr Wohlfahrtseffekt hänge eben davon ab, ob sie zu einer Output-Steigerung beitrage oder nicht. Vieles spricht nach Bork dafür, daß jedenfalls langfristig ein Verbot preisdiskriminierender Praktiken zur Aufgabe von Niedrigpreismärkten führen und damit Wohlfahrtsverluste nach sich ziehen würde. Ganz ähnlich argumentiert Schwartz: Weil regionale Preisdifferenzierungen „effizient“ sein können, wäh-

34 Liebeler, Intrabrand „Cartels“ Under *GTE Sylvania*, University of California of Los Angeles Law Review 30 (1982), 1 ff., 32 ff.; im gleichen Sinne Posner, a.a.O. (Fn. 28), 19 f.

35 So gab es erhebliche Preisdifferenzen für Neuwagen, die sich teils aus der Preispolitik der Hersteller, teils auch der des Handels (z.B. einer „phantom freight rate“), jedenfalls aber nicht aus unterschiedlichen Transportkosten erklärten und deshalb durch „bootlegger“ ausgenutzt werden konnten. Diese kauften bei Vertragshändlern in Niedrigpreisgebieten, übernahmen dann den Transport in Hochpreisgebiete und offerierten dort die Kraftfahrzeuge zu günstigeren Konditionen als die örtlichen Vertragshändler. Offenbar hat erst der „Automobile Information Disclosure Act“ aus dem Jahre 1958 diese Praxis beendet. Dieses Gesetz verlangte nämlich u.a. die Angabe von Händler, Auslieferungsort, Transportmethode und die Aufschlüsselung des Endabgabepreises; vgl. dazu Macaulay, *Law and the Balance of Power. The Automobile Manufacturers and their Dealers*, 1966, 71.

36 Bork, a.a.O. (Fn. 7), 394 ff.

rend ein Nachweis negativer Wirkungen schwer zu führen sei, solle das Antitrust-Recht Zurückhaltung üben³⁷.

4.2. GTE Sylvania, Spray-Rite und Dr. Hyde

Der rechtspolitisch wichtigste Test für die Durchsetzbarkeit der neuen Wettbewerbspolitik ist die Haltung des Supreme Court. Nach dem ersten großen Teilerfolg in Sachen *Continental TV v. GTE Sylvania Inc.*³⁸, nach zunächst deutlichen Anzeichen für eine Änderung der Rechtsprechung zu den „tie-ins“, die sich indessen als trügerisch erwiesen haben³⁹, hat vor allem der Entscheid *Montano Co. v. Spray-Rite-Service Corp.*⁴⁰, vielleicht nicht die Siegeszuversicht, wohl aber die Geduld der Verfechter der neuen Lehre einer Belastungsprobe ausgesetzt.

4.2.1. GTE Sylvania

In seiner Sylvania-Entscheidung hatte der Supreme Court sich mit der kartellrechtlichen Wirksamkeit einer sog. „location clause“ auseinanderzusetzen, derzufolge die Handelspartner des Fernsehproduzenten Sylvania dessen Waren nur an den ihnen zugewiesenen Plätzen vertreiben durften. Der Verzicht auf ein per se-Verbot dieser Klausel war angesichts der Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt und der relativ schwachen Marktposition der Beklagten – jedenfalls ausweislich der „concurring opinion“ von Justice White⁴¹ – wettbewerbspolitisch und kartellrechtlich auch nach konventionellen Maßstäben begründbar. Umso bedeutsamer muß daher auch der Umstand erscheinen, daß die Mehrheit des Gerichts den Fall zum Anlaß nahm, das in *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*⁴² statuierte per se-Verbot für überholt zu erklären und sich zur Begründung ausdrücklich und mehrfach auf die „new economics of vertical relationships“ zu beziehen: „Vertical restrictions promote interbrand competition by allowing the manufacturer to achieve certain efficiencies in the distribution of his products. These 'redeeming virtues' are implicit in every decision sustaining vertical restrictions under the rule of reason. ... For example, new manufacturers and manufacturers entering new markets can use the restrictions in order to induce competent and aggressive retailers to make the kind of investment of capital and

37 Schwartz, a.a.O. (Fn. 21), 62 f., 64 f. Im gleichen Sinne z.B. der von Overstreet erarbeitete Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission „Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence“, 1983, 33 ff.

38 433 U.S. 35 (1977).

39 Vgl. *Jefferson Parish Hospital District No 2 v. Edwin G. Hyde*, 104 S. Ct. 1551 (1984) und zuvor insbes. *U.S. Steel Corp. v. Fortner Enterprises*, 429 U.S. 610 (1977).

40 104 S. Ct. 1464 (1984).

41 433 U.S. 35, 59 ff. (1977).

42 388 U.S. 365 (1967).

labor that is often required in the distribution of products unknown to the consumer. Established manufacturers can use them to induce retailers to engage in promotional activities or to provide service and repair facilities necessary to the efficient marketing of their products. Service and repair are vital for many products, such as automobiles and major household appliances. The availability and quality of such services affect a manufacturer's goodwill and the competitiveness of his product. Because of market imperfections such as the so-called 'free rider' effect, these services might not be provided by retailers in a purely competitive situation, despite the fact that each retailer's benefit would be greater if all provided the services than if none did"⁴³.

Die Argumentation des *Sylvania*-Entscheids gilt als ein Sieg der ökonomischen Rationalität über traditionell-irrationale juristische Vorurteile. Nun ist aber die Gleichsetzung von Markterfolg und Konsumentenwohlfahrt, auf die man sich in der Chicago-Schule beruft, gerade im *Sylvania*-Fall durchaus fragwürdig. So einleuchtend es sein mag, die unbestrittenen Absatzerfolge auf die neuen „incentives“ der gebundenen und geschützten Händler zurückzuführen, so plausibel ist es auch, diese Händleraktivitäten als Realisierung einer attraktiven Handels-spanne und nicht etwa eines wie immer zu bestimmenden Konsumenteninteresses zu begreifen – die ökonomische „Logik“ des *Sylvania*-Entscheids beruht auf einer methodischen Äquivokation. Im übrigen behauptet keiner der zahllosen Kommentatoren dieser Entscheidung, der Supreme Court habe sich nunmehr eindeutig auf die „new economics“ festgelegt. Dies ist schon wegen der Unbestimmtheit der Rule of Reason und vor allem deshalb ausgeschlossen, weil das Gericht die per se-Regel gegen die Preisbindung ausdrücklich bestätigt hat⁴⁴. Diskussionsbedürftig bleibt ferner, wie sich die Rezeption der neuen Lehre zu der – freilich eher beiläufig geäußerten – Überlegung verhält, daß auch spezifisch verbraucherpolitische Zielsetzungen, daß namentlich Produzentenhaftungsnormen für eine Rechtfertigung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen ins Feld geführt werden dürfen⁴⁵. Auf die Frage, ob dieser – in der amerikanischen Literatur bislang offenbar noch selten systematisch analysierte Hinweis⁴⁶ – tatsächlich trägt oder nicht vielmehr andere rechtliche Maßnahmen nahelegt, wird noch zurückzukommen sein.

43 433 U.S. 54 f. (1977).

44 433 U.S. 51 in: Fn. 18 (1977).

45 433 U.S. 55 in: Fn. 23 (1977).

46 Vgl. aber Pitofsky, *The Sylvania Case: Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restrictions*, *Columbia Law Review* 78 (1978), 1 ff., 23 ff.; Levmore, *Rescuing Some Antitrust Law: An Essay on Vertical Restrictions and Consumer Information*, *Iowa Law Review* 67 (1982), 981 ff.; Craswell, a.a.O. (Fn. 26).

4.2.2. Spray-Rite

Die Klage des Großhandelsunternehmens Spray-Rite gegen den Herbizid-Produzenten Monsanto⁴⁷ sollte nach dem Willen der Antitrust Division das Ende der per se-Regel gegen die Preisbindung herbeiführen⁴⁸. Die Klage von Spray-Rite war eine Reaktion auf die Weigerung von Monsanto, Spray-Rite weiterhin mit ihren Chemikalien zu beliefern. Diese Lieferverweigerung sei, so machte Spray-Rite geltend, Bestandteil einer „price fixing conspiracy“ zwischen Monsanto und deren anderen Vertriebshändlern. Die Klage war in zwei Instanzen erfolgreich und Spray-Rite wurde ein (dreifacher) Schadensersatz von 10,5 Mio. Dollar zugesprochen⁴⁹. Vor dem Supreme Court ging es danach in erster Linie um die Frage, welche Anforderungen an den Nachweis einer Preisbindungsvereinbarung i.S.d. § 1 Sherman Act⁵⁰ zu stellen seien. Monsanto machte ferner geltend, daß die per se-Regel in extensiv und in einer mit dem Sylvania-Entscheid unvereinbaren Weise angewandt worden sei, ohne aber die Geltung des per se-Verbots grundsätzlich in Frage zu stellen⁵¹. Dieser Angriff blieb der Antitrust Division des Justizministeriums vorbehalten, deren Intervention dann zahlreiche Interessengruppen auf den Plan rief und schließlich sogar den Kongreß beschäftigte⁵².

Der Antitrust Division erschien Spray-Rite insbesondere deshalb als ein geeigneter Fall zur Demonstration der ökonomischen Problematik der per se-Regel, weil die Vorgehensweise Monsantos Teil einer neuen Absatzstrategie war, die den Handel verstärkt in die Absatzbemühungen Monsantos einbezog und die sich zudem als praktisch erfolgreich erwies: Monsanto gelang es, seinen Marktanteil auf Kosten seines marktbeherrschenden Hauptkonkurrenten drastisch zu steigern⁵³.

Der Supreme Court hat sich mit einer Stellungnahme zu den Beweisanforderungen an eine „conspiracy“ begnügt, diese allerdings in einen argumentativen Zusammenhang gestellt, der die neue wettbewerbspolitische Linie bekräftigt: Die Anforderungen an den Nachweis einer „conspiracy“ dürften die grundsätzlich legitimen Vorkehrungen des Herstellers gegen ein Free Riding (= Sylvania-Doktrin) und sein Recht zur einseitigen Auswahl seiner Handelspartner (= Col-

47 Oben Fn. 40.

48 Vgl. oben bei Fn. 18.

49 Spray-Rite Service Corp. v. Monsanto Co., 684 F. 2 d 1226 (1982).

50 § 1 Sherman Act lautet: „Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal ...“ (15 U.S.C. § 1).

51 104 Ct. 1468 Fn. 6 (1984).

52 Vgl. oben Fn. 18.

53 Vgl. den oben Fn. 18 zitierten „brief“, 16 f., 22 f.

gate-Doktrin⁵⁴) nicht unterminieren; dies habe der Court of Appeals für den 7. Circuit⁵⁵ verkannt, als er den Nachweis einer Preisbindungsvereinbarung auf den Umstand stützte, daß Monsanto die Vertragsbeziehungen zu dem Billiganbieter Spray-Rite als Reaktion auf entsprechende Beschwerden anderer Großhändler abgebrochen hatte. Die Supreme Court-Mehrheit hat überdies im Gegensatz zu der „concurring opinion“ von Justice Brennan⁵⁶ das Verbot der Preisbindung nicht explizit bestätigt, sondern erklärt, daß sie nach dem Vortrag der Parteien keine Gelegenheit habe, die grundsätzlichen Einwände gegen dieses Verbot zu erörtern⁵⁷.

4.2.3. Dr. Hyde

Das Jefferson Parish-Unfallkrankenhaus in New Orleans hatte im Februar 1971 mit der Fa. Roux & Associates eine „Anästhesie-Vereinbarung“ geschlossen, derzufolge bei sämtlichen im Krankenhaus anfallenden Operationen ein Anästhesist von Roux herangezogen werden sollte. Aus der Sicht der Patienten bedeutete diese Vereinbarung, daß die Inanspruchnahme des Hospitals jeweils an die Dienstleistung von Roux gekoppelt wurde und andere Anästhesisten nicht zum Zuge kommen konnten. Als Dr. Hyde im Juli 1977 die Zulassung zum Krankenhaus beantragte, wurde ihm seine Qualifikation bestätigt, eine Betätigung im Hospital aber verweigert.

Die hiergegen gerichtete Klage von Dr. Hyde gegen das Jefferson Parish-Hospital war in der zweiten Instanz erfolgreich⁵⁸. Der Court of Appeals für den 5. Circuit interpretierte die Vereinbarung zwischen dem Krankenhaus und der Fa. Roux als „tying arrangement“, mit der das Krankenhaus seine regionale Marktmacht dazu mißbrauche, den Patienten die Dienste der Fa. Roux aufzunötigen. Dieses Urteil hat der Supreme Court aufgehoben⁵⁹, mit einer knappen 5 zu 4-Mehrheit aber zugleich deutlich gemacht, daß damit die traditionellen Regeln zum Tying nicht verabschiedet werden sollten. Eben dies forderte die von Justice O'Connor formulierte concurring opinion und bezog sich dafür auf die Lehren der New Eco-

54 United States v. Colgate & Co. 250 U.S. 300 (1919); zu den Grenzen dieser Freiheit vgl. den „crash parts“-Beschuß unten 4.3.5.

55 Oben Fn. 49.

56 104 U.S. Ct. 1472 (1984).

57 104 Ct. 1470 in: Fn. 7 (1984). Schneider, a.a.O. (Fn. 18), demonstriert, daß eine solche Erörterung keineswegs zu einer Bestätigung der Thesen der Antitrust Division (vgl. Fn. 53) führen muß, daß also die plausibelste Erklärung für die angestrebte Preisbindung nicht etwa die Sicherung bestimmter Serviceleistungen sei, sondern es Monsanto wahrscheinlich eher darum ging, die Händler an die eigene Marke zu binden, um künftige Imitationswettbewerber abwehren zu können.

58 686 F 2d 286 (5th. Cir. 1982).

59 Oben Fn. 39) im folgenden zitiert nach 52 Law Week 4385 (1984).

nomics⁶⁰. Es gebe keinen vernünftigen ökonomischen Grund, die chirurgischen und die anästhesistischen Dienstleistungen zu trennen, und es sei, selbst wenn man diese Trennung vornähme, jedenfalls anzuerkennen, daß die Vereinbarung zwischen dem Krankenhaus und der Fa. Roux die Leistungsfähigkeit des Hospitals insgesamt verbessert habe. Diesem Plädoyer für eine Ablösung der per se-Regeln gegen das Tying durch eine Rule of Reason hat die Mehrheit des Gerichts sich indessen verschlossen⁶¹. Ebenso wie der Court of Appeals ging die Mehrheit der Richter mit Rücksicht auf das „Nachfrageverhalten“ der Patienten davon aus, daß die Anästhesievereinbarung als Verkoppelung zweier selbständiger Dienstleistungen zu werten sei⁶². Die Kritik an der Entscheidung des Court of Appeals bezog sich allein auf dessen These⁶³, das Tying mache sich die Intransparenz der Qualität von Anästhesieleistungen zunutze und bedeute schon deshalb einen Mißbrauch von Marktmacht. Es sei nicht der Sinn der Regeln gegen das Tying, so urteilte der Supreme Court, derartige Marktunvollkommenheiten zu kompensieren. Die Zulassung eines weiteren Anästhesisten hätte die Wahlfreiheit der Patienten zwar vergrößert, aber die unumgängliche Einschränkung der Arzt-Zulassungen nicht aufgehoben. Die Regeln gegen das Tying sollten aber lediglich einen Machtmißbrauch zum Nachteil konkurrierender Anbieter verhindern, deren Angebot tatsächlich nachgefragt worden wäre, wenn die Kopplungsvereinbarung dies nicht ausgeschlossen hätte⁶⁴.

4.3. Neuere Rechtsprechung zum Vertrieb von Automobilersatzteilen

Aus der Zeit nach dem Erlaß des Sylvania-Entscheids soll hier über vier Verfahren berichtet werden, die wettbewerbspolitisch deshalb von Interesse sind, weil in ihnen die Reichweite der neuen Rechtsprechung des Supreme Court zur Debatte stand und steht, und die zugleich deshalb für die europäische Diskussion einschlägig erscheinen, weil in den ersten drei Verfahren die Vertriebspolitik eines europäischen Herstellers (der Daimler-Benz AG) auf den Prüfstand des amerikanischen Antitrust-Rechts geraten ist und in dem vierten Verfahren eine bedeutsame, in Europa offenbar aber noch wenig praktische Frage entschieden werden mußte.

60 52 Law Week 4394 ff. (1984).

61 „It is far too late in the history of our antitrust jurisprudence to question the proposition that certain tying arrangements pose an unacceptable risk of stifling competition and therefore are unreasonable 'per se' “ (52 Law Week 4387).

62 52 Law Week 4390 f.

63 Oben Fn. 58 (290).

64 52 Law Week 4392.

4.3.1. Technical Learning Collective, Inc. and Lad Mills, Inc. v. Daimler-Benz Aktiengesellschaft and Mercedes-Benz of North America, Inc.

In diesem Verfahren ging es zunächst um die Zulässigkeit einer „class action“ (motion for class certification), mit der die Kläger für unabhängige Werkstätten eine Verletzung von § 1 (conspiracy to fix prices) und § 2 (monopolization) Sherman Act durch die Beklagten, ihre amerikanischen Händler und Händlerbeiräte geltend machten⁶⁶.

Dabei unterstellt das Gericht, daß Mercedes-Benz of North America (im folgenden: MBNA) noch in den 60er Jahren Ersatzteile direkt auch an ungebundene Werkstätten vertrieben und von deren Direktbelieferung erst Abstand genommen habe, als sich die Mercedes-Vertragshändler über diese Geschäftspraxis beklagten. Die Händler seien dann zur Versorgung der unabhängigen Werkstätten nach einem „appropriate discount plan“ verpflichtet worden. Nach der Behauptung der Kläger wurden im Zuge dieser Abmachungen Ersatzteile grundsätzlich zu einem von MBNA empfohlenen Großhandelspreis abgegeben. Ferner habe MBNA auf die Vertragshändler eingewirkt, ausschließlich „Originalersatzteile“ (i.S.d. deutschen Sprachgebrauchs) zu verwenden und vom Ankauf von in den USA durchaus erhältlichen, wesentlich preisgünstigeren Parallellieferteilen (Identteilen) Abstand zu nehmen, eine Praxis, wegen der i.J. 1977 die Antitrust Division des Departments of Justice ein Verfahren einleitete. Die Kläger sahen zwischen beiden Abmachungen ein „quid pro quo-Geschäft“ zwischen MBNA und ihren Vertragshändlern, das eine „conspiracy to fix prices and to eliminate competition“ im Sinne von § 2 Sherman Act⁶⁷ bedeute. Der District Court of Maryland erklärte als Abschluß des ersten Verfahrensschritts die Class Action für zulässig⁶⁸.

In ihrer „motion for partial summary judgement“ machten die Beklagten geltend, daß die Kläger nicht zu ihren direkten Abnehmern gehörten und ihnen jedenfalls kein Schadensersatzanspruch zustünde (dreifacher Schaden nach § 4 Clayton Act)⁶⁹. Sie errangen damit insofern nur einen Teilerfolg als das Gericht zwar einen Schadensersatz wegen „price fixing“ für ausgeschlossen erklärte, zu der Klage wegen „elimination of competition, conspiracy to monopolize, and monopolization“ aber nicht abschließend Stellung nahm.

66 Technical Learning Collective, Inc. and Law Mills, Inc. v. Daimler-Benz AG and Mercedes-Benz of North America, Inc., 1980-1 Trade Cases (CCH) § 63, 006 (D. Md. 1979).

67 Zum Wortlaut von § 1 Sherman Act vgl. Fn. 50, § 2 Sherman Act lautet: „Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire, with any other or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States ... shall be deemed guilty of a felony ...“ (15 U.S.C. § 2).

68 1980 - 1 Trade Cases (CCH) § 63, 006 (77, 031).

69 1980 - 81 Trade Cases (CCH) § 63, 612 (D. Md. 1980).

Die Auseinandersetzungen zwischen den Parteien endeten im April 1981 mit einem Vergleich („consent decree“). Danach war MBNA verpflichtet, jedem Vertragshändler zu bestätigen, daß er vertraglich verpflichtet sei, Ersatzteile ausschließlich bei MBNA zu beziehen⁷⁰, und nichts gegen solche Vertragshändler zu unternehmen, die diese Möglichkeit nutzen. Die Beklagten wurden ferner verpflichtet, Maßnahmen zur Öffnung des Wettbewerbs beim Verkauf von Mercedes-Teilen durch Vertragshändler an unabhängige Werkstätten zu ergreifen⁷¹. Sie hatten im übrigen die Kosten der klägerischen Anwälte zu übernehmen, die sich auf 1.025.000,- Dollar beliefen⁷².

Unabhängig von der rechtlichen Einordnung der gerügten Wettbewerbsverstöße nach amerikanischem Recht ist der Fall bemerkenswert, weil er Gefahren von Vertriebsformen aufzeigt, die in den Verhaltensmodellen der New Economics vernachlässigt werden: Es gibt offenbar Konstellationen, in denen Hersteller und Händler Absprachen treffen können, die andere Wettbewerber und Verbraucher benachteiligen. Die Argumentation, daß der Hersteller kein Interesse daran habe, einen überhöhten Preis seiner Produkte zuzulassen und seinen Händlern entsprechende Gewinnchancen einzuräumen, übergeht die Verhandlungsmacht der Vertragshändler. Unbefriedigend wäre auch der Hinweis, daß die Beklagte lediglich Vertragspflichten ihrer Händler durchsetze, also keine horizontalen, sondern vielmehr nur vertikale Wettbewerbsbeschränkungen vorgelegen hätten⁷³, deren Kontrolle man dem Interbrand-Wettbewerb überlassen könne: Wäre diese Wettbewerbskontrolle angesichts einer Politik der Produktdifferenzierung, angesichts der primären Ausrichtung der Kaufentscheidung am Neuwagenpreis und im Hinblick auf die Informationsprobleme des Konsumenten beim Ersatzteilkauf effektiv⁷⁴? Könnten und sollten die Verbraucher nicht dagegen geschützt werden, daß Ersatzteilpreise sich auf einem höheren Niveau bewegen als dies bei einer Öffnung der Vertriebssysteme der Fall wäre⁷⁵?

70 Insoweit berichtet in *Metrix Warehouse, Inc., v. Daimler-Benz AG and Mercedes-Benz of North America*, 1983 – 1 Trade Cases (CCH), § 65, 397 (D. Md. 1983).

71 *Technical Learning Collective Inc., et al. v. Daimler-Benz AG, et al.*, 1980 – 1 Trade Cases (CCH), § 64, 164 (D. Md. 1981), 76, 867.

72 *Technical Learning* (Fn. 71), 76, 871.

73 Vgl. oben 4.1.2.3.; in *Technical Learning* (Fn. 66) hatten sich die Kläger – wohl im Vertrauen auf die per se-Regel gegen Preisbindungen – insoweit nicht festgelegt (vgl. 77, 026).

74 Vgl. Kap. 5, 1.2.; daß beim Neuwagenkauf nur die Verfügbarkeit, aber nicht der Preis von Ersatzteilen eine Rolle spielt, entspricht den Feststellungen der FTC im „crash parts“-Fall (unten Fn. 103, 22, 319 sowie 22, 345).

75 Vgl. dazu die Argumentation der Kläger in *Technical Learning* (Fn. 66), 77, 257.

Auch in dem zweiten Mercedes-Verfahren, das von der Antitrust Division des Justizministeriums angestrengt worden war, kam es nicht zu einer abschließenden Sachentscheidung. Gleichwohl ist der Beschluß des kalifornischen District Court, der vor der Klagerücknahme zu den Anträgen beider Parteien erging, für die gegenwärtige europäische Diskussion instruktiv. Die Klage der Antitrust Division richtete sich nämlich gegen eine für den Ersatzteilvertrieb von MBNA zentrale Bestimmung des Vertragshändlervertrages, in der es heißt: „Dealer shall neither sell or offer to sell for use in connection with MB passenger cars nor use in the repair or servicing of MB passenger cars any parts other than genuine MB parts or parts expressly approved by DBAG if such parts are necessary to the mechanical operation of such MB passenger cars“. In dieser Vertragsbestimmung sah die Antitrust Division ein Tying Agreement, das nach § 1 Sherman Act als per se illegal zu qualifizieren sei.

Nachdem der Supreme Court in seinem Sylvania-Entscheid eine per se-Regel gegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen nur noch für Preisbindungen befürwortet hatte und angesichts der heftigen Kritik an dem Verbot des Tying⁷⁷, hatte es für die Beklagte nahegelegen, die Geltung einer per se-Regel gegen das Tying in Frage zu stellen. Das kalifornische Gericht zeigte sich jedoch keineswegs bereit, den Rule of Reason-Standard aus dem Sylvania-Entscheid auf Tying-Konstellationen zu übertragen⁷⁸.

Weil das per se-Verbot des Tying nur eingreifen kann, sofern *zwei verschiedene* Güter gekoppelt werden⁷⁹, mußte das Gericht zu der von den deutschen Automobilherstellern vertretenen und von der deutschen Rechtsprechung akzeptierten „Bündeltheorie“ Stellung nehmen, derzufolge Neuwagenabsatz, Ersatzteilvertrieb und Kundendienst als zusammengehöriges Leistungsangebot gelten sollen. Das Gericht akzeptierte diese These nicht, weil⁸⁰

- der Neuwagenverkauf und der Ersatzteilvertrieb beim Hersteller selbst organisatorisch getrennt sind
- viele Ersatzteile von vornherein durch Zulieferfirmen hergestellt werden
- die Verwendung von Originalteilen nicht zum Kern des Vertragshändlerverhältnisses gehöre, das primär auf den Absatz von Neuwagen gerichtet sei („Mercedes-Benz’ reasoning would swallow the whole of antitrust tying principles“).

76 1981 – 2 Trade Cases (CCH), § 64, 188 (D. Cal. 1981).

77 Oben 4.1.2.2.

78 1981 – 2 Trade Cases (CCH), § 64, 188 (73, 660 f.).

79 Vgl. oben 4.1.2.2. sowie die Kritik von Posner, The Rule of Reason (a.a.O., Fn. 28).

80 73, 664 f.; vgl. auch das Urteil des District Court of Maryland unten 4.3.4.

Die Argumentation der „Bündeltheorie“ wird damit aber nicht etwa insgesamt verworfen; das Gericht kündigt vielmehr an, daß es diese Argumente zu den Gesichtspunkten rechnet, die im Rahmen einer „business justification“ der Mißachtung des Tying-Verbotes geprüft werden sollen.

Die zweite Voraussetzung für das Eingreifen der per se-Regel ergibt sich aus der sog. Leverage-Doktrin, derzufolge das Tying Arrangement sich aus der ökonomischen Macht des Verkäufers erklären muß. Diese Marktmacht kann sich nicht etwa aus dem Marktanteil von MBNA ergeben, der mit 0,6 % anzusetzen ist⁸¹. Die Antitrust Division mußte vielmehr zu zeigen versuchen, daß die Akzeptanz der zitierten Bestimmung des Vertragshändlervertrages auf den Einsatz ökonomischer Macht von MBNA zurückzuführen sei und/oder Mercedes-Fahrzeuge „sufficiently unique“ seien, um MBNA einen Wettbewerbsvorteil auf dem Ersatzteilmarkt zu verschaffen. Das Gericht zeigte sich nicht bereit, auf der Grundlage der in der Klage präsentierten Beweismittel eine Leverage Power von MBNA anzunehmen⁸². Es hat daher den Klageantrag auf ein Summary Judgement abgelehnt. Dies bedeutet, daß im weiteren Verfahren 1. die Leverage-Problematik und 2. die Möglichkeit einer „business justification“ für das „tying arrangement“ hätten geklärt werden müssen – hierzu ist es dann freilich nicht mehr gekommen⁸³.

4.3.3. Metrix Warehouse, Inc. v. Daimler-Benz Aktiengesellschaft and Mercedes-Benz of North America, Inc.⁸⁴

Das dritte Verfahren gegen MBNA bezog sich erneut auf die zitierte Bestimmung des § 9 C des MBNA-Händlervertrages. Den Vorwurf des Tying erhob nunmehr ein Großhandelsunternehmen („warehouse distributor“), das seit 1973 Ersatzteile für Mercedes-Fahrzeuge vertrieb. Beliefert wurden von der Klägerin zunächst ausschließlich Vertragshändler, später auch unabhängige Werkstätten. Nach den Angaben der Klägerin gingen die Verkäufe an die Vertragswerkstätten seit Mitte der 70er Jahre drastisch zurück, während die Lieferungen an die unabhängigen Werkstätten gesteigert werden konnten. Dabei handelte es sich stets um die sog. Schnelldreher („fast moving parts“), die etwa 3.000 Positionen ausmachen. Der Streitgegenstand entspricht somit im wesentlichen den Auseinandersetzungen zwischen freiem Großhandel und Automobilherstellern in Europa.

81 Für diese Angabe vgl. Metrix Warehouse, Inc. v. Daimler-Benz AG und Mercedes-Benz of North America, Inc., 1982 – 2 Trade Cases (CCH), § 64, 861 (72, 291).

82 73, 667 ff.

83 Mit der Klagerücknahme demonstrierte die neue Leitung der Antitrust Division unter W.F. Baxter die Umorientierung ihrer Wettbewerbspolitik (vgl. oben 4.1.1. und Fn. 18 sowie den Bericht im Antitrust and Trade Regulation Report 42, 1982, 587 f.).

84 1982 – 2 Trade Cases (CCH), § 64, 861 (D. Md. 1982).

Die Rechtsfragen, die das Gericht zu erörtern hatte, sind aus der soeben geschilderten Klage der Antitrust-Division des Justizministeriums bekannt. Sie wurden auch im gleichen Sinne beantwortet, allerdings mit zusätzlichen Qualifizierungen:

- Ebenso wie in dem kalifornischen Verfahren wurde der Sylvania-Entscheid für nicht einschlägig erklärt: „There simply is no indication in the (Supreme) Court's opinion that the reasonableness test should displace the per se standard of analysis in other areas of antitrust law. In fact, the Court cited the language of Northern Pacific, which condemned the practice of tying as being pernicious and without any redeeming virtue, and per se unlawful“⁸⁵.
- Damit war auch die zweite Rechtsfrage, nämlich die Behandlung von Neuwagen- und Ersatzteilvertrieb als selbständige Güter vorentschieden: „Most significant to determining the issue of whether the Mercedes-Benz automobile and the replacement parts constitute separate products is the fact that replacement parts for Mercedes-Benz automobiles, which are manufactured for DBAG by OEMs, find their way to authorized Mercedes-Benz dealers and to independent garages who compete with the dealers in the servicing and repair of Mercedes-Benz automobiles. The existence of a market for Mercedes-Benz replacement parts for the repair of the automobile by Mercedes-Benz dealers and independent garages is the telling factor in concluding that the automobiles and the replacement parts are separate commodities. Moreover, it is plainly evident that separate markets exist for the sale of automobiles and the sale of automobile replacement parts. The fact that there are dual markets strongly suggests that there are separate products“⁸⁶.
- Ebenso wie das kalifornische Gericht sah der District Court von Maryland den Nachweis für den Einsatz ökonomischer Macht nicht als erbracht an und wies deshalb den Antrag der Klägerin auf ein Summary Judgement zurück. Das Gericht sah sich aber auch nicht in der Lage, dem Gegenantrag von MBNA stattzugeben. Die Machtfrage wurde wiederum nur erörtert, aber nicht entschieden. Bemerkenswert ist dabei der Versuch der Antitrust Division, die Marktmacht von MBNA aus dem Umstand abzuleiten, daß die Preise für Mercedes-Fahrzeuge um 100 % erhöht werden konnten, ohne daß die Beklagte deshalb irgendwelche Einbußen hinzunehmen gehabt hätte. Das Gericht verhält sich zu diesem Vortrag einigermaßen unschlüssig: „It is far from clear that plaintiff can prove economic power in relation to the tying claim based solely on the facts that Mercedes-Benz automobiles have been consistently rising in price, that there is continued and unsatisfied demand for Mercedes-Benz dealerships, and that there is continued and unsatisfied demand for the automobiles at the consumer level“⁸⁷.

85 72, 281.

86 72, 285.

87 72, 293.

„On its face, the unilateral power to control price and to control quantity are hallmarks of one wielding monopoly power in a given market. However, that power traditionally has been examined in relation to a competitive environment, defined by a relevant market and a relevant geographic area. The Court does not believe that the 'premiere' status of defendants can be proved by mere evidence of increasing prices of, and continuing demand for defendant automobiles, unless such a discussion proceeds from the traditional paradigm of 'relevant market'“. Ob Metrix die vom Gericht für erforderlich gehaltenen Umstände wird nachweisen können, erscheint schon deshalb zweifelhaft, weil die zu erfüllenden Beweisanforderungen nicht sonderlich klar formuliert sind: „Plaintiff bears the burden of placing before the factfinders not the mere conclusion that other automobile manufacturers cannot replicate the Mercedes-Benz automobile and defendants' success in the market-place. Plaintiff must establish why this is so. If indeed there is no likelihood or possibility that a substitutable or interchangeable product can be produced by others, then the Mercedes-Benz dealers would appear to be 'captives'. The state of German technology, the availability of skilled craftsmen, the commitment to research and development might be factors which account for the defendants' unique capability. The current state of the record develops but the bare structure of this vital area of inquiry“⁸⁸.

- Wesentlich detaillierter als in dem Parallelverfahren sind die Auseinandersetzungen mit der „business justification“ für das Tying. Qualitätskontrollen, wie die Beklagten sie durchführen und der Schutz ihres Goodwill werden grundsätzlich als Rechtfertigung für das Tying anerkannt. Aber das Gericht grenzt die Voraussetzungen dieser Rechtfertigung ein: Wenn die Qualitätsstandards durch weniger restriktive Maßnahmen, etwa durch die Spezifizierung von Qualitätsanforderungen durchgesetzt werden können, so bleibt das Tying illegal, und den Beklagten obliegt der Beweis dafür, daß solche Alternativen nicht praktikabel seien: They have to persuade „the fact-finders that parts of like quality cannot be replicated because specifications cannot be practically or feasibly provided and/or procedures for testing and other quality-control measures of the type required to ensure that potentially-defective parts are screened out cannot be duplicated by other manufacturers. Defendants will have the opportunity to make such a proffer in the event plaintiff is successful in establishing those elements of the alleged tie-in addresses in this Memorandum. At this juncture of the proceedings, the Court is unable to determine, as a matter of law, that the goodwill defense has been proved by these defendants“⁸⁹.

88 72, 294

89 72, 291.

- Hervorzuheben ist schließlich die Auseinandersetzung mit der auch vom Supreme Court im Sylvania-Entscheid⁹⁰ angesprochenen Frage, ob sich aus Normen des Verbraucherschutzes, ob sich insbes. aus dem Recht der Produzentenhaftung eine zusätzliche Rechtfertigung für wettbewerbsbeschränkende Praktiken ergeben kann: „Defendants’ concern about possible exposure to products liability lawsuits is not insignificant. However, rather than extending the antitrust laws into areas not intended to be regulated under that scheme the antitrust laws and the consumer protection laws should operate in tandem. Defendants’ concern that consumers might be deceived by the unscrupulous practice of using non-MBNA parts in the repair of their automobiles more properly is left to the consumer protection laws. Although the concern is legitimate, it does not constitute a basis on which to justify the possible stilling of competition in the market for automobile replacement parts. Practically speaking, a dealer’s substantial financial stake in his business makes it doubtful that a prudent businessman would risk customer dissatisfaction or the possibility of censure under the system of state and federal consumer protection laws. In any event, the evil, if it does exist, is one not intended to be addressed under the antitrust laws“⁹¹.

Sowohl im Metrix-Prozeß als auch in dem Parallelverfahren IAP Inc. v. Mercedes-Benz of North America Inc.⁹² hat die Beklagte jedoch die befaßten Gerichte davon überzeugen können, daß die Regeln gegen Tie-ins dann nicht greifen, wenn Endverbraucher für einen Defekt des gekoppelten Produkts den Hersteller des Koppelungsprodukts verantwortlich machen. Diese Goodwill-Schutzregeln datiert aus einem i.J. 1935 entschiedenen⁹³ und vom Supreme Court bestätigten⁹⁴ Fall, der ebenfalls eine Bezugsbindung von Automobilhändlern übertrag. Die „Pick-Regel“ habe im Recht des Tying als eine enge Ausnahme überlebt und dürfe nicht durch Forderung nach dem Einsatz milderer Mittel wieder aufge- weicht werden – mit dieser Begründung setzte sich Mercedes-Benz im IAP-Prozeß durch und erreichte zunächst auch im Metrix-Verfahren der Beklagten ein „summary judgement“ gegen den Tying-Vorwurf⁹⁵. Nach Erlaß des Hyde-Urteils des Supreme Court⁹⁶ hat sich freilich der Metrix-Court neu besonnen: Weil nunmehr die „Pick-Ausnahme“ unhaltbar geworden sei, kehrte das Gericht zu seiner ursprünglichen Erkenntnis zurück⁹⁷.

90 Vgl. oben 4.2.1.

91 72, 290.

92 571 F. Supp. 262 (D. N.J. 1983).

93 Pick Manufacturing Co. v. General Motors Corp., 80 F. 2 d 641 (7th Cir. 1935).

94 299 U.S. 3 (1936).

95 Metrix Warehouse, Inc. v. Daimler-Benz AG, 1984-1 Trade Cases (CCH) § 65, 766 (D. Md. 1982) („Metrix II“).

96 Oben 4.2.3.

97 Metrix Warehouse Inc. v. Daimler-Benz AG, No. 79-2066 (D. Md. June 11, 1984) („Metrix III“).

4.3.4. The Mozart Co. v. Mercedes-Benz of North America, Inc.⁹⁸

Auch in diesem relativ jüngsten Streit um den Ersatzteilvertrieb von Mercedes-Benz of North America ging es um die Klage eines Ersatzteilgroßhändlers gegen die Verwendungsbeschränkungen für Ersatzteile im MBNA-Händlervertrag⁹⁹, und das gleiche Gericht, das nach der Klagerücknahme des Justizministeriums in dem 2. Mercedes-Benz-Verfahren¹⁰⁰ von einer Entscheidung hatte absehen müssen, hat nun doch noch Gelegenheit, diese Bestimmungen auf ihre Vereinbarkeit mit den Regeln gegen das Tying hin zu überprüfen. Das Verfahren ist derzeit noch nicht abgeschlossen. Judge Patel hat aber zwei wichtige Vorentscheidungen getroffen: (1) Sie bestätigte ihre Unterscheidung zwischen Neuwagen- und Ersatzteilgeschäft¹⁰¹ und wies den klägerischen Antrag auf ein „summary judgement“ nur deshalb zurück, weil der Nachweis, daß die Beklagte genügend Macht besitze, um die umstrittenen Bestimmungen ihren Händlern aufzuzwingen, nicht geführt sei. (2) Abgewiesen wurde ebenso der Antrag der Beklagten auf ein „summary judgement“, weil eine „business justification“ für diese Bestimmungen zwar denkbar, bislang aber nicht hinreichend dargetan sei – beide Fragen sollen im Trial-Verfahren geklärt werden¹⁰².

4.3.5. General Motors Corp.¹⁰³

„Crash Parts“ sind Karosserieteile, die insbesondere nach Unfällen benötigt werden. Diese Teile werden großenteils vom Hersteller selbst gefertigt; dabei gibt es leichtgängige wie schwergängige Stücke. Üblicherweise werden solche Teile von den Herstellern über ihre Vertragswerkstätten vertrieben, so daß sie für ungebundene Werkstätten nur über die Vertragshändler und dort zu relativ ungünstigen Konditionen erhältlich sind. Diese Praxis, die, soweit nicht Nachbauteile auf dem Markt erhältlich sind, zu einer Diskriminierung der freien gegenüber den gebundenen Werkstätten führt, gilt weiterhin als unproblematisch; die günstigeren Konditionen der Vertragswerkstätten werden als legitimer Funktionsrabatt gerechtfertigt¹⁰⁵.

98 593 F. Supp. 1506 (D. Cal. 1984).

99 Zitiert oben in 4.3.2.

100 Vgl. oben Fn. 76.

101 Vgl. 593 F. Supp. 1515-1517 und oben 4.3.2. bei Fn. 80.

102 Vgl. 593 F. Supp. 1517-1523.

103 Trade Regulation Reports 1982, § 21, 931.

104 Vgl. oben Kap. 2, 2.1., 3.2. sowie oben 1.3.1.1.

105 Vgl. für das deutsche Recht die kritische Bestandsaufnahme bei Immenga, Mestmäcker, GWB, § 3 Rdnr. 158 ff.

Im amerikanischen Kartellrecht bieten die Begrenzungen der sog. Colgate-Doktrin¹⁰⁶ durch das Verbot einer Umgehung der per se-Regel gegen Preisbindungen und auch das Monopolisierungsverbot des § 2 Sherman Act Ansatzpunkte für eine Kontrolle¹⁰⁷. Auf diese Bestimmungen hat die Federal Trade Commission im Rahmen ihres auf § 5 des Federal Trade Commission Act¹⁰⁸ gestützten Verfahrens Bezug genommen.

Nach den Feststellungen der FTC¹⁰⁹ umfaßt das General Motors (GM)-Sortiment ca. 32.000 Crash Parts. Diese Teile werden 7-12 Jahre nachgebaut, teils von GM selbst, teils auch von Zulieferfirmen. Auf der Produktionsstufe existiert – z.T. wegen der hohen Kosten, die ein Nachbau erfordern würde – kein Wettbewerb. Diejenigen Teile, die nur für das eigene Produktionsprogramm bestimmt sind, vertreibt die General Motors Part Division (GMDP) ebenso wie andere „sole source-Teile“ ausschließlich über Vertragshändler. Die unabhängigen Werkstätten, die solche Teile benötigen, können sich an die Vertragshändler wenden. GM läßt diese „Großhandels“-Aktivitäten nicht nur zu, sondern vergütet sie durch ein besonderes Rabattsystem derart, daß diese Teile für die unabhängigen Werkstätten zu den gleichen Konditionen wie für die Vertragswerkstätten erhältlich werden können. Die Vertragswerkstätten sehen in diesem Rabattsystem allerdings vielfach nur eine Chance zum „double dipping“: Sie geben den Großhandelsrabatt nicht oder nur z.T. weiter. Dies führt dann dazu, daß die Vertragswerkstätten i.d.R. einen Rabatt von zumindest 40 % bei den von ihnen verwendeten Teilen genießen, während die unabhängigen Werkstätten sich mit 22 -31 % begnügen müssen; die von den Vertragswerkstätten wahrgenommene Großhandelsfunktion rechtfertigt diese Preisdifferenz nicht (nach dem Vortrag der unabhängigen Werkstätten sollen hierfür höchstens 2 % angesetzt werden können).

Die FTC prüfte dieses Vertriebssystem insbes. unter den rechtlichen Gesichtspunkten einer horizontalen und vertikalen Conspiracy i.S. von § 1 Sherman Act, eines Mißbrauchs von Monopolmacht durch „leveraging“ und durch Geschäftsverweigerung („refusal to deal“). Die zuerst genannten Gesichtspunkte können hier vernachlässigt werden: Eine Qualifikation als horizontale Conspiracy wurde im Hinblick auf die ökonomische Funktion der Beteiligten abgelehnt¹¹⁰, eine vertikale Conspiracy der Vertragshändler (Boykott) gegenüber GM aus tatsächlichen Gründen verneint¹¹¹, der Vorwurf, GM übertrage seine Marktmacht auf die Han-

106 United States v. Colgate & Co., 250 U.S. 300 (1919).

107 Vgl. näher Schmitt, 99 ff., 132 ff.; Belke, Kundenbeschränkung und Verkaufsverweigerung im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten, 1967.

108 15 U.S.C. § 45.

109 22, 317 ff. i.V. m. 334 ff.

110 22, 319 ff.

111 22, 320 ff.

delstufe, zurückgewiesen¹¹². Im Zentrum des Beschlusses steht vielmehr die Problematik der Geschäftsverweigerung: Verfügt GM über monopolistische Marktmacht und werden Wettbewerber, die auf den Bezug von GM-Teilen angewiesen sind, durch das Vertriebssystem erheblich benachteiligt? Die Schwierigkeiten der Entscheidungsfindung enden mit der Beantwortung dieser Fragen noch nicht. Selbst wenn sie nämlich zu bejahen sind, kann GM darlegen, daß die unterschiedliche Behandlung von Abnehmern nicht willkürlich geschieht, sondern auf wichtigen Gründen („substantial business reasons“) beruht. Und selbst wenn diese Gründe nicht akzeptabel erscheinen, ist noch zu prüfen, ob eine rechtliche Intervention auf eine kontinuierliche Überwachung der Geschäftspolitik von GM durch Behörden und/oder Gerichte hinauslaufen würde¹¹³.

Bejaht hat die FTC die monopolistische Macht von GM, indem sie als relevanten Markt allein die GM-Crash Parts bezeichnete¹¹⁴. Bejaht wurde auch eine erhebliche Beeinträchtigung der unabhängigen Werkstätten. Diese Beeinträchtigung ergibt sich aus den bereits genannten Preisnachteilen von ca. 17,7 %, aber auch aus dem langsameren Belieferungsweg.

Crash Parts werden zu 90 - 95 % im Rahmen von Versicherungsfällen verwendet. Im Interesse einer Senkung der Versicherungskosten haben nun die Versicherungen Obergrenzen für Versicherungsarbeiten eingeführt. Genau dieser Mechanismus – und nicht etwa vom Konsumenten aus eigenem Antrieb und aus eigener Kompetenz angestellte Preisvergleiche!¹¹⁵ – führt nun aber dazu, daß den unabhängigen Werkstätten ein großer Teil des Reparaturgeschäfts entgeht¹¹⁶.

Ungeachtet der festgestellten wettbewerblchen Benachteiligung der unabhängigen Werkstätten hat die FTC das Distributionssystem akzeptiert. Sie hat dabei zwei von GM vorgetragene Begründungen geprüft: den Zusammenhang der Ersatzteilversorgung mit dem Neuwagengeschäft und die Kosten einer etwaigen Öffnung des Vertriebssystems. Die erste Begründung hat die FTC zurückgewiesen: Die Bevorzugung der Vertragshändler gründe sich weder auf einer überlegenen Qualifikation für Reparaturen noch sei sie zur Sicherung der Loyalität der Händler erforderlich¹¹⁷. Von dem zweiten Gesichtspunkt jedoch ließ die FTC sich überzeugen: Die Einbeziehung der Crash Parts in das allgemeine Distributionssystem von GM sei „logisch und effizient“; eine Öffnung des Systems würde einen erheblichen bürokratischen Aufwand und nicht unbeträchtliche Kosten verursachen. Den in dem Dissent von Commissioner Pertschuk erhobenen Ein-

112 22, 328 ff.

113 22, 392 ff.

114 22, 332 ff.

115 Vgl. dazu auch Kap. 2, 4.1.

116 22, 338 f.; zu den Auswirkungen vgl. näher 22, 339 ff.

117 22, 344 f.

wand, die Argumentation von GM sei insoweit unsubstantiiert und als Rechtfertigung für die festgestellte erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs unzureichend¹¹⁸, weist die Mehrheit zurück: „De minimis or speculative transactions costs will be given small weight but reasonable projections of significant change-over costs must be heeded. In this case GM has shown that a course of selective dealing gives it satisfactory market penetration with as lean a distribution system as possible. It has also shown that sizeable costs would accompany an expansion of the system, without any offsetting gain to GM. Certainly, if system-wide distribution costs were to increase, consumers would soon face higher repair costs on crash-damaged vehicles“.¹¹⁹

118 22, 350 f.

119 22, 346.

WETTBEWERBS- UND VERBRAUCHERPOLITISCHE KRITERIEN ZUR BEURTEILUNG SELEKTIVER VERTRIEBSSYSTEME

Die Beschäftigung mit dem Automobilsektor und dem einschlägigen Recht des selektiven Vertriebs hat eine paradoxe Konsequenz: Angesichts der Vielfalt der Daten und der einander widersprechenden Argumente wird das Bedürfnis nach theoretischen Orientierungen unabweisbar; aber die wirtschaftliche und rechtliche Praxis erweist sich dann auch wieder als unverzichtbare Kontrollinstanz gegenüber abstrakt-konzeptionellen Entwürfen. Damit ist das Thema und das Ergebnis der folgenden Erörterungen vorweggenommen. Es geht zunächst um eine Klärung der Kategorie des Verbraucherinteresses (1.), sodann um eine Auseinandersetzung mit Aussagen der Wettbewerbstheorie zu vertikalen Bindungen (2.1.–2.4.) und schließlich um eine erste Auswertung dieser Übersicht (2.5.).

1. Verbraucherprobleme im After Sales-Geschäft

Das 1. Kapitel¹ hat sich zur Bestimmung der Kategorie des Verbraucherinteresses mit einem formalen Konzept der Wahlfreiheit begnügt, das keine Vorentscheidung über den Inhalt dieser Interessen trifft, sondern mit höchst unterschiedlichen Verbraucherpräferenzen rechnet, das dann allerdings die Forderung nach einer Respektierung unterschiedlicher Verbraucherpräferenzen nahelegt. Dieses Konzept beansprucht keineswegs, der gesellschafts-, wirtschafts- und umweltpolitischen Problematik des Automobils Rechnung zu tragen und der Verbraucherpolitik eine insgesamt zureichende Orientierung zu geben². Seine Eignung für die Fragestellungen dieser Studie ergibt sich aber zum einen aus dem marktwirtschaftlichen Kontext der Distribution von Kfz-Ersatzteilen und zum anderen daraus, daß gerade das europäische Recht Verbraucherinteressen im Rahmen *wettbewerbsrechtlicher* Regulierungen Rechnung tragen kann und muß.

Die Untersuchungen des 2. Kapitels erlauben es nun, die aus dem Konzept der Wahlfreiheit bloß abstrakt deduzierten verbraucherpolitischen Postulate mit konkreteren Inhalten zu füllen. Eine Konkretisierung i.S. allgemeiner inhaltlicher

1 Kap. 1, 3.2.

2 Vgl. Kap. 1, 4. sowie zu den systematischen Zusammenhängen zwischen der Bestimmung von Verbraucherproblemen, Verbraucherinteressen und Verbraucherpolitik z.B. Stauss, Verbraucherinteressen. Gegenstand, Legitimation und Organisation, 1980, 30 ff.; Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, 1981, 30 ff.

Festlegungen aber – dies sei zur Vermeidung von Mißverständnissen nochmals betont – kann dabei nicht beabsichtigt sein. Ebenso wie die Marketing-Entscheidung der Unternehmung, muß auch die Verbraucherpolitik mit divergierenden Präferenzen rechnen; sie kann diese Präferenzen nicht nivellieren, sondern muß sich – und auch dies entspricht jedenfalls in einem entscheidungslogischen Sinne der Situation der Anbieterseite – bei ihren Empfehlungen auf divergierende Zielsetzungen einstellen: Sicherheit, technisch-funktionelle Qualität, Information, Werbung, Umweltverträglichkeit, Distribution und Warenpräsentation fordern ihren je spezifischen Preis; so wenig diese Leistungskomponenten von den Unternehmungen alle gleichzeitig beliebig gesteigert oder auch nur in eine widerspruchsfreie Rangskala gebracht werden können, sowenig darf die Verbraucherpolitik bei ihrer Beurteilung von Konsumentenproblemen die Interdependenzen und Zielkonflikte zwischen den einzelnen Leistungsparametern vernachlässigen.

1.1. Sicherheitsinteressen

In allen Diskussionen um die Rangfolge von Schutzzielen nehmen Sicherheitsinteressen einen unangefochtenen ersten Platz ein. Dieser Konsens sollte nicht darüber hinwegtäuschen, daß auch die Sicherheit von Kfz-Teilen als Entscheidungsproblem gesehen werden kann und muß. Dies hat sich nicht nur in den Auseinandersetzungen um die Abgrenzbarkeit der sicherheitsrelevanten von anderen Teilen gezeigt³, sondern ergibt sich ganz allgemein daraus, daß die Sicherheit bei der Konstruktion und bei der Fertigungskontrolle zwar immer weiter gesteigert werden kann, daß diese Steigerung aber bezahlt werden muß⁴. Der Konsens über den Stellenwert von Sicherheitsinteressen drückt sich aber immerhin in einer grundsätzlichen Anerkennung präventiver und reaktiver Schutzmaßnahmen aus, die teils ein Mindestniveau an Sicherheitsstandards vorgeben (diese also den Entscheidungsmechanismen des Marktprozesses entziehen), teils an die Verletzung von Integritätsinteressen unabdingbare vertragsrechtliche oder deliktsrechtliche Haftungsfolgen knüpfen (also durch sicherheitsspezifische Pflichtprogramme auf eine entsprechende Produktpolitik hinwirken). So werden nach deutschem Recht Sicherheitsinteressen im Rahmen der Erteilung der Allgemeinen Betriebserlaubnis (§ 20 StVZO) oder der Betriebserlaubnis für Fahrzeugteile (§ 22 StVZO) geschützt. Der Produzentenhaftung unterliegen Hersteller wie Zulieferer⁵, wobei

- 3 Der in der BMW-Entscheidung der Kommission (ABL L 29 v. 3.2.1975, 1) beurteilte Vertrag und auch die frühere „Freiliste“ der Volkswagenwerk-AG haben diese Entscheidungsmöglichkeit vorausgesetzt, allerdings immer auch schon als einen Kompromiß gegenüber den Forderungen nach einer Lockerung der Bezugsbindungen verstanden (Interview mit der Volkswagenwerk-AG v. 26.8.1983); vgl. auch Monopolies and Mergers Commission, para. 6.48.
- 4 Vgl. nur Buchanan, In Defense of *Caveat Emptor*, University of Chicago Law Review 38 (1970), 64 ff., der hieraus seine Kritik der Produzentenhaftung ableitet.
- 5 Vgl. zur Haftung des Zulieferers nach deutschem Recht Brüggemeier, Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB, WPM 1982, 1294 ff., 1305 f.

der Hersteller überdies für eine pflichtwidrige Auswahl des Zulieferunternehmens eintreten muß⁶. Es gibt überdies eine deliktsrechtliche Berufshaftung der Vertragshändler⁷. „Produzenten“ sind aber auch die Reparaturwerkstätten – der Einbau von Teilen im Rahmen der Reparatur ist ebenso „Produktion“ wie der Einbau der Zulieferteile durch den Kfz-Hersteller⁸. Es erscheint dann auch nur konsequent, den Reparaturunternehmer für eine nachlässige Lieferantenauswahl deliktsrechtlich verantwortlich zu machen⁹ – für den Import aus Drittstaaten, der insbesondere Nachbauteile betreffen kann, hat der BGH dies ausdrücklich anerkannt¹⁰. Der BGH hat zudem in seiner Gaszug-Entscheidung¹¹ eine Einstandspflicht des Herstellers für Schäden statuiert, die infolge eines fehlerhaften Teils am Neuwagen entstehen. Auch wenn der konstruktive Ansatz dieses Urteils dogmatisch nicht überzeugt¹², ist hervorzuheben, daß der BGH jedenfalls im Ergebnis legitimen Schutzbedürfnissen des Endverbrauchers Rechnung trägt – und wiederum erscheint es nur konsequent, die Lieferanten von Reparaturwerkstätten einer entsprechenden (Regreß-)Haftung auszusetzen. Hier kann weder auf die von der britischen Price Commission angesprochene wettbewerbspolitische Problematik der deutschen Zulassungsbestimmungen für Kfz-Teile¹³, noch auf den Stand des Rechts der Produzentenhaftung näher eingegangen werden. Festzuhalten ist nur, daß sich aus dem „präventiven“ Zulassungsrecht und dem „reaktiven“ Haftungsrecht ein von den selektiven Vertriebssystemen unabhängiger und unabdingbarer Schutz von Sicherheitsinteressen ergibt, daß die entsprechenden Rechtsnormen zwischen unterschiedlichen Konsumentengruppen nicht diskriminieren dürfen.

1.2 Qualitätssicherung

Im Vordergrund der Diskussion um die Vertriebssysteme für Kfz-Teile stehen aber nicht die Sicherheitsinteressen¹⁴, sondern vielmehr der Beitrag selektiver

6 Vgl. BGHZ 67, 359 – „Schwimmerschalter“; BGH VersR 1960, 855 – „Kondensator“; BGH NJW 1975, 1827 – „Spannkupplungen“.

7 Vgl. BGH NJW 1978, 2241 – „Hinterreifen“; BGH NJW 1981, 2250 – „Asbestzementplatten“.

8 VGH VersR 1978, 722; BGH VersR 1978, 515.

9 Vgl. BGH VersR 1978, 722, 723, wo eine Pflicht der Vertragswerkstatt zur Begutachtung der Informationen des Herstellerwerks statuiert wird.

10 BGH VersR 1983, 344; vgl. zur Bedeutung des „Nachbaus“ Kap. 2, 2.2.4.

11 BGH NJW 1980, 1219.

12 Vgl. Brüggemeier, Die vertragsrechtliche Haftung für fehlerhafte Produkte und der deliktsrechtliche Eigentumsschutz nach § 823 Abs. 1 BGB, VersR 1983, 501 ff.

13 Price Commission, Prices, Costs and Margins in the Manufacture and Distribution of Carparts, HMS 1979, para. 10.21 (e), 10.38 (b).

14 Vgl. die Feststellung der Monopolies and Mergers Commission, para. 6.50.: „There is no evidence of any significant threat to road safety from unsafe parts being supplied through the non-franchised sector of the market“ (vgl. dazu Kap. 4, 2.2.3.5.).

Vertriebssysteme zur Gewährleistung des von dem Kfz-Hersteller angestrebten, über die Mindest-Sicherheitsstandards hinausgehenden Qualitätsniveaus von Ersatzteilen¹⁵. Dabei legt es nun das Konzept der Wahlfreiheit des Konsumenten nahe, die Sicherung der Qualitätserwartungen als Entscheidungs- und damit auch als Informationsproblem zu behandeln. Diese Problemfassung erlaubt es, der Lage des Endverbrauchers Rechnung zu tragen, ohne daß dazu der im Rahmen wettbewerbspolitischer und -rechtlicher Diskussionen maßgebliche theoretische Kontext verlassen werden müßte.

In einem Landmark-Artikel aus dem Jahre 1970 hat Nelson die Unterscheidung zwischen „search qualities“ und „experience qualities“ eingeführt¹⁶. „Suchqualitäten“ können durch einen Vergleich mehrerer Produkte vor dem Kauf beurteilt werden. „Erfahrungsqualitäten“ kommen erst beim Gebrauch oder Verbrauch zum Vorschein¹⁷. Bei „credence qualities“ schließlich¹⁸ ist die Leistung des Produkts mit Sicherheit überhaupt nicht auszumachen – Beispiele hierfür bieten die Heilungswirkungen und die Nebenwirkungen von Medikamenten und die Qualität ärztlicher Dienstleistungen.

Die Pointe der Informationsökonomie liegt in den Konsequenzen dieser Differenzierungen. Bei Erfahrungsgütern besteht nämlich die Gefahr, daß Anbieter das Qualitätsniveau senken und mit Hilfe ihrer dadurch gesenkten Produktionskosten die Anbieter einer besseren Qualität vom Markt verdrängen oder einen allgemeinen Qualitätsverfall induzieren – Akerlof hat dies am Beispiel des Gebrauchtwagenmarktes demonstriert¹⁹.

Kfz-Ersatzteile sind keine „Suchgüter“. Sie gehören bestenfalls zu den Erfahrungsgütern, wobei selbst diese Zuordnung einen Endnachfrager voraussetzt, der seine Erfahrungen mit Ersatzteilen speichert und Vergleiche mit konkurrierenden Produkten anstellt. Um diese Entscheidungsschwierigkeiten zu bewältigen, muß der Verbraucher sich nach Qualitätsindikatoren umsehen. Er kann vergleichende Warentests zu Rate ziehen, nach dem relativ teuersten Ersatzteil fragen, auf den Ruf der Werkstatt setzen, auf die Marke des Teileproduzenten oder auf dessen Eigenschaft als Zulieferer vertrauen – oder eben auf Originalteilen des

15 Der Qualitätsbegriff wird hier in seiner technisch-funktionellen Bedeutung verwendet (vgl. dazu Kap. 3, 3. bei Fn. 39).

16 Nelson, Information and Consumer Behaviour, Journal of Political Economy 78 (1970), 311 ff.

17 Daß diese Differenzierungen im Einzelfall schwer durchführbar sind, versteht sich von selbst.

18 Zur Entwicklung dieser Kategorie vgl. Hauser, Qualitätsinformationen und Marktstrukturen, Kyklos 32 (1979), 739 f., 747 f.

19 Akerlof, The Market for „Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics 84 (1970), 488 ff.; siehe auch Conrad, Advertising Quality and Informationally Consistent Prices, ZGS 138 (1982), 680 ff.

Herstellers bestehen. Alle diese Qualitätsindikatoren haben ihre Schwächen. Vergleichende Qualitätstests sind kaum verfügbar; der Preis ist als Qualitätsindikator wenig verlässlich²⁰; die Markenzeichen der Teilehersteller sind Industrie und Handel, nicht aber dem Endverbraucher hinlänglich bekannt; Großhändler und Werkstätten sind ihrerseits technisch nicht dazu ausgerüstet, eigene Qualitätskontrollen durchzuführen; und selbst die Entscheidung für das Originalteil ist nicht unproblematisch: sie gewährleistet nur die Eignung des gewählten Teils, aber lediglich bei denjenigen Herstellern, die eine zentrale Qualitäts(nach)kontrolle der „Originalteile“ eingerichtet haben, wirkt sie gegenüber den Identteilen risikomindernd; denjenigen PKW-Besitzern schließlich, die von der Qualität ihres Fahrzeugs enttäuscht sind, ist auch mit geprüften „Originalteilen“ nicht gedient.

Die Entscheidungsschwierigkeiten des Konsumenten sind durch zusätzliche Informationen nicht auflösbar²¹. Eine technisch adäquate Information würde nur zu einem „information overload“ führen²² – der Verbraucher kann die für eine „richtige“ Qualitätsentscheidung erforderliche Information letztlich nicht verarbeiten. Eine Delegation der Qualitätsentscheidung vom Konsumenten auf andere Disponenten erweist sich mithin als unumgänglich. Gefragt werden kann sinnvollerweise nur, wie diese Delegation beschaffen sein soll. Alle hierzu unterbreiteten Vorschläge haben entweder technische, ökonomische oder wettbewerbspolitische Nachteile. Den Gedanken, unabhängige Prüfstellen einzurichten, hat die britische Price Commission erörtert, aber als unpraktikabel verworfen²³. Den Herstellern kann man eine Publikation ihrer Spezifikationen²⁴, aber kaum die technische Prüfung der Qualität konkurrierender Teile abverlangen. So bleibt die Wahl zwischen den Fachkenntnissen von Vertragshändlern und anderen Werkstätten, auf die namentlich auch die Monopolies and Mergers Commission setzt²⁵, der durch den Hersteller verordneten Bezugsbindung und der Hinweispflicht des Vertragshändlers bei der Verwendung von Fremdteilen. Die Entscheidung zwischen diesen Alternativen darf freilich nicht ausschließlich als Problem der Qualitätssicherung verstanden werden, sondern muß die Interdependenzen der einzelnen Leistungsparameter bedenken²⁶.

20 Vgl. Diller, Der Preis als Qualitätsindikator, Die Betriebswirtschaft 37 (1977), 219 ff.; Dardis/Gieser, Price and Quality of Durable Goods: Are They More Closely Related in the Seventies than in the Sixties, ZVP/JCP 4 (1980), 238 ff.

21 Vgl. demgegenüber die Annahmen von Heidrich, Konsumentenwissen und Wettbewerb, 1981, 66 ff., der auf eine selbsttätige Behebung des Informationsproblems durch das Erfahrungswissen der Konsumenten vertraut (vgl. dazu unten 2.2.2.).

22 Vgl. zu diesem Theorem z.B. Raffée/Fritz, Informationsüberlastung des Konsumenten, in: Hayos/Kroeber-Riel/von Rosenstiehl/Strümpel (Hrsg.), Grundbegriffe der Wirtschaftspsychologie, 1960, 83 ff.

23 Vgl. Kap. 4, 2.2.4.1. bei Fn. 39.

24 Vgl. Kap. 4, 4.3.4. bei Fn. 89.

25 Vgl. Kap. 4, 2.2.3.5. (2).

26 Vgl. unten 1.6.

1.3 Preistransparenz

Mangelnde Preistransparenz führt nach den in der Informationsökonomie entwickelten Modellen unabhängig von der Marktstärke der Konkurrenten zu überzogenen Preisen. Sind nämlich die „Informationskosten“ eines Vergleichs für den Verbraucher hoch, so kann ein Anbieter durch eine Niedrigpreispolitik keine zusätzlichen Käufer anziehen, eine geringe Gewinnmarge also nicht durch eine Erhöhung seiner Verkaufszahlen wettmachen. In der Verbindung mit Qualitätsunsicherheiten verstärkt sich dieser Effekt, weil Verbraucher, die sich am Preis als Qualitätsindikator orientieren, durch eine für sie günstige Preispolitik nur abgeschreckt würden. Die Untersuchungen des 2. Kapitels haben eine Vielzahl von Anhaltspunkten für ein „Verbraucherversagen“ beim Einkauf von Ersatzteilen erbracht. Ein Überschreiten der vom Hersteller vorgegebenen unverbindlichen Preisempfehlung in Vertragswerkstätten wird nicht von Kunden, sondern allenfalls von Versicherern oder auch von den Herstellern bemerkt²⁷, Einkaufsvorteile beim Ersatzteilbezug offenbar nicht an den Kunden weitergegeben²⁸. Anders als in Großbritannien, wo die Monopolies and Mergers Commission einen allgemeinen – wenn auch nicht quantifizierten – Preisvorteil für Ersatzteile in den ungebundenen Werkstätten feststellt²⁹, garantiert das Image der ungebundenen Werkstätten keineswegs einen entsprechend niedrigeren Preis³⁰. Andererseits führen die Einkaufsvorteile, die der Hersteller beim Bezug von Ersatzteilen genießen dürfte³¹, auch nicht zu einem gegenüber dem Zweiten Vertriebsweg günstigeren Endabgabepreis. Die Hoffnung, der Interbrand-Wettbewerb beim Neuwagengeschäft erzwingen ein günstiges Preisniveau beim Ersatzteilvertrieb, wird zwar von einigen Herstellern geteilt³²; allgemein begründet erscheint sie aber nicht³³.

Informationspolitische Maßnahmen zur Erhöhung der Markttransparenz für den Endverbraucher dürften bei den Preisen erheblich erfolgreicher sein als in bezug auf die Qualität. Zu bedenken ist aber wiederum die Interdependenz der Leistungskomponenten und der Stellenwert des Arbeitskostenanteils in den Reparaturrechnungen. Zu bedenken ist ferner, daß informationspolitische Maßnahmen, die den Preiswettbewerb aktivieren sollen, entsprechende Handlungsspielräume der Wettbewerber voraussetzen. Selbst wenn es gelingt, den Preiswettbewerb um den Händler durch einen verstärkten Preiswettbewerb um den Endabnehmer zu ergänzen, kann dies bei den „captive parts“ zu einem „Systemwettbewerb“ nur führen, soweit hier Nachbauer mit günstigeren Konditionen als die Vertragswerkstätten auftreten.

27 Vgl. Kap. 2, 4.1.2. bei Fn. 183 ff.

28 Vgl. Kap. 2, 4.1.2. bei Fn. 192 f.

29 Vgl. Kap. 4, 2.2.3.4. und 2.2.4.2.

30 Vgl. Kap. 2, 4.1.2. bei Fn. 192.

31 Vgl. Kap. 2, 2.2.1.

32 Vgl. Kap. 2, 4.1.1.

33 Schweizerische Kartellkommission, 220.

1.4. Distribution

Das Interesse des Verbrauchers an der Logistik des Ersatzteilvertriebs resultiert einfach aus dem Interesse an der Verfügbarkeit seines Fahrzeugs. Unbestritten haben die Kraftfahrzeughersteller diesem Interesse durch ihre Absatzsysteme mehr oder weniger perfekt Rechnung getragen³⁴. Rebus sic stantibus ist insoweit die Verknüpfung von Neuwagen- und After Sales-Geschäft eine Realität und ein Faktor des Interbrand-Wettbewerbs der Hersteller. Der Umstand, daß die Hersteller heute allein die rasche und umfassende Versorgung auch mit schwergängigen Teilen gewährleisten können, ist nun allerdings selbst diskussionsbedürftig. Fairerweise hat ein Vergleich mit den Leistungen des Zweiten Vertriebswegs zu berücksichtigen, daß die Automobilhersteller durch die vertikale Integration der Großhandelsstufe den Aufbau eines konkurrierenden Vertriebssystems für schwergängige Teile ausgeschlossen und den ungebundenen Großhandel insoweit auf Nachbauteile verwiesen haben. Beschränkt man aber den Vergleich auf diejenigen Geschäftsbereiche, die beiden Vertriebssystemen zugänglich sind, so fällt es schon erheblich schwerer, zu eindeutigen Wertungen zu kommen³⁵.

1.5. Reparaturarbeiten

Ersatzteile werden, wenn man von den Do it Yourself-Reparateuren absieht, immer nur in Verbindung mit der Arbeitsleistung von Werkstätten nachgefragt und berechnet. Die Beurteilung von Qualität und Preis dieser Arbeitsleistungen stellt sich für den Verbraucher als zumindest ebenso schwierig dar wie die von Ersatzteilen und aus der Verkoppelung beider Leistungsparameter ergeben sich für die Werkstätten schwer nachprüfbare Handlungsspielräume: Hohe Ersatzteilpreise und ein niedriger Arbeitskostenanteil können eine in Wahrheit nicht vorhandene Preiswürdigkeit suggerieren, niedrige Arbeitswertsätze über hohe Stundenzahlen kompensiert werden usw.

Die Ergebnisse des letzten Werkstatt-Tests der Stiftung Warentest illustrieren die Situation in einer zwar nicht hinlänglich repräsentativen, aber eben doch symptomatischen Weise³⁶.

Die Inspektoren der Stiftung hatten an neuen PKW's Defekte präpariert (Schließwinkel im Zündverteiler/Zündzeitpunkt/Benzin-Luft-Gemisch im Leerlauf/Keilriemenspannung/Schlauch der Unterdruckzündverstellung) und die präparierten Fahrzeuge bei 36 freien und 88 gebundenen Werkstätten zur Reparatur gegeben. Die Inspektoren beschrieben die Symptome der produzierten Defekte: „Der Wagen zieht schlecht, es gibt Probleme beim Anlassen, und es sind Quietschgeräusche beim Auffahren zu hören,

34 Vgl. Kap. 2, 4.3.

35 Vgl. Kap. 2, 3.2.

36 Test 18 (1983/10), 22 ff.

wenn das Fahrzeug kalt ist“. Die Ergebnisse sind für das Reparaturgewerbe insgesamt unerfreulich und gerade für die Vertragswerkstätten alles andere als schmeichelhaft. Von den freien Werkstätten fanden lediglich 27 % die eingebauten Fehler, von den Vertragswerkstätten aber auch nur 37 %. Aber bei den Vertragswerkstätten wurden vielfach überflüssige Arbeiten ausgeführt, die sich in entsprechend überzogenen Rechnungen niederschlugen³⁷. Die Stiftung Warentest schätzt den erforderlichen Aufwand auf 70, - - und sie bewegt sich damit im Rahmen der von den Herstellern gegebenen Kalkulationshilfen, die zwischen DM 55, - - und DM 115,- veranschlagen. Tatsächlich wurden von den Vertragswerkstätten bis zu DM 652,- verlangt.

Die Untersuchung der Stiftung Warentest ist die relativ gründlichste, die wir bei unserer Durchsicht von Automobilzeitschriften im In- und Ausland gefunden haben. Eine Basis für allgemeine Aussagen zur Leistungsfähigkeit gebundener und freier Werkstätten erlaubt sie indessen nicht. Zum einen blieb die Zahl der getesteten Werkstätten eindeutig unterhalb der für statistische Zwecke erforderlichen Relevanzgrenze. Zum anderen resultierten die überzogenen Preise der Vertragswerkstätten in erster Linie aus Fehldiagnosen, die in dieser Form bei zahlreichen Reparaturaufträgen, insbesondere bei Unfallreparaturen kaum vorstellbar sind. Und schließlich hat der Test die Befähigung der Werkstätten zur Durchführung komplizierter Reparaturen nicht untersucht. Ungeachtet all dieser Vorbehalte dürfen die Testergebnisse als eine Bestätigung unserer allgemeinen Beobachtungen und Überlegungen gelten: Auch wenn man davon ausgeht, daß der Aufbau markengebundener Werkstattketten tatsächlich das Risiko von Fehlentscheidungen des Reparaturkunden vermindern hilft, so bleibt die Werkstattwahl angesichts der unübersehbaren Leistungsdifferenzen innerhalb der gebundenen Werkstätten³⁸ und angesichts der Gefahr einer extensiven (materialintensiven) Interpretation von Reparaturaufträgen³⁹ zumindest für einen erheblichen Teil dieser Aufträge beträchtlich⁴⁰. Die Entscheidungssituation des Verbrauchers wird nun aber durch die Existenz konkurrierender Angebotsformen nur begrenzt verbessert. Von einer *generell* größeren Preiswürdigkeit der ungebundenen Werkstätten kann – jedenfalls in der Bundesrepublik – weder in bezug auf die Ersatzteilpreise noch in bezug auf die Reparaturarbeiten die Rede sein⁴¹. Selbst Erhebungen über die Kundenzufriedenheit, die sich bei den ungebundenen Werkstätten als relativ hoch erweist, sind keine verlässlichen Indikatoren, weil sich diese Zufrie-

37 Das krassste Beispiel ist der Einbau einer neuen Kupplung durch eine VW-Vertragswerkstatt.

38 Vgl. den Testbericht in ADAC Motorwelt 1981/9, 29 ff. (= Test 1981/9, 14 ff.); *Motoring Which* 1981/1, 39 ff.; vgl. auch die Feststellungen der Federal Trade Commission im General Motors-Fall, *Trade Regulation Reports* 1982, § 21, 931 (22, 337) zur Leistungsfähigkeit ungebundener Werkstätten.

39 Test 1983/10, 22 ff., 29.

40 Vgl. auch Price Commission (Fn. 13), para. 3.34.

41 Vgl. Kap. 2, 4.1.2. bei Fn. 192; unsere Bemühungen um eine systematische Auswertung von Reparaturrechnungen unterschiedlicher Werkstätten scheiterten an der mangelnden Zugänglichkeit der an sich verfügbaren Daten.

denheit offenbar wesentlich aus dem engeren persönlichen Kontakt in den kleinen Werkstätten erklärt⁴². Schließlich bleiben bei der Beurteilung des Preisverhaltens der ungebundenen Werkstätten deren Ausgangsbedingungen auf dem Reparaturmarkt zu bedenken. Diese Werkstätten sind, was die Ersatzteilpreise angeht, nur bei den wettbewerbsgefährdeten Teilen zu einer eigenständigen Preispolitik in der Lage, während sie bei den „captive parts“ ungünstigere Bezugskonditionen hinnehmen müssen⁴³. Vergegenwärtigt man sich wiederum, daß es sich bei den ungebundenen Werkstätten um relativ kleine Betriebe handelt, die zu einer eigenständigen Preiskalkulation betriebswirtschaftlich kaum in der Lage sind⁴⁴, daß überdies die Preisinformation der Reparaturkunden in bezug auf die Ersatzteilpreise relativ gering ist, so können die augenscheinlichen Beschränkungen der Wettbewerbsintensität im Reparaturgeschäft kaum überraschen⁴⁵.

1.6. Die Verkoppelung der Leistungskomponenten und die soziale Schichtung der Verbraucher

Ebenso wie die Unternehmungen bei der Gestaltung ihrer Absatzpolitik die unterschiedlichen Leistungskomponenten aggregieren müssen, haben Endverbraucher die Qualität von Teilen und Dienstleistungen, die rasche Verfügbarkeit und den Preis abzuwägen. Das Postulat einer Wahlfreiheit der Konsumenten, die sich ebenso wie die Marketingfreiheit der Anbieterseite auf die „Bündelung“ der Leistungskomponenten erstreckt, birgt hier aber einigen Konfliktstoff. Konsumenten können auf das Dienstleistungs-Know-How der Vertragswerkstatt ihres Fabrikats Wert legen, gleichzeitig aber deren Originalteile ablehnen, sei es, weil sie von der Qualität dieser Marke nicht (mehr) überzeugt sind, sei es, weil sie, etwa im Hinblick auf das Alter ihres Fahrzeugs oder einfach aus Kostengesichtspunkten, eine Alternative zum regulären Teileangebot der Vertragswerkstatt suchen – solche Präferenzen sprechen gegen Bezugsbindungen. Reparaturkunden können umgekehrt auch den Arbeitsstil ungebundener Werkstätten bevorzugen, dort aber eine Verwendung von Originalteilen vorziehen oder auf die Verwendung von „captive parts“ angewiesen sein – sie müssen dann die relativ ungünstigeren Ausgangsbedingungen bei der Preiskalkulation der gewählten Werkstatt hinnehmen und bezahlen. Das Interesse an derartigen Kombinationen ergibt sich nicht bloß aus abstrakten Modellen, sondern entspricht der sozialen Schichtung der Verbraucherschaft. Die allgemeine Beobachtung, daß Unterschiede in der Einkommenslage und unterschiedliche Wertorientierungen zu einer unterschiedlichen Konsumentennachfrage führen, ist auch im After Sales-Geschäft des Automobil-

42 Vgl. dazu die im Auftrag des Zentralverbandes des Kraftfahrzeuggewerbes vom Institut für technische Betriebsführung im Handwerk erstellte Studie „Reparatur- und Wartungsverhalten der deutschen Autofahrer“, 1977, 50 ff.

43 Vgl. Kap. 6, 4.2. sowie Kap. 2, 1.3.1.1.

44 Vgl. Kap. 2, 4.1.2. bei Fn. 193.

45 Vgl. auch Monopolies and Mergers Commission, para. 6.29. f.

marktes gültig. Sie dürfte den weitgehenden Verzicht vor allem der Gebrauchtwagenkäufer und der Eigentümer alter Fahrzeuge auf die Inanspruchnahme von Vertragswerkstätten und die Entwicklungen des Do It Yourself-Sektors ganz unabhängig davon erklären, ob die Werkstattwahl tatsächlich einem ökonomisch rationalen Verhalten entspricht. Das Interesse an Alternativen zum regulären Angebot der Vertragswerkstätten ist auch nicht markenspezifisch begrenzt. Auch Prestigefahrzeuge haben eine in ihrer Interessenlage differenzierte Kundschaft.

1.7. Verbraucherprobleme und Wettbewerbspolitik

Zwischen allen angesprochenen Verbraucherproblemen gibt es einen über die Informationsökonomik erschließbaren Zusammenhang. Aber dieser Zusammenhang legt nicht etwa gleichartige Reaktionsmuster, sondern vielmehr ein differenziertes Maßnahmebündel nahe. Sicherheitsinteressen sind, soweit das staatliche Recht Mindeststandards und Sorgfaltspflichten festlegt, den Entscheidungen der Marktbeteiligten entzogen – auch der Konsument kann sich insoweit nicht aus Preisgründen für zu riskante (auch Dritte gefährdende) Produkte „entscheiden“. Dem Preisinteresse des Konsumenten kann die Verbraucherpolitik durch Anforderungen an die Preistransparenz der Angebotsleistungen Rechnung tragen, aber die Wirkungsmöglichkeiten solcher Maßnahmen bleiben im Hinblick auf die grosse Zahl der in Betracht kommenden Teile und wegen der Verkoppelung von Ersatzteil- und Reparaturpreis begrenzt. Erst recht gilt dies für die Qualität von Ersatzteilen, deren technische Beurteilung nicht nur den einzelnen Verbraucher, sondern auch die Kapazitäten von Testorganisationen überfordern dürfte. Die Wahrnehmung von Verbraucherinteressen muß daher delegiert werden, und es gilt, die geeigneten Mechanismen und Träger zur Beförderung dieses Interesses zu identifizieren. Dabei sprechen die unterschiedlichen Elemente des Konsumenteninteresses für differenzierte Konsequenzen: Aus der Wahlfreiheit des Konsumenten ergibt sich die Forderung nach einer „Entkoppelung“ von Reparaturleistung und Teilegeschäft und nach einer Auflockerung der Vertriebsbindungen. Andererseits haben sich sowohl in bezug auf die Qualität wie in bezug auf das Preisinteresse die Vertragshändler und sonstigen Werkstätten, die im Falle einer Aufhebung der Vertriebsbindungen zum Treuhänder des Verbraucherinteresses avancieren, ebenfalls nicht als unbedingt verlässliche Garanten dieses Interesses erwiesen. Aus den drei genannten Gesichtspunkten – der Wahlfreiheit des Konsumenten, der Informationsproblematik und der Risiken des bloßen Händlerwettbewerbs – ergibt sich der leitende Gesichtspunkt der folgenden Analysen. Gefragt werden soll, ob und unter welchen Bedingungen selektive Vertriebssysteme geeignet sind, die Risiken der Konsumententscheidung bei der Produktwahl zu begrenzen.

Mit dieser verbraucherpolitisch inspirierten Fragestellung werden an die wettbewerbspolitische Grundlagendiskussion gleichsam von außen Beurteilungskriterien

herangetragen, die dort nicht ohne weiteres konsensfähig sind. Ungeachtet aller Bekenntnisse zu den Interessen der Verbraucher, die zu den Gemeinplätzen wettbewerbspolitischer Generalreferate zu gehören pflegen, entspricht den unterschiedlichen Grundpositionen in der Wettbewerbspolitik eine je spezifische Bestimmung des Verbraucherinteresses und seiner Rolle in der Wettbewerbspolitik: Die Konsumentenwohlfaht, von der in der Chicago-Schule die Rede ist, wenn dort das Antitrustrecht auf die Förderung „ökonomischer Effizienz“ festgelegt wird, ist mit den Schutzziele, die vom „Konzept der Wettbewerbsfreiheit“ propagiert werden, nicht ohne weiteres und mit den Schutzmaßnahmen und Einflußchancen, die von Vertretern (statischer oder dynamischer) Konzepte des funktionsfähigen Wettbewerbs zugunsten der Konsumenten vorgesehen werden, keineswegs vereinbar. Nun sollen hier allerdings spezifisch verbraucherpolitische Fragestellungen nicht etwa zu einem für die Wettbewerbstheorie und -politik unmittelbar maßgeblichen Beurteilungskriterium erhoben werden. Die Eigenständigkeit der wettbewerbspolitischen Diskussion bleibt durchaus gewahrt, wenn man herauszufinden versucht, wie dort Verbraucherinteressen definiert und gesichert werden – und wenn dann aus divergierenden Festlegungen der Wettbewerbstheorie gefolgert wird, daß *entweder* bestimmte wettbewerbspolitische Maßnahmen den Verbraucher hinreichend sichern *oder* die Interessen der Konsumenten durch besondere verbraucherpolitische Maßnahmen geschützt werden müssen. Hierauf wird noch zurückzukommen sein.

2. Wettbewerbstheorie

Die wettbewerbspolitische Diskussion über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen wird seit langen Jahren in derart großer Intensität und Breite geführt, daß eine Auswahl unter den Angeboten der Theorie unerläßlich ist, freilich auch begründet werden muß. Dieser Abschnitt wird die amerikanischen „new economics“ an die Spitze stellen, weil dieser Ansatz nicht nur in den USA, sondern vor allem auch in Großbritannien wichtige Diskussionsanstöße zu einer Reformulierung der Wettbewerbspolitik geliefert hat und weil auf seiner Basis auch die Praxis des europäischen Wettbewerbsrechts am entschiedensten in Frage gestellt worden ist (2.1.). An zweiter Stelle werden Vertreter des in der deutschen Literatur dominierenden Konzepts der Wettbewerbsfreiheit zu Wort kommen; diese Zweitplatzierung rechtfertigt sich daraus, daß bislang der realistische Kern der amerikanischen Theorien, nämlich der vertikale „Durchgriff“ von der Hersteller- auf die Endabnehmerstufe, in der deutschen Diskussion noch vernachlässigt wird und die – leider überwiegend älteren – Aussagen der Vertreter des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit möglicherweise die nach der Fortentwicklung ihres theoretischen Ansatzes fälligen Konsequenzen noch nicht formuliert haben (2.2.). Die von Tietz entwickelte Theorie des Gruppenwettbewerbs ist zwar in der juristischen Literatur bislang wenig beachtet worden; aber ihre Relevanz belegt zur Genüge der Umstand, daß diese Theorie dem Selbstverständnis aller deutschen

Automobilhersteller entspricht (2.3.). Behandelt werden zuletzt unterschiedliche Varianten des funktionsfähigen Wettbewerbs (2.4.). Abschließend soll ein erstes allgemeines Resümee für die rechtliche Behandlung von Selektivvertriebssystemen gezogen werden (2.5.).

2.1. Ökonomische Effizienz und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen

Die ökonomische Analyse des Kartellrechts, die in den USA unter der gegenwärtigen Administration einen geradezu offiziellen Status beanspruchen kann⁴⁶, gehört in den Gesamtzusammenhang einer allgemeinen wohlfahrtsökonomischen Konzeption, die preistheoretische Kalküle auf rechtliche Institute anwendet. Die positiv-juristische „Legitimation“ einer solchen ökonomischen Funktionalisierung des Rechts ist selbstverständlich umstritten. Das gilt namentlich für die wohl am eingehendsten von Bork entwickelte These, der Sherman Act sei historisch dem Ziel der Konsumentenwohlfahrt und damit der Idee ökonomischer Effizienz verpflichtet⁴⁷. Die gegen solche Behauptungen gerichteten Einwände können, so plausibel sie sind⁴⁸, den Streit um die angemessene konzeptionelle Grundlegung des Antitrustrechts nicht erledigen. Die Notwendigkeit einer entsprechenden Grundlegung aber wird in der kartellrechtlichen Diskussion auf beiden Seiten des Atlantiks grundsätzlich anerkannt: Sie ergibt sich einfach aus der Unabgeschlossenheit gesetzgeberischer, administrativer und judizieller Rechtsfindungsverfahren, aus dem Zwang zur Anpassung und Ergänzung rechtlicher Normen, aus dem Bedürfnis, die Rationalität des jeweiligen rechtlichen Lösungsvorschlages auszuweisen. Dementsprechend darf im folgenden die historische Legitimität einer Umorientierung des Antitrustrechts auf sich beruhen. Unberücksichtigt bleiben auch Konzessionen an den traditionellen Bestand antitrustrechtlicher Regeln, die sich teils aus geringfügigen Modifikationen der theoretischen Prämissen, teils auch nur aus strategischen Überlegungen zur Durchsetzbarkeit von Rechtsänderungen vor den Foren amerikanischer Gerichte erklären. Die folgende Darstellung wird sich vielmehr auf die Exponenten der „reinen Lehre“ der Chicago-Schule konzentrieren und dieser lediglich einen neo-institutionalistischen Ansatz an die Seite stellen, der sich immer stärker als eigenständige Richtung profiliert.

46 Vgl. Kap. 4, 4.1.

47 Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, 19 ff.; Posner, *Antitrust Law. An Economic Perspective*, 1976, 20, 23.

48 Vgl. nur Pitofsky, *The Political Content of Antitrust*, *Pennsylvania Law Review* 127 (1979), 1051 ff.; Sullivan, *Economics and More Chauvinistic Disciplines: What are the Sources of Wisdom for Antitrust?*, *University of Pennsylvania Law Review* 125 (1977), 1214 ff.; Lande, *Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, *Hastings Law Journal* 34 (1982), 67 ff.

2.1.1. Vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als Instrumente zur Förderung der Konsumentenwohlfahrt

„Im Antitrustrecht geht es um die Auswirkungen des Anbieterverhaltens auf die Verbraucher“. Mit diesem für die ökonomische Analyse des Kartellrechts repräsentativen Statement eröffnet Bork seine Untersuchungen zu den Zusammenhängen von Konsumentenwohlfahrt, Effizienz und den Aufgaben des Kartellrechts⁴⁹. Dabei ist die Konsumentenwohlfahrt ein zugleich normatives und formales Konzept: Die Präferenzen von Konsumenten gelten als In-sich-Ziel; sie können (deshalb) nicht bewertet, sondern nur als ein Bedürfnis nach beliebigen Gütern definiert werden, das an der „willingness to pay“ ablesbar ist. Die Wohlfahrt der Konsumenten wird verwirklicht, wenn die Produktion und die Verteilung von Gütern derart organisiert sind, daß sie den Kaufwünschen der Konsumenten so weit wie eben möglich entsprechen. Die organisatorischen Vorkehrungen hierfür heißen alloкатive und produktive Effizienz. Bei der alloкатiven Effizienz geht es um diejenige Nutzung von Ressourcen, die den größtmöglichen Output zuläßt; Kartelle und Monopole gefährden die alloкатive Effizienz, weil sie ein profitmaximierendes Verhalten nahelegen, das auf Kosten des an sich möglichen Outputs geht. Mit dem Konzept der produktiven Effizienz bezeichnet Bork die Summe der wohlfahrtssteigernden Aktivitäten von Unternehmen; die produktive Effizienz wird also definitionsgemäß durch jedes Angebot realisiert, das am Markt Erfolg hat⁵⁰.

Mit den beiden Grundkategorien der alloкатiven und der produktiven Effizienz verbinden sich zwei weitreichende Folgerungen: Die eine, gerade für die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen zentrale Konsequenz besagt, daß die Antitrustpolitik sich grundsätzlich auf „horizontale“ Wettbewerbsbeschränkungen konzentrieren soll, weil nur diese die alloкатive Effizienz gefährden. Das zweite Postulat ergibt sich aus der Gleichsetzung der Konsumentenwohlfahrt mit der produktiven Effizienz und besagt, daß auch die alloкатive Effizienz nicht etwa als ein In-sich-Ziel gelten darf, daß vielmehr die Förderung der alloкатiven nicht auf Kosten der produktiven Effizienz geschehen soll⁵¹. Das zentrale Problem der Antitrustpolitik ist demgemäß die Identifikation und Abwägung von Effizienzvorteilen und -gefährdungen – und nicht etwa der Schutz wettbewerbllicher Pro-

49 Bork, a.a.O., 90.

50 A.a.O., 90 ff., 104 ff.; vgl. Posner, a.a.O. 8 ff., 47 ff.

51 Bork, a.a.O., 104 ff. Die Positionen von Bork und Posner werden in dieser Rigidität von den Anhängern der New Economics nicht etwa durchgängig geteilt (vgl. z.B. die Unterscheidung zwischen den Auswirkungen von Geschäftspraktiken auf die alloкатive Effizienz und auf den Wettbewerb bei Markovitz, Monopolistic Competition, Second Best, and the Antitrust Paradox: A Review Article, Michigan Law Review 77 (1978/79), 567 ff.

zesse, die Bekämpfung von Marktmacht, die Sicherung von Konsumenten gegen Einkommensumverteilungen oder gar der Mittelstandsschutz⁵².

Zahlreiche Autoren haben in eingehenden Untersuchungen die Prämissen der ökonomischen Analyse zu einer Fundamentalkritik der traditionellen Haltung des amerikanischen Antitrustrechts gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen genutzt⁵³. Dabei ergibt sich aus der Bemessung der Konsumentenwohl- fahrt an der „willingness to pay“, daß gegen Strategien der Produktdifferenzierung grundsätzlich nichts einzuwenden ist. Diese tragen ja nur den sich im Kauf- entscheid ausdrückenden Präferenzen Rechnung. Ebenso wenig sind Einwände ge- gen Werbemaßnahmen oder sonstige Marketingpraktiken angebracht. Statt des- sen kommt es nach den Prämissen der ökonomischen Analyse allein darauf an, ob von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen Gefährdungen der allokativen Effizienz ausgehen, die nicht durch produktive Effizienzgewinne aufgewogen werden. Die Analyse und Bewertung solcher Gefahren ist nun keineswegs ein- heitlich. Es herrscht aber ein weitgehendes methodisches Einverständnis darüber, daß Entscheidungskriterien gleichsam indirekt, nämlich durch eine Auseinander- setzung mit den Motiven für die Wahl selektiver Vertriebsformen gewonnen wer- den können: Jeder Produzent steht, wenn er sich nicht von vornherein für eine vertikale Integration entscheidet, vor der Frage, welchen Vertriebsweg er wählen soll, und es ist davon auszugehen, daß er nach demjenigen Absatzsystem suchen wird, das seinen eigenen Gewinn maximiert. Wenn er also seine Güter nicht ohne besondere Bindungen an den Handel abgibt, so offenbar deshalb, weil dies seine Gewinnsituation zu verbessern verspricht. White hat dies am Extremfall des Mo- nopolisten demonstriert⁵⁴. Der Monopolist kann mit seiner Preispolitik den opti- malen Output festlegen. Wenn er seine Produkte nun ohne Bindungen an den Handel abgeben würde, so könnte er mit einem intensiven Wettbewerb auf der Handelsstufe rechnen, der die Handelsmarge auf dem niedrigstmöglichen Niveau hält. Wenn der Monopolist diese Möglichkeit nicht nutzt, so kann eine Erklärung hierfür nur darin gesucht werden, daß er eine für seine Produktpolitik effizientere Vertriebsform realisieren möchte. Fünf Motive kommen hierfür in Betracht:

52 Vgl. zu den allgemeinen wettbewerbspolitischen Zielsetzungen der Chicago-Schule aus der deutschen Literatur Kirchner, „Ökonomische Analyse des Rechts“ und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (Antitrust Law and Economics), ZHR 144 (1980), 563 ff.; Kalfass, Die Chicago-School – Eine Skizze des „neuen“ amerikanischen Ansatzes für die Wettbewerbspolitik, WuW 1980, 596 ff.; Kantzenbach/Kalfass, Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs – workable competition, in: Cox/Jens/Markert (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbs, 1981, 103 ff., 118 ff.; Behrens, Die ökonomischen Grund- lagen des Rechts, 3. Teil III 1 c (1), d, Habil.-Schrift Hamburg 1982 (unveröffentl.).

53 Vgl. bereits Kap. 4, 4.1.

54 Vertical restraints in antitrust law: a coherent model, Antitrust Bulletin 1981, 327 ff.; vgl. in diesem Sinne z.B. Schwartz, Vertikale Beschränkungen, in: Forschungsinstitut für Wirtschaft und Wettbewerb, Neue Entwicklungen des Antitrustrechts zu vertikalen Beschränkungen, 1984, 15 ff., 22.

(1) der Produzent kann auf lokale Verkaufsaktivitäten angewiesen sein. Diese Aktivitäten kann er aber nur erwarten, wenn er die Händler gegen die Gefahren des Free Riding auf der Handelsstufe absichert (nämlich durch *Gebiets- und Kundenbeschränkungen*). (2) Der Wettbewerb zwischen ungebundenen Händlern kann Kosten verursachen, die sich durch vertikale Bindungen (nämlich *Gebietszuweisungen*) vermeiden lassen. (3) Der Handel kann, statt dem Modell einer vollkommenen Konkurrenz zu entsprechen, seinerseits durch Formen monopolistischer Konkurrenz geprägt sein. Dann muß sich der Hersteller gegen die Ausnutzung von Marktmacht auf der Handelsebene durch *Mindestabnahmemengen* sichern. (4) Das Produkt kann wegen seiner technischen Komplexität eine fachliche Beratung vor dem Kauf erfordern. Wiederum entsteht die Gefahr des Free Riding. Diejenigen Händler, die Beratungskosten auf sich nehmen, setzen sich Wettbewerbsnachteilen aus. Diese Gefährdung ihrer Existenz bedeutet zugleich eine Gefährdung des Herstellers. Das probate Gegenmittel ist die *Preisbindung* der Zweiten Hand. (5) Schließlich steht der Hersteller noch vor der Frage, wie er auf territorial unterschiedliche Kundenpräferenzen und Kaufkraftunterschiede reagieren soll. Hier, so betont White, geht es nicht mehr um die Effizienz der Distribution. Aber ein Verbot der Preisdifferenzierung werde der Hersteller dadurch ausgleichen, daß er den Preis auf einem mittleren Niveau festsetzt. Dadurch kommt es dann nur zur Begünstigung einer, aber eben auch zur Benachteiligung einer anderen Konsumentengruppe⁵⁵.

Der Nachweis, daß selbst im Falle des Monopolisten vertikale Beschränkungen nicht etwa zu übersteigerten Gewinnen im Handel führen, sondern vielmehr das ökonomische Interesse des Herstellers nur die Steigerung der Effizienz der Distribution sein kann, muß die Anschlußfrage nach der Berechtigung zu einer gewinnmaximierenden Verkaufsstrategie provozieren. Aber den Annahmen der New Economics zufolge ist die effiziente Nutzung von Marktmacht keineswegs schädlich und insbesondere auch nicht mit nachteiligen Folgen für den Marktzutritt verbunden. Wenn nämlich, so wird angenommen, die in einem Sektor anfallenden Gewinne eine überdurchschnittliche Höhe erreichen, ruft dies über kurz oder lang ohnehin neue Wettbewerber auf den Plan.

2.1.2. O.E. Williamsons „Transaktionskostenanalyse“ und die „Economics of Governance Structures“

Die dargestellte Argumentation führt praktisch zu einer Konsequenz, zu der sich selbst führende Repräsentanten der ökonomischen Schule erst allmählich durchgerungen haben, nämlich zur Legalisierung sämtlicher vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen⁵⁶. Vermieden wurde (und wird) diese Konsequenz allerdings nach

55 A.a.O. 339.

56 Vgl. nur Posner, The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality, Chicago Law Review 48 (1981), 6 ff.; vgl. schon ders., The Chicago

wie vor von zahlreichen Autoren, denen es dabei nicht bloß um strategische Konzessionen etwa an die traditionellen Vorbehalte des Antitrustrechts gegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen geht. Dem Ansatz der ökonomischen Analyse zufolge sind ja Gefährdungen der allokativen Effizienz durchaus auch dann zu berücksichtigen, wenn sie durch vertikale Beschränkungen bloß begünstigt werden, und es lassen sich zumindest drei relevante Gefährdungen dieser Art identifizieren: die Erleichterung kollusiven Zusammenwirkens, die Verdrängung von Konkurrenten und auch die Preisdiskriminierung⁵⁷. Horizontale Kollusionen werden nun allerdings nur auf hochkonzentrierten Märkten befürchtet, Verdrängungspraktiken nur da, wo die Akteure sowohl auf der Hersteller- wie auf der Distributionsstufe über eine erhebliche Marktmacht verfügen, während die Wohlfahrtswirkungen der Preisdiskriminierung als prinzipiell unbestimmbar gelten (und daher nicht verfolgt werden sollen). Die praktischen Konsequenzen dieser Vorbehalte bleiben indessen marginal und die einschlägigen Stellungnahmen überdies an schwerlich übertragbare spezifische Bedingungen der Leistungsfähigkeit und der Kosten amerikanischer Gerichtsverfahren gebunden. Eine grundsätzlichere Bedeutung kommt jedoch dem neo-institutionalistischen Ansatz zu, der die neoklassisch-preistheoretische Analyse durch die Berücksichtigung von Transaktionskosten erweitert und verändert. Repräsentativ für diesen Ansatz sind die Arbeiten von O.E. Williamson, der zunächst die Implikationen seines allgemeinen „Transaction-Cost Approach“ für die Beurteilung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen herausgestellt⁵⁸ und sodann seinen Ansatz zu einer Analyse der „Governance Structures“ langfristiger Vertragsbeziehungen ausgebaut hat⁵⁹. Ganz im Sinne der ökonomischen Analyse behandelt Williamson die Verwendung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen als ein Entscheidungsproblem, bei dem es um die Realisierung von Effizienzvorteilen geht. Aber den Bezugspunkt seiner Analyse bildet dabei die „Transaction“ und Gegenstand der Entscheidung ist ein ganzes Spektrum von Konfigurationen zwischen „Markt“ und „Organisation“, die jeweils zur Ersparnis von Transaktionskosten in Betracht kommen. Diese Modifikationen beruhen auf den Verhaltensannahmen, die Williamson einführt: Williamsons ökonomische Akteure (Konsumenten, Händler und Hersteller) verfügen entweder nur über eine begrenzte Rationalität oder sie handeln opportunistisch bzw. strategisch. Die Entscheidung des Herstellers über die Ausgestaltung seines Absatzsystems muß nun beides in Rechnung stellen: die begrenzte Rationalität seines Vertragspartners (bzw. die der Endverbraucher!) und

School of Antitrust Analysis, University of Pennsylvania Law Review 127 (1979), 925 ff., 928, 934 ff. (zu Tie-ins); Bork, a.a.O. (Fn. 57), 297.

57 Als eine repräsentative Darstellung vgl. Schwartz, a.a.O. (Fn. 64), 24 ff., 43 f.

58 Williamson, Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach, University of Pennsylvania Law Review 127 (1979), 953 ff.

59 Vgl. insbes.: Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, Journal of Law & Economics 22 (1979), 233 ff.; Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange, American Economic Review 73 (1983), 519 ff.; The Economics of Governance: Framework and Implications, ZgS 140 (1984), 195 ff.

die Neigung des Händlers zu opportunistischen, z.B. die Qualitätspolitik des Herstellers gefährdenden Verhaltensweisen. Auf der Grundlage dieser Annahmen bestätigt Williamson im Prinzip die Thesen der Chicago-Schule zur effizienzsteigernden Wirkung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen⁶⁰. Aber das Antitrustrecht hat sich nicht ausschließlich um die Förderung effizienzorientierter Unternehmenspolitiken zu sorgen, sondern muß die Dispositionen dieser Unternehmen zu strategischen Verhaltensweisen in Rechnung stellen, die einzelwirtschaftlich durchaus rational sein mögen, von denen aber negative Wirkungen auf den Wettbewerb (die Gesamtwohlfahrt) ausgehen. Für Ausschließlichkeitsverträge gilt dies, Williamson zufolge, freilich nur, wenn sie von marktbeherrschenden Unternehmen oder in einem engen Oligopol praktiziert werden und sich als Eintrittsschranken gegen neue Wettbewerber auswirken, für andere Formen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen aber auch dann, wenn sie einheitlich von allen Oligopolisten eingesetzt werden, die Aktivitäten des Handels steuern und die oligopolistische Interdependenz noch intensivieren – es sei denn, es lassen sich Kostenvorteile solcher Praktiken positiv nachweisen⁶¹.

Die gleichen Verhaltensannahmen, die Williamsons Vorbehalte gegen eine undifferenzierte Legalisierung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen tragen, liegen auch seiner „Economics of Governance“ zugrunde, die sich mit den unterschiedlichen, den Marktprozeß ablösenden Formen eines Private Ordering befaßt, um diese Formen als je spezifische Mittel für eine Minimierung von Transaktionskosten zu interpretieren⁶². Die Governance-Strukturen, die durch langfristige Verträge (wie z.B. die zwischen den Automobilherstellern und ihren Händlern) errichtet werden, lassen sich danach zunächst einmal aus dem Bemühen heraus erklären, angesichts der begrenzten Rationalität der Beteiligten und der Gefahren des Opportunismus Transaktionskosten zu sparen⁶³. Der Verzicht auf eine vollständige vertikale Integration steht dem keineswegs entgegen. Dieser Verzicht zeigt nur, daß die transaktionsspezifischen Investitionen des Herstellers und/oder die gewünschten Anpassungen der Vertragsbeziehung an veränderte Umstände (die innerhalb einer Organisation autoritativ durchsetzbar wären) trotz der

60 A.a.O. (Fn. 68), 958 ff.

61 A.a.O., 960 ff., 991 ff.; im gleichen Sinne z.B. Goldberg, *The Law and Economics of Vertical Restrictions: A Relational Perspective*, *Texas Law Review* 58 (1979), 91 ff., 112 ff.

62 Vgl. die Nachw. in Fn. 59.

63 Williamson, *The Economics of Governance* (a.a.O., Fn. 59), 200. Es überrascht deshalb nicht, wenn Klein, *Transaction Cost Determinance of „Unfair“ Contractual Relations*, *American Economic Review* (AEA Proceedings) 70 (1980), 356 ff., der sich explizit auf Williamsons Ansatz bezieht, keinerlei Anlaß zu einer rechtlichen Kontrolle unfair erscheinender Vertragskonditionen sieht; vgl. ebenso Butler/Baysinger, *Vertical Restraints of Trade as Contractual Integration: A Synthesis of Relational Contracting Theory, Transaction-Cost Economics, and Organization Theory*, *Emory Law Journal* 32 (1983), 1009 ff.

Selbständigkeit der Distributionsstufe erreicht werden können. Für die kartellrechtliche Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen zieht jedoch Williamson aus seiner Analyse der Binnenstrukturen der Vertragsbeziehung keine neuen Folgerungen. Die kartellrechtlichen Bedenken, die er schon in seiner allgemeinen Transaktionskostenanalyse erläutert hatte, versteht er offenbar als äußere Schranke für die Ausgestaltung des Vertragsregimes. Im Rahmen der vom Antitrustrecht gesteckten Grenzen sollen Parteien „frei“ agieren können; die Ersetzung des allgemeinen Effizienzkriteriums durch das Konzept der Minimierung von Transaktionskosten soll nicht etwa alternative Schutzziele realisieren, sondern lediglich zu einer verbesserten Erklärung und Durchsetzung der ökonomischen Effizienz beitragen.

2.1.3. Die Rezeption der New Economics im europäischen Wettbewerbsrecht

Der Transfer der Prämissen der ökonomischen Analyse des Antitrustrechts in die europäische Diskussion steht erst am Anfang, und die europäischen Exponenten der neuen Richtung haben ihre konkreten Folgerungen für das europäische Wettbewerbsrecht nicht in der Rigidität formuliert, die zahlreiche amerikanische Beiträge kennzeichnet. Gleichwohl stellen sie praktisch alle rechtsdogmatischen Festlegungen des europäischen Wettbewerbsrechts in Frage.

2.1.3.1. Qualitative und quantitative Selektion

Anknüpfend an die in der Praxis beobachtbaren Schwierigkeiten, unbedenkliche „qualitative“ Selektionskriterien von solchen zu unterscheiden, die dem Art. 85 Abs. 1 EWGV unterfallen⁶⁴, oder sich in ihrer Summierung als Wettbewerbsbeschränkung erweisen⁶⁵, wurde die Differenzierung von qualitativen und quantitativen Selektionskriterien als willkürlich und verwirrend kritisiert⁶⁶. Tatsächlich ist die Unterscheidung von den Prämissen der ökonomischen Analyse her insgesamt nicht einleuchtend. Welche Selektionskriterien der Hersteller für sinnvoll hält, richtet sich nach seiner Beurteilung des Marktes und der Gefahren eines Free Riding auf der Handelsstufe. Ebenso gelten Mindestabnahmepflichten bloß als ein Mittel, die Ausnutzung von Marktmacht auf der Handelsstufe auszuschließen. Folgerichtig erklärt Chard alle diese Beschränkungen gleichermaßen für grundsätzlich zulässig⁶⁷. Wettbewerbspolitische Gefahren sieht er allerdings auf oligopolistischen Märkten. Hier müsse geprüft werden, ob die Vertriebssysteme nicht bloß zu einer Steigerung von Verkaufsaktivitäten, sondern zugleich zu

64 Vgl. EuGH, Urteil v. 25.10.1977, Rs. 26/76, Slg. 1977, 1875.

65 ABL L 29 v. 3.2.1975, 1.

66 Chard, *The Economics of the Application of Art. 85 in Selective Distribution Systems*, *European Law Review* 7 (1982), 83 ff., 97.

67 A.a.O., 97 f., 111.

horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen auf Hersteller- oder Handelsebene genutzt werden⁶⁸. Den Output-Test, den Chard hierfür im Anschluß an Posner vor schlägt⁶⁹, hat dieser allerdings mittlerweile aufgegeben⁷⁰. Rechtlich wäre daraus zu folgern: Auf nicht-oligopolistischen Märkten fallen selektive Vertriebssysteme nicht unter Art. 85 Abs. 1 EGV sondern unterliegen hier einem Rule of Reason-Test⁷¹; auf oligopolistischen Märkten kommt eine Freistellung gem. Art. 85 Abs. 3 EWGV in Betracht, sofern nicht horizontale Absprachen vorliegen.

2.1.3.2. Koppelungsgeschäfte

Neuwagen- und After Sales-Geschäft bilden, auch wenn die Marketingstrategien der Hersteller sie als Einheit behandeln, nach der in der rechtlichen Praxis ganz überwiegenden Auffassung⁷² getrennte Märkte. Diese Auffassung bleibt freilich folgenlos, wenn man die Koppelung des Verkaufs selbständiger Güter für unbedenklich erklärt. Eben dies geschieht auf der Grundlage der ökonomischen Analyse⁷³: Sogar der Monopolist könne seinen Gewinn durch das Tying nicht über den Betrag hinaus steigern, den sein Monopol ohnehin zulasse. Er eigne sich bestenfalls aus Einkaufsvorteilen beim Zulieferer Vorteile ein, die sonst der Abnehmer dem Zulieferer hätte zahlen müssen. Eben deshalb könne auch von einer Errichtung von Markteintrittsschranken nicht die Rede sein. Diese Argumentation haben Chard⁷⁴ mit Vorbehalten, Davidow⁷⁵ ohne Einschränkungen und Baden Fuller⁷⁶ der Sache nach übernommen. Praktisch bedeutet sie, daß – entgegen der BMW-Entscheidung und entgegen den Vorschriften der Gruppenfreistellungs-VO für den Automobilsektor⁷⁷ – den Anbietern von Ersatzteilen der Zugang zum

68 A.a.O., 89 ff.

69 A.a.O., 101: Bei einer Verringerung der Absatzmenge soll der Betroffene die Beweislast für das Fehlen von Absprachen tragen.

70 Oben Fn. 56.

71 Die Ausführungen von Chard bleiben insoweit unbestimmt; die Anlage der Argumentation spricht für eine per se-Legalisierung, der Verweis von Chard (a.a.O., in Fn. 53) auf Korah, Comfort Letters – Reflexions on the Perfume Cases, European Law Review 6 (1981), 14 ff., 39, spricht eher für einen Rule of Reason-Ansatz, wie ihn Korah (a.a.O. 36 f.) bei der Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV befürwortet.

72 Vgl. für die EG Kap. 3, 5.2.; für das deutsche Recht Kap. 4, 1.3.; für Frankreich Kap. 4, 3.5.; für Großbritannien Kap. 4, 2.3.; für die USA Kap. 4, 4.3.2.

73 Vgl. Kap. 4, 4.1.2.

74 Chard, The Economics of exclusive distributorship arrangements with special reference to E.E.C. competition policy, Antitrust Bulletin 1980, 405 ff., 420.

75 Davidow, The Draft Regulation from the Point of View of an American Lawyer, Bulletin of the International Institute for Commercial Competition, Special Number: Symposium of the 20th May, 1983, 39 ff.

76 Baden Fuller, Art. 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position, European Law Review 4 (1979), 423 ff., 426 f.

77 ABl. L 29 v. 3.2.1975, 1; zur Position der Gruppenfreistellung für den Automobilsektor vgl. näher Kap. 6, 4.1.

Vertriebsnetz versperrt werden darf und daß entgegen dem Hugin-Urteil⁷⁸ ein Rückgriff auf Art. 86 EWGV zur Sicherung der Belieferung unabhängiger Reparaturunternehmen verfehlt ist; statt dessen handelt es sich bloß um eine zulässige Koppelung von Verkaufs- und After Sales-Aktivitäten.

2.1.3.3. Der Schutz der unternehmerischen Freiheit des Handels und der Intra-brand-Wettbewerb

Die Annahme, daß vertikale Wettbewerbsbeschränkungen durch Effizienzüberlegungen motiviert sind und der Hersteller nicht daran interessiert sein kann, der Handelsstufe überhöhte Gewinnchancen einzuräumen, spricht gegen die Schutzwürdigkeit des Intra-brand-Wettbewerbs und gegen Vorkehrungen zur Sicherung der Entschließungsfreiheit des Handels. In Anlehnung an eine ökonomische Analyse der Automobilvertriebssysteme⁷⁹ hat deshalb kürzlich Davidow⁸⁰ die Händlerschutzbestimmungen des Art. 5 des Entwurfs der GruppenfreistellungsVO für den Automobilsektor kritisiert: Die quantitative Selektion sei im Interesse der Kooperation von Herstellern und Vertragshändlern unverzichtbar. Aber hieraus resultiere ein die Position des Herstellers gefährdender Interessenkonflikt. Während es nämlich dem Hersteller darum gehen müsse, auf der Händlerstufe nur diejenigen Gewinne zuzulassen, die das gewünschte Serviceniveau sichern, sei der Händler versucht, die Kundenpräferenzen für die Marke des Herstellers für sich selbst auszunutzen. Ein Preisbindungssystem (das i.d.R. ja mit dem Interesse an der Sicherstellung von Händleraktivitäten gerechtfertigt wird) könne diese Gefährdung der Herstellerinteressen nur um den Preis aufwendiger Überwachungsmaßnahmen mindern. Neben der Festsetzung von Mindestabnahmemengen⁸¹ seien daher Disziplinierungsinstrumente gegenüber den Händlern zur Sicherung der Effizienz des Vertriebssystems unverzichtbar⁸².

2.1.3.4. Preisdiskriminierung, Preisdifferenzierung und Exportverbote

Den bisher größten Widerhall haben die Argumente der New Economics zur Preisdiskriminierung und -differenzierung sowie zu Gebietsschutzklauseln gefunden⁸³. Von den Prämissen der ökonomischen Analyse her wäre es durchaus konsequent, die Preispolitik der Unternehmen und ihre Absicherung durch Gebietsbeschränkungen für wettbewerbspolitisch unbedenklich zu erklären und daher

78 Vgl. ABL L 22 v. 17.1.1978, 1; EuGH, Urteil v. 31.5.1979, Rs. 22/78, Slg. 1978, 1869.

79 Smith II, Franchise Regulation: Economic Analysis of State Restrictions on Automobile Distribution, Journal of Law and Economics 25 (1982), 1 ff.; vgl. Kap. 3, 4.1.2.1.

80 Davidow, a.a.O. (Fn. 75), 14 ff.

81 Smith II, a.a.O., 128; vgl. auch oben zu Fn. 67.

82 So besonders deutlich Smith II, a.a.O., 154.

83 Vgl. schon Kap. 3, 3.4.4.

eine Wettbewerbsbeschränkung i.S.d. Art. 85 Abs. 1 EWGV zu verneinen⁸⁴ – die Aufgabe der Marktintegration müßte dann ganz auf Art. 30 EWGV übergehen. Vor diesem Schritt scheinen die europäischen Exponenten der ökonomischen Analyse bislang zurückzuschrecken⁸⁵. Bael plädiert für einen Rule of Reason-Ansatz, der territorial unterschiedliche Verkaufsaktivitäten gegen ein Free Riding durch Parallelimporte und Preisdifferenzierungen als Indiz für die Intensität des Interbrand-Wettbewerbs interpretiert⁸⁶. Chard bezeichnet eine nicht durch unterschiedliche Kosten begründete Preisspaltung als Diskriminierung und hält sie offenbar für wettbewerbswidrig; aber er bezeichnet die Unterscheidung zwischen Preisdiskriminierungen und (durch Kostenunterschiede begründeten) Preisdifferenzierungen als unpraktikabel⁸⁷. Beide Autoren geben freilich keine klare Auskunft darüber, ob ihre Einwände bereits in Art. 85 Abs. 1 EWGV oder nur im Rahmen einer Freistellung berücksichtigt werden sollten. Korahs Kritik an der Distillers-Entscheidung der Kommission ist in ihren Konsequenzen zurückhaltender: Sie fordert nur, daß die Kommission im Rahmen einer Freistellung nachprüft, ob eine Preisdiskriminierung zwischen für den heimischen Markt und für den Export bestimmten Gütern durch unterschiedliche Markterschließungskosten gerechtfertigt ist⁸⁸.

2.1.4. Kritik

Eine Auseinandersetzung mit der ökonomischen Analyse der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen, die den methodischen und theoretischen Prämissen dieses Ansatzes gerecht werden will, kann an zwei allgemeine Einwände anknüpfen. Der erste läßt sich als „Reduktionismus“-Vorwurf charakterisieren und betrifft sowohl das problematische Verhältnis des Effizienzkriteriums zu der komplexeren Tradition des Antitrustrechts⁸⁹ als auch die von dieser Geschichte unabhängige Schwierigkeit, die sich in kartellrechtlichen Streitigkeiten gegenüberstehenden Akteure, Interessen und regulative Alternativen in das Prokrustesbett statischer preistheoretisch-wohlfahrtsökonomischer Analysen zu pressen⁹⁰. Der zweite Ein-

84 Vgl. oben 2.1.2. sowie Kap. 3, 4.1.2.4. und Bork, a.a.O. (Fn. 47), 382 ff.

85 Vgl. aber Baden Fuller, *Economic Analysis Relating to Property Rights in Trademarks: Export Bans, Differential Pricing, Restrictions on Sale and Repacking*, *European Law Review* 6 (1981), 162 ff., dessen Kritik an der europäischen Wettbewerbspolitik wohl nur eine solche Schlußfolgerung zuläßt.

86 van Bael, *Heretical Reflections on the Basic Dogma of EEC Antitrust: Single Market Integration*, *Schweizerische Zeitschrift für Internationales Wettbewerbsrecht* 10 (1980), 45 ff., 53, 55.

87 A.a.O. (Fn. 76), 91; a.a.O. (Fn. 84), 412 f.

88 Korah, „Goodbye“, *Red Label: condemnation of dual pricing by Distillers*, *European Law Review* 3 (1978), 62 ff., 68; vgl. Kap. 3, 3.4.4.; vgl. auch oben bei Fn. 71.

89 Nachw. oben in Fn. 47.

90 Vgl. nur die Kritik von Sullivan, a.a.O. (Fn. 48); ders., *Antitrust, Microeconomics, and Politics: Reflections on Some Recent Relationships*, *California Law Review* 68 (1980), 1 ff.

wand bestreitet prinzipiell die Eignung solcher Analysen für die Erfassung wettbewerblicher Prozesse, wobei die Alternativen teils in komplexeren Modellen, teils in einem konsequenten Übergang zu dynamischen Konzepten gesucht werden⁹¹. Die folgenden Bemerkungen machen von beiden Einwänden einen eklektischen Gebrauch; sie setzen der Chicago-Analyse keine theoretisch geschlossene Konzeption entgegen, sondern werden sich, den Fragestellungen dieser Studie entsprechen, auf die Behandlung von Verbraucherinteressen durch die ökonomische Kartellrechtsanalyse konzentrieren.

2.1.4.1. Ökonomische Effizienz und Konsumenteninteressen

Das Effizienzkriterium der Chicago-Schule, demzufolge sich eine Steigerung der Konsumentenwohlfaht aus der aggregierten Zahlungsbereitschaft für Güter und Dienstleistungen ablesen läßt, operiert mit Verhaltensprämissen, die den Endverbraucher ebenso wie die Anbieterseite als rational kalkulierenden Nutzenmaximierer vorstellen oder doch seine Zahlungsentscheidungen als letzten und nicht weiter hinterfragbaren Bezugspunkt der ökonomischen Analyse behandeln⁹². Dieser „Reduktionismus“ ist radikal: Abstrahiert wird zunächst von den typischen Informationsproblemen, die mit der prinzipiell unterschiedlichen Ausgangssituation von Anbietern und Konsumenten zusammenhängen. Die „Kosten“, die auf der Endverbraucherstufe zur Bewältigung von Entscheidungsschwierigkeiten aufgebracht werden können, bleiben allemal hinter den Anstrengungen der organisierten und spezialisierten Anbieterseite zurück. Schon wegen dieser strukturellen Asymmetrie der Anbieter-Verbraucher-Beziehung dokumentiert sich in der „willingness to pay“ eine höchst unbestimmte ökonomische „Rationalität“ und ein notwendigerweise unvollkommenes Informations-„Gleichgewicht“. Abstrahiert wird sodann von den sozialen Determinanten der „Zahlungsentscheidung“, zu denen namentlich die durch Prestige- und sonstige irrationale Bedürfnisse bedingten Interdependenzen der „Wahlakte“ von Konsumenten gehören. Abstrahiert wird schließlich von den Verteilungswirkungen, die aus einer erfolgreichen „Konsumentenrenten“ abschöpfenden Output-Steigerung zugunsten der Anbieterseite resultieren. Eine Standard-Replik gegenüber solchen Vorbehalten verweist entsprechende regulative Zielsetzungen, soweit sie überhaupt als legitim anerkannt werden, in nicht-antitrustrechtliche Materien⁹³. Indessen sind alle mit der Unterlegenheit des Konsumenten argumentierenden Einwände unschwer in spezifisch kartellrechtliche Problemstellungen übersetzbar, so daß sich der Verweis auf „außerhalb“ des Antitrustrechts liegende Schutzziele immer wieder nur als petitio principii entpuppt. So gelten ja insbesondere die Informationsprobleme des Konsumenten bei der Preis- und Qualitätsbeurteilung als ein legitimer Grund, die Qualitätspolitik und den Goodwill eines Herstel-

91 Vgl. näher unten 2.2. und 2.4.2.

92 Vgl. oben 2.1.1.

93 Vgl. nur Bork, a.a.O. (Fn. 47), 90.

lers mit Hilfe vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen abzusichern – die Frage ist eben nur, ob die am Markt erfolgreiche Absatzstrategie schon um ihres Erfolges willen als Förderung von Konsumenteninteressen ausgegeben werden darf, obwohl sie doch, gerade wenn man ein ökonomisch rationales Verhalten der Anbieter unterstellt, auf die Informationsprobleme des Konsumenten *strategisch* reagieren wird. Ebenso wenig ist der Markterfolg von Produktdifferenzierungen und der Zusammenstellung von „Leistungsbündeln“, die jeweils spezifische Konsumentengruppen und -bedürfnisse ansprechen sollen, ein verlässlicher Indikator für die Befriedigung dieser Bedürfnisse und die Intensität des Wettbewerbs⁹⁴. Der Markterfolg *kann* sich einfach einer „künstlichen“, von den Endverbrauchern nicht durchschauten Aufmachung des Produkts oder einer „Verzerrung“ von Preis-Leistungs-Relationen verdanken; eine Output-Steigerung belegt dann bloß eine aus der ökonomisch gesehen irrationalen Kundenloyalität sich ergebende Marktmacht. Die Ausnutzung solcher Machtpositionen kann dann aber nicht bloß eine fragwürdige Umverteilung von Einkommen nach sich ziehen, sondern sich zugleich als Eintrittsschranke für konkurrierende Hersteller und Händler auswirken⁹⁵. All dies besagt nicht etwa, daß die bezeichneten verbraucher- und wettbewerbspolitisch fragwürdigen Effekte notwendigerweise eintreten würden; behauptet werden soll lediglich, daß eine Gleichsetzung von Zahlungsbereitschaft, ökonomischer Effizienz und Konsumentenwohlfahrt die Problematik vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen unzulässig verkürzt⁹⁶.

2.1.4.2. Die Transaktionskostenanalyse Williamsons

Im Gegensatz zu den kritisierten Positionen der Chicago-Schule berücksichtigt Williamson in seinem Transaktionskostenansatz grundsätzlich sowohl die Informationsprobleme von Konsumenten als auch die wettbewerbspolitischen Gefahren, die von einer strategischen Ausnutzung dieser Probleme ausgehen⁹⁷. Dabei konvergieren Williamsons wettbewerbspolitische Schlußfolgerungen, die eine Legalisierung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen an marktstrukturelle Voraussetzungen binden, ein Stück weit mit entsprechenden Forderungen insbesondere dynamischer Wettbewerbskonzepte⁹⁸. Dennoch bleibt auch die Transaktionskostenanalyse ein reduktionistischer Ansatz: Die Vorkehrungen gegen ein „opportunistisches“ Verhalten von Händlern, die Williamson empfiehlt, und die Legalitätsgrenzen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen, die er mit Rücksicht auf oli-

94 Vgl. näher Stuyck, *Product Differentiation – the Legal Situation*, 1983, Kap. 2; Neumann, *Allgemeine Wettbewerbstheorie und Preismißbrauchsaufsicht*, 1983, 150 ff.

95 Vgl. Pitofsky, *The Sylvania Case: Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restraints*, *Columbia Law Review* 78 (1978), 1 ff., 19; Carstensen, *Vertical Restraints and the Schwinn Doctrine: Rules for the Creation and Dissipation of Economic Power*, *Case Western Reserve Law Review* 26 (1976), 771 ff., 774 ff.

96 Zu den Konsequenzen vgl. unten 2.5.

97 Oben, 2.1.2.

98 Vgl. unten 2.5.1.

gopolistische Interdependenzen auf der Anbieterseite vorsieht, fördern insoweit zwar die Angebotsvielfalt (und damit auch die Wahlfreiheit von Endverbrauchern), aber sie unterschätzen die Gefährdungen wettbewerblicher Prozesse und verbraucherpolitisch relevanter Interessen, die von vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen ausgehen. Auch da, wo von einem engen Oligopol nicht die Rede sein kann, existieren Machtpositionen, die mit Hilfe vertikaler Beschränkungen durch Hersteller und Händler zum Nachteil konkurrierender Anbieter und auch auf Kosten der Konsumenten ausgenutzt werden können. Die pure Effizienz-Orientierung, die Williamson insgesamt tolerieren möchte und um deren Vervollkommen es seinen „Economics of Governance“ geht, ist aber ohnehin weder schlüssig noch realistisch. Es ist nicht nachvollziehbar, wie sich trotz der teils strategischen, teils opportunistischen, teils begrenzt rationalen Verhaltensweisen der Beteiligten im Ergebnis doch ökonomisch rationale (= effiziente) Strukturen gleichsam „von selbst“ herausbilden sollen⁹⁹. Im übrigen entfalten langfristige Beziehungen, wie sie durch die Vertragshändlerverträge in der Automobilindustrie begründet werden, ihre eigene Dynamik; solche Beziehungen sind nicht nur dem Anpassungs- und Veränderungsdruck ausgesetzt, der sich aus der jeweiligen Lage des Interbrand-Wettbewerbs ergibt; die Parteien reagieren vielmehr auch auf Veränderungen des Machtgefüges ihrer Beziehung, ohne sich dabei „freiwillig“ einem übergreifenden und für beide gleich erscheinenden Effizienzziel unterzuordnen – und auch deshalb stellt sich die Frage, wie das Kartellrecht der Gefahr entgegenwirken kann, daß die Vertragsbeteiligten sich auf Kosten von Konkurrenten und Abnehmern zu arrangieren versuchen.

2.2. Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit

Unter den in der Bundesrepublik vertretenen wettbewerbspolitischen Ansätzen kommt dem Konzept der Wettbewerbsfreiheit eine theoretische und praktische Bedeutung zu, die Grund genug ist, der Relevanz dieses Konzepts für die Beurteilung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen nachzugehen. Der Diskussionsstand ist freilich mittlerweile unübersichtlich. Dies liegt einmal daran, daß die Problematik der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen in Deutschland lange vernachlässigt wurde und daher vielfach Positionen unbesehen fortgeschrieben werden, die noch aus der Zeit vor der „Wende“ des Ordoliberalismus zum „neoklassischen“ Wettbewerbskonzept datieren. Darüber hinaus wirken sich aber gerade in neueren Diskussionsbeiträgen Meinungsverschiedenheiten innerhalb des „neoklassischen“ Konzepts praktisch folgenreich aus.

99 Vgl. für eine ausführlichere Entfaltung dieses Arguments Joerges, Vertragsgerechtigkeit und Wettbewerbsschutz in den Beziehungen zwischen Automobilherstellern und -händlern: Über die Aufgaben richterlicher Rechtspolitik in „Relationierungsverträgen“, FS Wassermann 1985, 697 ff.; ders., Relational Contract Theory in a Comparative Perspective: Tensions Between Contract and Antitrust Law Principles in the Assessment of Contractual Relations Between Automobile Manufacturers and Their Dealers in Germany, Wisconsin Law Review 1985 (im Erscheinen); s. auch Kap. 6, 5.

2.2.1. Die Kritik von Ausschließlichkeitsbindungen und Koppelungsverträgen

In einer nahezu 30 Jahre zurückliegenden Analyse einschlägiger Bestimmungen des Entwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen hat Mestmäcker¹⁰⁰ in enger Anlehnung an die seinerzeit maßgebliche Rechtsprechung zum amerikanischen Antitrustrecht Positionen entwickelt, die allen „traditionellen“ Bedenken gegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen Rechnung zu tragen scheinen. Insbesondere Ausschließlichkeitsverträge seien nur „in Märkten mit Konkurrenz“ im Regelfall unbedenklich, während das Urteil über diese Bindungen bei oligopolistischen Marktstrukturen, vom Fall des Newcomers abgesehen, wegen ihrer marktschließenden Wirkungen erheblich kritischer ausfallen müsse¹⁰¹; für den hier besonders interessierenden Fall der Bezugsbindung für Originalersatzteile hat Mestmäcker vorgeschlagen, den Konflikt zwischen dem Goodwill-Schutz des Herstellers und der Wettbewerbsfreiheit auf dem Ersatzteilmarkt dadurch zu lösen, daß der Hersteller die von ihm gelieferten und geprüften Teile besonders kennzeichnet und dem Kunden die Wahl zwischen Originalteil und anderen Ersatzteilen überläßt¹⁰². In der gleichen Einstellung hat sich Möschel die Erfahrungen des Antitrustrechts mit Ausschließlichkeitsbindungen, Koppelungsverboten, Alleinvertriebsvereinbarungen und Preisdifferenzierungen für seine Interpretationen des Mißbrauchstatbestands des § 22 GWB zunutze gemacht¹⁰³. Zu erinnern ist schließlich an Schüllers Phillipika zugunsten der Freiheit des tertiären Sektors im allgemeinen und der Kfz-Reparaturbetriebe im besonderen: Schüller hat im Namen des Schutzes der Wettbewerbsbeschränkungen gefordert¹⁰⁴.

2.2.2. Heidrichs Theorem vom „Superzeichen“

Gleichwohl darf das Konzept der Wettbewerbsfreiheit nicht etwa umstandslos für eine Kritik der Vertriebssysteme im Automobilsektor in Anspruch genommen werden. Dies zeigen einmal repräsentative Fortschreibungen der theoretischen Grundlagen dieses Konzepts¹⁰⁵: Die Interpretation des „Wettbewerbs als

100 Ausschließlichkeitsverträge, Koppelungsverträge und offene Märkte, JZ 1954, 621 ff.

101 A.a.O. 623 f.

102 A.a.O. 625. Vgl. die entsprechende Position von Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung, 1968, 233; siehe auch Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, 1974, 187, 189 f.

103 Möschel, Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1974, 35 ff., 188 ff.; ders., in: Immenga/Mestmäcker, GWB § 22 Rn. 130 ff.

104 Schüller, Vermachtungserscheinungen im tertiären Sektor, Ordo 19 (1968), 171 ff., 202 ff., 252 f.; Kritik hieran bei Schmitt, 86 ff.

105 Vgl. zum folgenden die kritischen Analysen von Gotthold, Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie, ZHR 145 (1981), 286 ff.; Neumann, Historische Entwicklungen und heutiger Stand der Wettbewerbstheorie, 1982, 183 ff.

Entdeckungsverfahren“ schließt es aus, im dynamischen Wettbewerbsprozeß einzelnen Wettbewerbsparametern, etwa dem Preis, eine besondere wettbewerbspolitische Bedeutung zuzuweisen, oder diesen Wettbewerbsprozeß auf bestimmte inhaltliche Ergebnisse festzulegen. Den Wettbewerb kennzeichnen nach einer Formulierung von Schmidtchen „Marktprozesse, ... die aus der an der Gewinnmaximierung orientierten freien Nutzung der individuellen ökonomischen Potentiale entspringen“¹⁰⁶, in denen, wie es an anderer Stelle heißt, „Tauschpartner durch Abwägung von Alternativen“ darüber entscheiden, welche Leistungsangebote sie honorieren möchten¹⁰⁷. Wenn aber alle Wettbewerbsparameter gleichwertig sind und die Marktteilnehmer selbst entscheiden sollen, welche Leistungsangebote sie vorziehen, so können Wettbewerbsbeschränkungen nur als Beschränkungen individueller Freiheiten definiert werden. Als wettbewerbswidrig gilt eine Freiheitsbeschränkung nur dann, wenn sie auf „willkürlichem Zwang“, auf „willkürlicher Machtausübung“ beruht¹⁰⁸. Daher gilt es, diejenigen Verhaltensweisen zu identifizieren und zu sanktionieren, die sich als willkürliche Machtausübung darstellen.

2.2.2.1. Marktsplaltung als willkürliche Machtausübung

Für die Beurteilung vertikaler Bindungen kommen von dieser Grundlage her zwei Ansätze in Betracht. Man kann versuchen, die verschiedenen Elemente von Vertriebsbindungssystemen daraufhin zu überprüfen, ob sie „willkürliche“ Freiheitsbeschränkungen der gebundenen und/oder potentieller Wettbewerber enthalten. Diesen Ansatz hat Wilde im Rahmen ihrer Untersuchungen der Nachfragemachtproblematik gewählt¹⁰⁹. Ihre Aussagen zu den Vertriebssystemen bleiben freilich vage: Nicht wettbewerbsbeschränkend sei eine Bindung, wenn sie eingegangen werde, weil sie dem Gebundenen vorteilhaft erscheint und auch keine Diskriminierung oder Zutrittsbeschränkung für bestimmte Abnehmergruppen enthält¹¹⁰. Präzisere Konturen gewinnt dieses Diskriminierungskonzept durch den Begriff der „Marktsplaltung“. Als wettbewerbswidrige Marktsplaltung wird eine Aufteilung von Abnehmergruppen durch marktbeherrschende Unternehmen bezeichnet, die „einzelnen Abnehmern oder Abnehmergruppen den Zugang zu denjenigen Bezugsmöglichkeiten, die anderen bevorzugten Abnehmern oder Abnehmergruppen offenstehen, versperrt“¹¹¹. Im Falle des Ersatzteilvertriebs könnte danach gefragt werden, ob marktmächtige Automobilhersteller durch die bevorzug-

106 Schmidtchen, Wettbewerbspolitik als Aufgabe, 1978, 183, Fn. 198.

107 Schmidtchen, Methodologische und systemtheoretische Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Wirtschaftsdienst 1978, 467 ff., 474.

108 Schmidtchen, a.a.O. (Fn. 106), 188 ff.; Hoppmann, Marktmacht und Wettbewerb, 1977.

109 Wilde, Wettbewerbsverzerrungen und Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfragemacht, 1979.

110 A.a.O., 114 f.

111 Hoppmann, Behinderungsmissbrauch, 1980, 21; ebenso Wilde, a.a.O., 92 f.

te Rabattierung ihrer Vertragswerkstätten und/oder durch die diesen Werkstätten auferlegten Bezugsbindungen den Ersatzteilmarkt „aufspalten“. Eine Beantwortung dieser Frage erweist sich als schwierig. Für die Rabatte beim Verkauf von Konsumgütern an den Handel hat Hoppmann zwischen den jeweiligen Handelsfunktionen unterschieden und dementsprechend differenzierte Vergütungen als „echte Leistungsentgelte“ ebenso akzeptiert wie Sortimentsrabatte, mit denen Hersteller ihr Angebotsprogramm zu verkoppeln versuchen¹¹². Wie aber ist die Vergütung einer „Markterschließungsfunktion“ des Vertragshändlers zu beurteilen, wenn der Hersteller diese Funktion durch Vertikalbindungen erst produziert hat?

2.2.2.2. Die Funktion von vertikalen Bindungen im Austauschprozeß

Damit erweist es sich als unumgänglich, die Vertriebssysteme selbst auf ihre wettbewerbspolitischen Funktionen hin zu untersuchen. Dieser Aufgabe hat sich Heidrich in seiner theoretisch dem Konzept der Wettbewerbsfreiheit verpflichteten Monographie zum Automobilmarkt unterzogen¹¹³. Heidrich nähert sich der Problematik der vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen gleichsam indirekt. Er untersucht zunächst den Wettbewerb im „Austauschprozeß zwischen Automobilanbietern und Endnachfragern“, bestimmt auf dieser Grundlage die Funktionen vertikaler Bindungen für die Absatzstrategien der Unternehmungen und fragt erst dann nach ihrer wettbewerbsbeschränkenden Wirkung.

Das zentrale Wettbewerbsproblem des Austauschprozesses auf dem PKW-Markt sieht Heidrich in dem Informationsgefälle zwischen der Anbieter- und der Konsumentenseite¹¹⁴. Die Pointe seiner Argumentation besteht nun in dem Bemühen, trotz dieses Informationsgefälles die Funktionsfähigkeit des Austauschprozesses nachzuweisen. Heidrich grenzt sich dazu von Ansätzen der Informationsökonomik ab, die in Fällen eines Informationsungleichgewichts, wie es bei komplexen Konsumgütern häufig vorliegt, von einem Marktversagen sprechen¹¹⁵. Diesen Ansätzen wirft Heidrich vor, daß sie den Marktprozeß an einem prinzipiell unerreichbaren und nicht einmal genauer definierbaren Ideal messen (nämlich dem einer „vollkommenen“ Information), statt von der Unvollkommenheit des Wissens auszugehen, und den Umgang beider Marktseiten mit dieser Unvollkommenheit zu analysieren. Die Reaktion der Anbieterseite auf diese Problematik bezeichnet Heidrich als „Superzeichen“-Strategie¹¹⁶: Das Firmenzeichen werde

112 A.a.O., 30 f., 38, 43 f.; siehe auch Möschel, Umsatzbonusssysteme und der Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen, ZFP 1981, 225 ff.; vgl. demgegenüber zu Sortimentsrabatten Art. 6 Abs. 2 Nr. 2 c der GruppenfreistellungsVO für den Automobilsektor (unten Kap. 6, 4.1.4.).

113 Heidrich, Konsumentenwissen und Wettbewerb, 1981.

114 A.a.O., bes. 157 ff.

115 A.a.O., 64 ff., 157 f.; vgl. oben 1.2.

116 A.a.O., bes. 167 ff.

nier als Garant für die gesamte komplexe Angebotsleistung eines Herstellers eingesetzt – die Absatzstrategie der PKW-Hersteller, insbesondere auch die Original-Ersatzteilstrategie sind Ausdruck einer solchen „Problemlösung“. Die Entlastungseffekte, die sich aus dieser Strategie für die Entscheidung des Konsumenten ergeben, seien keineswegs als Desorientierung zu diskreditieren. Der Konsument könne nämlich, wenn er mit dem „Superzeichen“ konfrontiert werde, immer schon auf eigene Erfahrungen zurückgreifen und verfüge zudem über vielfältige zusätzliche Informationsmöglichkeiten, die er je nach Bedarf nutze¹¹⁷. Heidrich kommt zu dem Ergebnis, daß sich auf dem Automobilmarkt Angebots- und Nachfragemuster herausgebildet hätten, die eine sichere ex ante-Qualitätsauswahl ermöglichen¹¹⁸.

Aus dieser Sicht erscheinen mithin die Vertragshändlersysteme im Automobilsektor als ein Instrument, mit dem die Hersteller sicherstellen, daß die den Letztverbrauchern angebotene Marktleistung ihren Qualitätsvorstellungen entspricht; diese Verträge substituieren eine unternehmensinterne Lösung der Aufgaben der Qualitätssicherung in vertikalen Absatzketten. Konsequenterweise dürfen sie deshalb nicht als per se restriktive Praktiken angesehen werden¹¹⁹. Gefahren für den Wettbewerb sieht Heidrich vielmehr – und hier trifft sich seine Untersuchung im Ergebnis mit den Aussagen der New Economics¹²⁰ – nur im Horizontalverhältnis. Zu fragen sei, ob für andere Unternehmungen „der Einsatz der Aktionsparameter ‘Vertrauen schaffen’ beschränkt ist“¹²¹. Nach diesem Kriterium, das Heidrich selbst leider nicht genauer konkretisiert, dürfte eine vertikale Bindung dann wettbewerbswidrig sein, wenn sie für den Goodwill-Schutz des Bindenden nicht erforderlich ist. Danach wird man vermuten können, daß Heidrich bei der Beurteilung von Bezugsbindungen für Ersatzteile dem Vermittlungsvorschlag Mestmäckers¹²² zustimmen würde; ebenso könnte er die ungleichen Bezugskonditionen von Vertragshändlern und freien Werkstätten als Diskriminierung einstufen – definitive Interpretationen lassen seine Andeutungen aber nicht zu¹²³.

Heidrichs grundsätzlich positive Beurteilung der Funktionen vertikaler Beschränkungen konvergiert nicht nur im praktischen Ergebnis, sondern auch in einem wesentlichen Begründungselement mit den Aussagen der Chicago-Schule. Auch

117 A.a.O., 113 ff., 157 ff.

118 A.a.O., 208.

119 A.a.O., 212 f.

120 Oben 2.1.1. bei Fn. 63.

121 A.a.O., 212.

122 Oben Fn. 112.

123 Die Zurückhaltung Heidrichs dürfte sich aus der Schwierigkeit erklären, auf der Grundlage der Theorie vom Wettbewerb als Entdeckungsverfahren informationshaltige Kriterien zur Abgrenzung restriktiver von wettbewerbskonformen Verhaltensweisen zu finden. Auf diese Problematik kann hier nicht näher eingegangen werden; vgl. dazu Neumann, a.a.O. (Fn. 115), 205 ff.; Joerges, a.a.O. (Fn. 2), 106 ff.

wenn Heidrich nicht einfach die „willingness to pay“ der Konsumenten als nicht-hinterfragbaren Bezugspunkt für die Legitimation unternehmerischen Handelns vorstellt, sondern diesen Bezugspunkt ausdrücklich um die Informationsproblematik erweitert, so bleibt es dennoch unzulässig, jene Suchprozesse und Vorab-Festlegungen, die der Zahlungsentscheidung des Verbrauchers vorausgehen, als eine „Lösung“ der Informationsproblematik zu behandeln. Gewiß wird die strukturelle Asymmetrie der Anbieter-Endverbraucher-Beziehung durch das Erfahrungswissen der Verbraucher und durch unabhängige Informationsquellen gemindert. Aber der Umstand, daß es derartige Entscheidungshilfen gibt, besagt eben nicht, daß die Unterschiede in den Ausgangsbedingungen beider Marktpartner bedeutungslos würden.

Die Nähe der Position Heidrichs zu den Lehren der Chicago-Schule wird noch deutlicher erkennbar, wenn man sich die wettbewerbs-theoretischen Implikationen von Heidrichs Lösungsvorschlag vergegenwärtigt. Hoppmann hat diese Voraussetzungen kürzlich in aller Deutlichkeit formuliert: „In einer Welt unvollkommenen Wissens kann die Produktion nur von derjenigen Nachfrage gelenkt werden, die die Produzenten erwarten. Verbrauchersouveränität kann deshalb nur so aufgefaßt werden, daß die Produzenten bestrebt sind, die Nachfrage für das, was sie produzieren wollen, möglichst zutreffend zu antizipieren“¹²⁴. Die damit dem Unternehmer zugewiesene Führungsfunktion mag eine durchaus realistische Beschreibung der Rolle von Anbietern und Konsumenten enthalten¹²⁵. Aber diese Beschreibung darf eben nur als Diagnose und nicht schon als Lösung der verbraucher- und der wettbewerbspolitischen Implikationen strategischer Einflußnahmen der Anbieterseite auf die Konsumentenentscheidung ausgegeben werden¹²⁶.

2.2.3. Die pragmatische Variante des „marktprozeßtheoretischen“ Konzepts

Im Gegensatz zu den auf eine weitgehende Legalisierung vertikaler Beschränkungen hinauslaufenden Schlußfolgerungen der Hayek-Hoppmann-Schule, die ihre theoretische Begründung letztlich in einer Privilegierung der Funktion des Unternehmers im Wettbewerbsprozeß finden, kommt ein im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft von R. Kurz und L. Rall erarbeitetes Gutachten, dessen primäres Anliegen eine „ordnungskonforme Konkretisierung“ des Tatbestandes des Behinderungsmißbrauchs ist, zu dezidiert kritischen wettbewerbspolitischen Bewertungen typischer Vertikalbindungen¹²⁷. Die theoretischen Gründe für diese

124 Hoppmann, Wettbewerb und Werbung, WuW 1983, 776 ff., 777 f.

125 Vgl. näher Joerges, Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrechts, AG 1983, 57 ff., 64 f.

126 Vgl. oben 2.1.4. sowie die systematische Untersuchung des Verhältnisses der Chicago-Schule zur Hoppmann'schen Wettbewerbstheorie bei Behrens, a.a.O. (Fn. 52), 3. Teil III 1 c.

127 Kurz/Rall, Behinderungsmißbrauch, 1983; vgl. ähnlich Möschel, Antitrust and Economic Analysis of Law, ZgS 140 (1984), 156 ff., 166 ff.

praktischen Differenzen ergeben sich teils aus prinzipiellen, teils aus pragmatisch motivierten Korrekturen der marktprozess-theoretischen Prämissen des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit. Kurz und Rall wenden sich zum einen gegen die evolutionstheoretischen Annahmen, mit denen führende Exponenten dieses Konzepts die langfristig-selbsttätige Erosion wettbewerbskonform erlangter Marktmachtpositionen begründen und bestehen auf wettbewerbspolitischen Interventionen, die bereits der Bildung von Monopolsituationen entgegenwirken¹²⁸; sie bestreiten ferner die Identifizierbarkeit von situations- und zeitunabhängigen per se-Normen und verweisen demgegenüber auf die kontextabhängigen Ambivalenzen wettbewerbsgefährdender Verhaltensweisen, deren Beurteilung sich zwar theoretisch und empirisch anleiten lasse, die aber letztlich ohne pragmatisch-dezisionistische Elemente nicht auskommen könne¹²⁹ (und deshalb auch einen methodischen Synkretismus bei der Analyse von Wettbewerbsprozessen in Kauf nehmen müsse¹³⁰); all dies führt dann zu einer Rehabilitierung „traditioneller“ Zielsetzungen der Wettbewerbspolitik, zu denen namentlich die Bekämpfung von verfestigten Machtpositionen und der Schutz der Offenheit dynamischer Wettbewerbsprozesse zählen¹³¹.

Die leitenden Gesichtspunkte, die Kurz und Rall aus ihren allgemeinen Überlegungen für die Beurteilung wettbewerbsgefährdender Verhaltensweisen entwickeln, betreffen die Marktmacht der wettbewerbslichen Akteure, die Chancen potentieller Konkurrenten, die zeitliche Dauer von Machtpositionen und die Zahl der verbliebenen Konkurrenten. Diese Gesichtspunkte bedürfen dann freilich der Konkretisierung: Liefer- und Bezugssperren („Konkurrentensperren“) sollen dann bekämpft werden, wenn der Sperrende seine Marktmacht auf nachgelagerte Marktstufen ausdehnt und/oder etablierte Konkurrenten zu notwendigen Ressourcen keinen Zugang mehr finden; Bezugsbindungen (Ausschließlichkeitsbindungen) gelten dann als wettbewerbswidrig, wenn sie von marktbeherrschenden Unternehmen langfristig wirksam praktiziert werden und mit weiteren Beschränkungen verbunden sind, ohne daß sich dies mit technischen oder qualitativen Argumenten rechtfertigen ließe; bei den Koppelungsverträgen soll es – entsprechend den „traditionellen“ Vorbehalten des amerikanischen Antitrustrechts¹³² – auf die „Hebelwirkung“ solcher Bindungen und die Verfügbarkeit milderer Mittel ankommen¹³³; Preisdiskriminierungen dagegen seien milder zu beurteilen

128 A.a.O., 21 ff.; eine entsprechende Argumentation entfaltet ausführlich Neumann, a.a.O. (Fn. 94), 185 ff.

129 A.a.O., 24 ff., 35 ff.; vgl. die entsprechende Argumentation bei Möschel, Zur wettbewerbstheoretischen Begründbarkeit von Ausnahmebereichen, Ordo 32 (1981), 85 ff.

130 A.a.O., 49 ff.

131 A.a.O., 24, 33 f.

132 Vgl. oben Kap. 3, 4.1.2.2.

133 A.a.O., 71 f., 80 ff.; aus all dem ergibt sich dann (a.a.O., 238 ff.) eine scharfe Kritik am „Original-VW-Ersatzteile II“-Beschuß des BGH (BGHZ 81, 322; dazu Kap. 4, 1.2.3.2.).

und sollen nur ausnahmsweise mit Rücksicht auf die Marktmacht des Diskriminierenden und die jeweilige Marktentwicklungsphase wettbewerbsbeschränkend sein¹³⁴. Die Art, in der Kurz und Rall den theoretischen Ansatz des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit relativieren und zu einem „mittleren Abstraktionsniveau ... zwischen preistheoretischem Konstruktivismus und marktprozeßtheoretischem Attentismus“¹³⁴ übergehen, hat zu einem in der wettbewerbspolitischen Diskussion ungewöhnlichen Streitstand geführt: Die grundsätzlichen theoretischen und methodischen Differenzen zwischen der Chicago-Schule und den Vertretern des „reinen“ Wettbewerbsfreiheitskonzepts erweisen sich als praktisch folgenlos, und gleichzeitig überwinden die Vertreter einer pragmatischen Variante dieser Konzeption die seit Jahrzehnten gepflegten Gegensätze zur Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs.

2.3. Die Theorie des Gruppenwettbewerbs

Das Konzept des Gruppenwettbewerbs, das in der Bundesrepublik Deutschland vor allem Tietz entwickelt und in einer umfangreichen Studie verdeutlicht hat, ist gleichermaßen praktisch wie theoretisch bedeutsam: praktisch entspricht dieses Konzept dem Selbstverständnis zumindest der deutschen Automobilhersteller, und die Entscheidung des Bundesgerichtshofs¹³⁵ zum Ersatzteilvertrieb der Volkswagenwerk AG ist demgemäß als tendenzielle rechtliche Abseugung der Theorie des Gruppenwettbewerbs bezeichnet worden. Von allgemeinem theoretischen Interesse ist dieses Konzept, weil es das Verhältnis von Marketingstrategien zur Wettbewerbspolitik thematisiert und dabei die Verhaltensannahmen traditioneller Wettbewerbskonzepte in Frage stellt. Sölter hat in diesem Zusammenhang geradezu von einer Umkehrung der Voraussetzungen der Wettbewerbspolitik gesprochen: Während die herkömmliche Wettbewerbspolitik das Unternehmensverhalten als Resultante von Marktprozessen sehen wollte (die Unternehmen gleichsam als „Befehlsempfänger“ des Marktes ansah), gehe es bei der Entwicklung von Marketingstrategien darum, „Marktbedürfnisse vorauszuahnen, zu wecken, zu fördern und zu pflegen“¹³⁶.

2.3.1. Kontraktmarketing und Wettbewerbspolitik

Die Orientierung der Unternehmenspolitik an Marketingstrategien ist eine Tatsache, die sich im Falle der Automobilwirtschaft an der allgemeinen Praxis kooperativer (vertikaler) Vertriebssysteme ablesen läßt. Es ist das zentrale Anliegen von Tietz, diese Tatsache in das Bewußtsein der Wettbewerbspolitik zu bringen und ihre Anerkennung mit einer Umorientierung der Wettbewerbspolitik zu ver-

134 A.a.O., 72.

135 BGHZ, 81, 322 – „Original-VW-Ersatzteile II“.

136 Sölter, Bezugsbindungen in vertikalen Kooperationssystemen. „VW-Original-Ersatzteile“ als Beispiel, 1980, 23.

binden. Deshalb entwickelt Tietz zunächst eine Typologie der Kooperation, in der er skizziert, welche Formen von Dauerverträgen zwischen Hersteller- und Handelsstufe welchen Marketingkonzeptionen entsprechen und welche Interaktionssysteme sich dabei herausbilden¹³⁷. Dies geschieht in drei Argumentationsschritten: (1) In einer Zusammenstellung, die keinem spezifischen wettbewerbspolitischen Leitbild verpflichtet ist, stellt Tietz sieben vielfach anerkannte Wettbewerbsziele (Motivation/Information/Versorgung/Ökonomisierung/Einkommensverteilung/Fortschritt/Anpassung) und typische Operationalisierungen dieser Ziele dar¹³⁸. (2) Zur Beurteilung der Realisierungschancen für diese Zielsetzungen im „Gruppenwettbewerb“ werden dann 14 Hypothesen begründet¹³⁹. Der Gruppenwettbewerb und ein hoher Konzentrationsgrad auf der Hersteller-ebene verhinderten den Zugang neuer Wettbewerber nicht; die Dezentralisierung des Eigentums bleibe erhalten; die Gefahr einer Vorwärts- und Rückwärtsintegration in der Form formeller Konzentrationsprozesse werde gemindert; die Überlebenschancen der Gruppenmitglieder seien höher als beim Individualwettbewerb; innerhalb der Gruppen gebe es – anders als im Falle des Individualwettbewerbs – eine Tendenz zum Machtausgleich; ungeachtet der Kooperation sei innerhalb der Gruppen ein höherer Freiheitsgrad gewährleistet als beim Individualwettbewerb; die Intensität des Informationsaustausches führe zu hoher Markttransparenz; auch der Informationsaustausch mit Zulieferern und Konsumenten werde gefördert; das Angebotsprofil lasse sich räumlich, zeitlich und sachlich präziser sichern; die Kooperation erhöhe das Innovationspotential; die Produktionsfaktoren der Gruppe würden effizienter genutzt; gerade bei steigender Konzentration auf der Herstellerebene bleibe die Flexibilität der Marktversorgung gewährleistet; die hohen Investitionen für Forschung und Entwicklung; die gerade gesellschaftspolitische Zielsetzungen (z.B. im Energie- und Umweltbereich) verlangen, seien nur in starken Gruppen zu verkraften und umzusetzen; eine im Sinne der Raumordnungspolitik liegende Erhaltung dezentraler Angebotseinheiten erfordere deren enge Verkoppelung mit den Leistungen einer Gruppe; der organisatorische Zusammenhalt der Gruppe stabilisiere die Überlebenschancen der Mitglieder und erleichtere bei mittelständischen Unternehmungen die Lösung des Nachfolgeproblems. (3) Alle diese Thesen zu den positiven Auswirkungen des Gruppenwettbewerbs benutzt Tietz, um allgemeine Prämissen der Wettbewerbstheorie (des Individualwettbewerbs) in Frage zu stellen: Die Qualifikation der Kooperationen der Gruppe als Wettbewerbsbeschränkungen sei ebenso verfehlt wie die Unterstellung, daß die Informationsprobleme der Unternehmungen durch den Marktmechanismus gelöst werden könnten und sollten, und unangemessen seien insbesondere Versuche, innerhalb der Gesamtleistungen der Gruppe unterschiedliche Märkte abzugrenzen (z.B. unterschiedliche Märkte beim Absatz von Neuwagen oder im Verhältnis von Neuwagenabsatz, Ersatzteilvertrieb und Service-

137 Tietz, 11 ff.

138 Tietz, 59 f.

139 Tietz, 51 ff.

markt)¹⁴⁰. Diese allgemeinen Vorbehalte setzen sich in spezifischen Einwänden gegen die wichtigsten Leitbilder der Wettbewerbspolitik fort. So hält Tietz dem Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs insbesondere entgegen, daß die dort verwandten Marktstruktur-Kriterien der Tendenz zur Bildung enger Oligopole und der damit verbundenen Ausbildung komplexer Gruppenprozesse nicht gerecht werden könnten (diese Gruppen seien wie „natürliche Monopole“ zu behandeln)¹⁴¹. Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit (= der Koordinationsansatz) müsse sich dazu verstehen, die Kooperationssysteme selbst als ein Resultat des „Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren“ anzuerkennen¹⁴² – am Beispiel der Position Heidrichs ist ablesbar, daß dies mittlerweile durchaus geschieht¹⁴³.

Positiv umschreibt Tietz sein Wettbewerbskonzept als „strukturgesteuerten“, einem Leitbild der „vertragsgebundenen oder kontraktintensiven Marktwirtschaft“ verpflichteten Wettbewerbspolitik¹⁴⁴. Derzeit mangle es noch vielfach an adäquaten Analysen und Erklärungen für kooperativ verflochtene Märkte. Eben deshalb sei aber eine Zurückhaltung der Wettbewerbspolitik angezeigt; insbesondere gelte dies gegenüber Maßnahmen des Wettbewerbsrechts, denen bis auf weiteres „ökonomisch-politische Verfahrenslösungen“, d.h. Verhandlungsprozesse zwischen Wirtschaft und sachverständigen politischen Instanzen vorzuziehen seien¹⁴⁵.

2.3.2. Empirische Belege

Zur detaillierten Begründung seiner Hypothesen über die Wirkungen des Gruppenwettbewerbs wendet sich Tietz ausführlich der Beurteilung der Kontraktsysteme im Automobilsektor durch die Marktbeteiligten zu. Dabei interessieren hier insbesondere die Aussagen über Konsumenteninteressen, die Tietz aus Primärerhebungen belegt. Dies geschieht an drei Stellen:

(1) In einer Befragung von 500 (männlichen) PKW-Besitzern wurden Anforderungen an Automobilhersteller, an Händler und Vertragswerkstätten, an freie Werkstätten und an reine Teile- bzw. Zubehör-Handelsbetriebe ermittelt¹⁴⁶. Die Anforderungsprofile stellen sich wie folgt dar:

– Hersteller: Sicherung einwandfreier Serviceleistungen, eines dichten Werkstattnetzes, der Ersatzteilversorgung

140 Tietz, 63 ff.

141 Tietz, 67 ff.

142 Tietz, 77 ff.

143 Vgl. oben 2.2.2.

144 Tietz, 94, 101; vgl. auch Tietz/Mathieu, Das Kontrakt-Marketing als Kooperationsmodell, 1979, 364 ff.

145 Tietz, 103, 94.

146 Tietz, 114 ff., 303 ff.

- Vertragswerkstätten: fachmännische Arbeit; qualifiziertes Personal; Preisgünstigkeit; umfassende Lagerhaltung; Verwendung von Originalteilen
- freie Werkstätten und Tankstellen: hier steht die Preisgünstigkeit vorn
- Handelsfirmen: Fachberatung; Preisgünstigkeit; umfassendes Angebot.

Danach entspricht das Marketingkonzept der Hersteller exakt den Anforderungen der Konsumenten und das Marktangebot insgesamt differenzierten Bedürfnissen innerhalb der Verbraucherschaft.

(2) Die Beurteilung der Kontraktvertriebssysteme der Hersteller wurde besonders ermittelt und ergab, daß die Konsumenten den Vertragswerkstätten insbesondere

- einen hohen Standard im Service (95,5%)
- die Sicherstellung der Ersatzteilversorgung (94,6%)
- die reibungslose Abwicklung von Garantiefällen

positiv zurechnen, 63,8% der Befragten allerdings der Meinung waren, daß diese Systeme die Werkstattleistungen verteuern¹⁴⁷.

(3) Eine Konkurrenzsituation liegt nach Ansicht der PKW-Besitzer insbesondere dann vor, wenn mehrere leistungsfähige Anbieter vorhanden sind, diese sich intensiv um Kunden bemühen, unterschiedliche Preise für vergleichbare Güter verlangt werden und Anbieter bereit sind, über Preise und sonstige Leistungen zu verhandeln. Die Wettbewerbsintensität in diesem Sinne wird beim Neuwagenverkauf als sehr stark, beim Zubehör und im Reparaturangebot geringer, beim Ersatzteilvertrieb am geringsten eingestuft; der Intra-Gruppenwettbewerb gilt als stark (30% der Befragten) bis schwach (45% der Befragten)¹⁴⁸.

2.3.3. Einwände

Der Forderung nach einer Berücksichtigung von Kooperationsbeziehungen bei der Analyse und Bewertung von Marktverhältnissen und die Interpretation des Kontraktmarketing als Ausdruck langfristiger Entwicklungen in Industrie und Handel können sich Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik nicht verschließen. Die von Tietz aufgezeigten kooperativen Verflechtungen erscheinen sogar noch dichter, wenn man in Rechnung stellt, daß über Verbände und andere branchenweit tätige Organisationen zwischen den Angehörigen unterschiedlicher „Gruppen“ und ungebundenen Akteuren zusätzliche Verbindungen geschaffen werden, die sich auf die Binnenbeziehung in den Gruppen und auf die Konkurrenz zwischen ihnen auswirken, daß überdies weitere Wirtschaftssektoren, insbesondere die Versicherungswirtschaft, ihre Einflüsse ausüben und zudem bei wirtschaftlich zentralen Problemen auch staatliche Stellen vermitteln oder regulierend eingrei-

147 Tietz, 225 ff.

148 Tietz, 261 ff.

fen. All dies macht Tietz' Zweifel an der Realitätsnähe wettbewerbstheoretischer Modelle verständlich. Aber zum einen behalten diese Modelle mit ihrem Ansatz beim „Individualwettbewerb“ doch auch ein Stück Konfliktwirklichkeit im Blick, das Tietz vernachlässigt, und zum anderen bedient sich Tietz gerade bei seinen Aussagen über die Bedeutung von Kooperationsbeziehungen für Endverbraucher der gleichen Äquivokationen von „Bedarf“ und „Bedürfnis“ wie die ökonomische Analyse und Heidrich in ihren jeweiligen Wettbewerbskonzepten.

2.3.3.1. Intra- und Inter-Gruppenkonflikte

Ergänzungs-, aber damit auch korrekturbedürftig erscheint zunächst das von Tietz gekennzeichnete Partnerschaftsbild innerhalb der konkurrierenden Gruppen. Die von Tietz¹⁴⁹ betonte wechselseitige Anerkennung von Rechten und Pflichten in der Hersteller-Vertragshändler-Beziehung hat sich, wie die Studie von Macaulay¹⁵⁰ belegt, jedenfalls in den USA erst in langwierigen und aufreibenden Auseinandersetzungen ergeben und der in der Bundesrepublik ohne entsprechend spektakuläre Konflikte erreichte Stand wird, wie der von dem Verband der Opel-Händler e.V. angestrenzte Prozeß gegen zahlreiche Bestimmungen des Opel-Vertragshändlervertrages zeigt¹⁵¹, eben nicht von allen Gruppenangehörigen positiv beurteilt. Richtig ist allerdings, daß in diesen Auseinandersetzungen nicht in erster Linie jene unternehmerische Freiheit verteidigt wird, die Kritiker selektiver Vertriebssysteme im Namen der Wettbewerbspolitik den Vertragshändlern einräumen möchten¹⁵², während die Gruppenangehörigen jene Bindungen akzeptieren, die dem gemeinsamen Interesse an einer Strategie der Produktdifferenzierung entsprechen. Es geht den Händlern m.a.W. offenbar primär um Rechtsklarheit und um einen „Sozialschutz“ gegenüber den Dispositionsbefugnissen der Herstellerseite, also auch um eine Realisierung von „Partnerschafts“-Elementen¹⁵³.

149 Tietz, 221.

150 Law and the Balance of Powers. The Automobile Manufacturers and Their Dealers, 1966.

151 LG Frankfurt ZIP 1982, 1224; OLG Frankfurt BB 1983, 1435; BGH, BB 1985, 218.

152 Vgl. nur den Hinweis von Tietz, 272, auf die Billigung der Bezugsbindungen der Volkswagenwerk-AG durch den Händlerbeirat und die dementsprechende Stellungnahme von Turnwald (früherer Sprecher des VAG-Händler-Beirats) in: Die Betriebswirtschaft 40 (1980), 641 f.; im Opel-Verfahren (Fn. 151) spielt diese Problematik schon deshalb keine Rolle, weil sich der Vertragshändlervertrag auf eine Hinweispflicht beschränkt.

153 Demgegenüber finden sich in Bezug auf das Neuwagengeschäfts Aussagen zur Intensität des Intra- und Inter-Gruppenkonflikts, die den Annahmen in Kap. 2, 3.1.3. bei Fn. 147 ff. entsprechen (Tietz, 267 f.). Zur wettbewerbspolitischen Bedeutung eines derartigen „Sozialschutzes“ für den Intra- und Inter-Gruppenkonflikt vgl. Kap. 6, 5.

Über die marktschließenden Effekte der Vertriebssysteme im Automobilsektor berichtet Tietz im Zusammenhang mit seinen Erhebungen zur Beurteilung dieser Vertragswerke durch die Marktbeteiligten¹⁵⁴. Aber Tietz geht es dabei nicht um eine wettbewerbspolitische Bewertung im gewohnten Sinn. Er zeichnet vielmehr ein Szenario der möglichen negativen Konsequenzen einer strikt „anti-kooperativen“ Politik und stellt dem dann positive Einschätzungen einer Intensivierung der Kooperationssysteme gegenüber¹⁵⁵. Über diese Prognosen läßt sich schwerlich urteilen. Von den vergleichsweise marginalen wettbewerbspolitischen Änderungen, die gegenwärtig diskutiert werden, dürfte auch Tietz selbst keine derart weitreichenden – negativen oder positiven – Konsequenzen erwarten.

2.3.3.2. Verbraucherzufriedenheit

Ganz erheblichen Vorbehalten begegnet die Anlage und die Interpretation der Erhebungen zur Beurteilung des Kontraktmarketings durch die Endverbraucher. So dürfte bereits die Frage, wie die Konsumenten die Konkurrenzlage im PKW-Sektor einschätzen¹⁵⁶, eher dazu taugen, Alltagstheorien über die Funktionsweise des Wettbewerbs als über den realen Ablauf von Wettbewerbsprozessen zu ermitteln. Die Anlage der von Tietz vorgelegten Fragen weist jedenfalls aus, daß nicht ermittelt werden sollte, wie sich Konsumenten zwischen unterschiedlichen Varianten der Konkurrenz beim Neuwagenabsatz, beim Ersatzteilvertrieb oder beim Reparaturwesen entscheiden würden. Vollends fragwürdig ist aber die Interpretation, die Tietz seinen Erhebungen beifügt. Wenn Konsumenten die Wettbewerbsintensität beim Ersatzteilvertrieb geringer einschätzen als beim Neuwagenabsatz, so bestätigt dies keineswegs die Hypothese eines einheitlichen Marktes¹⁵⁷; viel näher läge es, für dieses Urteil die geringen Preisdifferenzen im Endabgabepreis zwischen Werkstätten und freien Werkstätten und/oder die ohnehin gravierenden Orientierungsschwierigkeiten von Verbrauchern verantwortlich zu machen.

Bei der Beurteilung des Kontraktmarketing durch die Konsumenten werden „Zustimmungsgrade“ zu Statements ermittelt¹⁵⁸, ohne daß den Befragten objektivierte Zusammenhänge zur Beurteilung angegeben wurden. Auch wenn man diese Befragungstechnik akzeptiert, bleibt ihre Auswirkung bedenklich: Die von 63,8% der Befragten geäußerte Meinung, das Kontraktmarketing verteuere die Werkstattleistungen¹⁵⁹, läßt sich nicht bruchlos in das Bild eines insgesamt hohen Zustimmungsgrades einfügen.

154 Tietz, bes. 180 f.

155 Tietz, 293 ff., 298 ff.

156 Vgl. oben 2.3.2. (3).

157 Vgl. aber Tietz, 265.

158 Siehe oben 2.3.1. (2).

159 Tietz, 226.

Unbefriedigend ist schließlich, daß die Erhebung zu den Anforderungen von PKW-Besitzern an Hersteller, Werkstätten und Handel¹⁶⁰ nur die Anforderungsprofile an vorhandene Angebote dokumentiert, nicht aber ermittelt hat, wie an sich mögliche Variationen dieses Angebots beurteilt werden würden. Auch hierin zeigt sich, daß es in der Studie von Tietz eher um die Erfolgchancen von Marketingstrategien als um eine Ausweitung der Handlungschancen von Konsumenten geht. Die Gleichsetzung der aus absatzwirtschaftlicher Perspektive ermittelten Dispositionen von Konsumenten mit ihren „Interessen“ ist nicht zulässig¹⁶¹.

2.4. Funktionsfähiger Wettbewerb

Marktstruktur, Marktverhalten und Marktergebnis (performance) sind die drei Variablen, denen nach dem (den) Konzept(en) des funktionsfähigen Wettbewerbs für die Durchsetzung wettbewerbspolitischer Zielvorstellungen entscheidende Bedeutung zukommt und die bei der Ausbildung wettbewerbsrechtlicher Normen oder in Einzelfallentscheidungen berücksichtigt werden können und sollen¹⁶². Für Vertriebsbindungen lassen sich von diesen Ansätzen her nur in sehr begrenztem Umfang allgemein anwendbare Regeln entwickeln. Die Beurteilung solcher Vertriebssysteme hängt vielmehr von den Wettbewerbsverhältnissen auf den betroffenen Märkten und auch von der Marktstellung des Unternehmens ab, das sich solcher Bindungen bedient. Deshalb wenden sich dem Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs verpflichtete wettbewerbsrechtliche Untersuchungen entweder einem bestimmten Wettbewerbssektor zu und begründen ihre rechtlichen Vorschläge (auch) mit Aussagen zur Struktur, zum Marktverhalten und zur Performance in diesem Sektor – diesen Weg geht namentlich die Arbeit von J.J. Schmitt¹⁶³; oder sie bemühen sich um Beurteilungskriterien, denen zwar allgemeine Bedeutung zukommt, deren wettbewerbspolitische Relevanz und rechtliche Anwendung aber von den im jeweiligen Markt herrschenden Umständen abhängt. Zugestandenermaßen gibt es prinzipiell nicht perfekt auflösbare Unverträglichkeiten zwischen den wettbewerbspolitischen Anforderungen dieses Konzepts und den Binnenstrukturen des Rechtssystems. Der Forderung nach umfassenden Marktanalysen kann das Rechtssystem namentlich in gerichtlichen Verfahren kaum in einer Ökonomen befriedigenden Weise entsprechen. Diese Forderung kollidiert überdies mit dem Bedürfnis nach einer systematischen Konsistenz rechtlicher Normen und den Forderungen nach der Vorhersehbarkeit rechtlicher Entscheidungen¹⁶⁴.

160 Siehe oben 2.3.2. (1).

161 Vgl. nur Scherhorn, Über die Bedeutung des Verbraucherverhaltens für die Funktionsfähigkeit des Marktes, ZVP 1 (1979), 20 ff.

162 Für einen unverändert hilfreichen Überblick vgl. I. Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, 1973, 46 ff.; für eine aktualisierte Übersicht vgl. Neumann, a.a.O. (Fn. 105), 119 ff., 145 ff.

163 Vgl. Schmitt, 16 ff., 32 ff., 41 ff.

164 Vgl. I. Schmidt, a.a.O. (Fn. 162), 61 ff.

Zuordnungen einzelner Autoren zu dem Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs in seiner statischen („workable competition“) oder dynamischen („effective competition“) Variante sind häufig problematisch. Im Falle Grossekkettlers ist dieser Vorbehalt im besonderen Maße angebracht. Grossekkettler steht den Ansätzen der „workable competition“ methodologisch und theoretisch nahe, weil er bei seiner Analyse (auch) preistheoretische Kalküle verwendet¹⁶⁵ und mit inhaltlichen Zielkonflikten der Wettbewerbspolitik rechnet¹⁶⁶. Für diese inhaltlichen Ziele aber knüpft Grossekkettler ausdrücklich an die ordoliberalen Tradition an, aus der sich auch das Konzept der Wettbewerbsfreiheit entwickelt hat, und er „dynamisiert“ dabei durch seine normative Verwendung des Freiheitszieles den preistheoretischen Datenkranz¹⁶⁷. Wichtiger als solche Zuordnungsschwierigkeiten sind indessen die inhaltlichen Aussagen. Grossekkettlers Beiträge gehören zu den wenigen Versuchen eines Brückenschlags zwischen einer betriebswirtschaftlichen und wettbewerbstheoretischen Analyse von Vertriebssystemen, die sich aus der Kenntnis beider Disziplinen heraus um die Entwicklung allgemeiner Kriterien für eine „externe“ Beurteilung vertriebspolitischer Entscheidungen bemühen.

Grossekkettler unterscheidet vier Typen der Kooperation: Vertriebsbindungssysteme, Alleinvertriebssysteme, Vertragshändlersysteme mit Bezugsbindung und Franchise-Systeme – die Kfz-Vertriebsverträge gehören zum dritten Typ. Zur Beurteilung dieser Systeme bezieht sich Grossekkettler auf vier wettbewerbspolitische Maximen, die er für allgemein anerkannt und verbindlich hält: Die Postulate der Freiheit, Wohlfahrt (Effizienz), Sicherheit und Gerechtigkeit. Märkte gelten dann und nur dann als funktionsfähig, wenn sie diesen Postulaten entsprechen. Nun sieht Grossekkettler selbst, daß seine Maximen einen geringen Informationsgehalt aufweisen und deshalb keine konkreten Urteile ermöglichen. Aber er entwickelt Indikatoren, die auf eine befriedigende Verwirklichung der Maximen hinweisen, sowie Such-Regeln, mit denen Marktstörungen (das sind Störungen der Mengen-, Kapazitäts- und Machtregulierung, der Produkt- und Verfahrensentwicklung) ermittelt werden sollen¹⁶⁸.

165 Vgl. dazu Grossekkettler, Ist die neoklassische Theorie wirklich nur l'art pour l'art?, JbS 1977, 1 ff. (dort verteidigt Grossekkettler die neoklassische Preistheorie gegen den von Vertretern dynamischer Konzepte erhobenen Vorwurf der praktischen Irrelevanz).

166 Grossekkettler, Die volkswirtschaftliche Problematik von Vertriebskooperationen. Zur wettbewerbspolitischen Beurteilung von Vertriebsbindungs-, Alleinvertriebs-, Vertragshändler- und Franchise-Systemen, ZfgW 28 (1978), 325 ff.

167 Grossekkettler, Die gesamtwirtschaftliche Problematik vertraglicher Vertriebssysteme, in: Ahlert (Hrsg.), Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, 1981, 255 ff., 258 ff.

168 A.a.O. (Fn. 167), 264 ff.

2.4.1.1. Indikatoren für Wettbewerbsstörungen

Hier interessieren nur die speziellen Indikatoren und Regeln für Kooperationsverträge. Da Vertriebsverträge allemal wettbewerbsbeschränkende Abreden enthalten, gilt es zunächst zu klären, ob es tatsächlich entsprechende Funktionsstörungen gibt, ferner, ob Kooperationsverträge geeignet sind, die festgestellten Störungen zu beheben, ob m.a.W. Kooperationsverträge bloß Ausdruck des Machtstrebens der Vertragsbeteiligten sind oder ob sie Produktivitätsvorteile erzielen, von denen letztlich auch der Konsument profitiert. Grossekttkler differenziert bei der Untersuchung dieser Fragen zwischen unterschiedlichen Kooperationstypen. Da in den Vertragshändlerverträgen des Kraftfahrzeugsektors und in sonstigen Vertriebsformen für Ersatzteile Elemente aller Grundtypen vorkommen, seien Grossekttklers wichtigste Gesichtspunkte zu allen Vertriebsformen genannt:

(1) Vertriebsbindungen (selektive Vertriebssysteme) werden mit dem Lockvogelargument (bloß suggerierte Preiswürdigkeit und Verdrängungseffekte gegenüber konkurrierenden Vertriebsformen), dem Beratungsargument (Problemgüter erfordern die Einschaltung fachkundiger Händler), dem Erfordernis angemessener Präsentation und Lagerhaltung, dem „Rosinenargument“ (Fachhändler müssen auch wenig gängige Artikel vorhalten und deren Vertrieb durch die „Schnelldreher“ suventionieren) sowie durch das „Prestigeargument“ (Veblen-Effekte/Snob-Effekte) gerechtfertigt. Von allen diesen Begründungen hält Grossekttkler nur das Prestigeargument für schlüssig und auch dies nur in eingeschränktem Umfang. Soweit nämlich die Wahl eines Produkts bloß auf unrichtigen Informationen beruht (sog. Indikatoreffekten) und nicht durch Prestigebedürfnisse motiviert ist, sei ein selektives Vertriebssystem nicht zu rechtfertigen¹⁶⁹. Gegenüber allen anderen Begründungsversuchen verweist Grossekttkler dagegen insgesamt auf die Funktionsfähigkeit von Marktprozessen. Diese seien in der Lage, die vom Konsumenten gewünschte Vertriebsform, die Vergütung einer sinnvollen Beratung, die erforderlichen Serviceleistungen sicherzustellen und angemessene Preisdifferenzen für schwer- und leichtgängige Güter zu honorieren.

(2) Für Alleinvertriebssysteme sieht Grossekttkler eine Rechtfertigung nur, wo ein Produkt mit erheblichen Kosten neu eingeführt wird und der Handel dafür entsprechende Anreize braucht. Konsequenterweise fordert er eine zeitliche Befristung solcher Systeme und ein Verbot von Bezugsbindungen¹⁷⁰.

(3) Den Vertragshändlersystemen mit Bezugsbindungen steht Grossekttkler dementsprechend kritisch gegenüber. Er wendet sich insbesondere gegen die Rechtfertigung von Bezugsbindungen mit Rücksicht auf Schulungsmaßnahmen von

169 A.a.O. (Fn. 166), 361; a.a.O. (Fn. 167), 291; vgl. auch ders., Der Fall „Deutsche SB-Kauf kontra adidas“, WRP 1978, 619 ff., 626, 629 f., 632.

170 A.a.O. (Fn. 166), 364 ff.; a.a.O. (Fn. 167), 293 ff.

Herstellern, weil Werkstätten ein eigenes Interesse an der Qualität ihrer Dienstleistungen entwickelten und hierfür gegenüber dem Konsumenten Nachweise (z.B. in der Form von Gütesiegeln) beibringen könnten (ohne auf das „Superzeichen“ des Herstellers angewiesen zu sein). Stichhaltig seien allerdings drei Gesichtspunkte:

- Die Rechtfertigung von Bezugsbindungen in der Startphase eines Unternehmens, das sich gegen drohende Preisunterbietungen eines finanzstarken Konkurrenten sichern muß
- Der Schutz von Betriebsgeheimnissen des Herstellers im Zusammenhang mit der Vergabe von Aufträgen an Zulieferer
- Die Bestätigung des Herstellers als zentraler Qualitätsprüfer, sofern eine solche Qualitätskontrolle zerstörende Stichproben erfordert, die der Handel nicht selbst durchführen kann.

Aber diese drei Gesichtspunkte sollen keine per se-Zulassung von Bezugsbindungen rechtfertigen. Das Starthilfeargument greife kaum; der Schutz von Betriebsgeheimnissen sei selten erforderlich; in bezug auf die Qualitätskontrolle müßte wohl sichergestellt sein, daß der Hersteller nicht lediglich Informationsmängel der Endverbraucher ausnutzt, sondern einen produktiven Beitrag leistet, den der Zulieferer nicht in der gleichen Weise erbringt¹⁷¹.

(4) Franchise-Systeme schließlich (in denen sich Elemente des Alleinvertriebs und des Alleinbezugs verbinden) hält Grosseckertler nur dann für wettbewerbspolitisch tragbar, wenn der Franchisegeber über ein spezifisch betriebswirtschaftliches Know-how verfügt, das nur mit dem Franchise-System dezentral genutzt werden kann¹⁷².

Zusammenfassend ergeben sich aus all diesen Argumenten vielfache Bedenken gegen die Vertriebspraktiken im Kraftfahrzeugsektor. Dies gilt insbesondere für den Neuwagenabsatz; hier wären Vertriebssysteme allenfalls für Prestigefahrzeuge zuzulassen. Beim Teilvertrieb müßte je nach der Rolle des Zulieferers differenziert werden (in vielen Fällen dürfte die Gefahr einer Ausbeutung des Hersteller-Know-hows nicht belegbar sein) und im übrigen wäre zu prüfen, ob Qualitätsmaßnahmen des Herstellers, wenn nicht vom Handel, so doch bereits von der Zulieferindustrie erbracht werden oder erbracht werden können.

171 A.a.O. (Fn. 167), 296 ff.

172 A.a.O. (Fn. 166), 371 f.; a.a.O. (Fn. 167), 300 ff.

2.4.1.2. Vorbehalte

Die Argumentation Grossektellers zeichnet sich dadurch aus, daß sie – im Gegensatz zu den aus der Sicht der Absatzinteressen von Anbietern entwickelten Vertriebsstrategien – die Verbraucher in die Position eines aktiv-gleichberechtigten Marktpartners zu bringen versucht.¹⁷³ Gerade dies macht die Position Grossektellers für eine auf Verbraucherinteressen konzentrierte Analyse attraktiv. Gleichwohl ist auf zwei Gruppen von Einwänden hinzuweisen:

- Grossektellers wettbewerbspolitische Maximen können infolge ihrer Unbestimmtheit bei der Bewältigung möglicher wirtschaftspolitischer Zielkonflikte kaum hilfreich sein. Dieser Einwand betrifft allerdings in erster Linie das Verhältnis der Wettbewerbspolitik zu anderen wirtschaftspolitischen Zielsetzungen (z.B. der Industrie- oder der Beschäftigungspolitik, die Grossekteller offenbar innerhalb einer weit verstandenen Wettbewerbspolitik austragen möchte). Dagegen ist das Verhältnis von Wettbewerbspolitik und Verbraucherschutz kaum problematisch. Die Rechtfertigung von Prestige-Bedürfnissen, die sich bei Grossekteller findet, ist zwar in der Verbraucherpolitik nicht eben populär; aber unter den Kautelen, die Grossekteller nennt, dürfte ein Bedürfnis nach verbraucherpolitischen Interventionen nicht nachweisbar sein.
- Der Unbestimmtheit der wettbewerbspolitischen Maximen entspricht die Unbestimmtheit einer Reihe von Kriterien, mit deren Hilfe Vertriebssysteme beurteilt werden sollen: Wie können illegitime Indikator-Effekte von legitimen Prestige-Effekten unterschieden werden? Wann endet die Einführungsphase, auf die sich die Zulässigkeit von Alleinvertriebsrechten und Vertriebsbindungen beschränken soll? Wie läßt sich verhindern, daß ein Hersteller durch überzogene Qualitätssicherungsmaßnahmen das grundsätzliche Verbot der Bezugsbindungen umgeht? Grossekteller sieht all diese Schwierigkeiten, die sich aus dem Abstraktionsniveau seiner ökonomischen Kriterien ergeben, selbst deutlich genug. Das Verhältnis der wettbewerbspolitischen Maximen zu den konkreten Konfliktkonstellationen, über die in juristischen Verfahren bei der Verwendung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen entschieden werden muß, entspricht dem Eingeständnis der „Ambivalenzen“ wettbewerblicher bzw. wettbewerbswidriger Verhaltensweisen durch die (pragmatische Variante des) marktprozeßtheoretischen Konzepts¹⁷⁴.

173 Bes. deutlich a.a.O. (Fn. 166), 338 f.

174 Vgl. oben 2.2.3. und für eine eindrucksvolle exemplarische Konkretisierung Grossekteller, Der Fall „Deutsche SB-Kauf kontra adidas“, a.a.O. (Fn. 169).

2.4.2. Effective Competition

Diejenigen Autoren¹⁷⁵, die den funktionsfähigen Wettbewerb als dynamischen Prozeß begreifen, stehen vor der Aufgabe, solche Wettbewerbsregeln zu formulieren, die dem Prozeßcharakter des Wettbewerbs Rechnung tragen, ohne diesen Prozeß einfach sich selbst zu überlassen. Sie können sich daher weder mit der – aus der Sicht des Anbieters und aus seinem Markterfolg bestimmten – Effizienz von vertikalen Bindungen begnügen noch mit einem – als bloßes Willkürverbot definierten – Schutz individueller Freiheiten auskommen. Selektive Vertriebsysteme müssen vielmehr auf ihre positive oder negative Bedeutung für den Prozeß der „schöpferischen Zerstörung“, des Aufbaus und der Erosion von Marktmacht hin analysiert werden. Als positiv gilt diese Wirkung, soweit selektive Vertriebsysteme die Angebotsvielfalt und den Wettbewerb intensivieren, z.B. weil sie ein Newcomer zur Durchsetzung eines neuen (innovativen) Angebotes bei verkrusteten Marktstrukturen einsetzt. Als negativ gelten selektive Vertriebsysteme, wenn sie den Prozeß des Aufbaus und Abbaus von Marktmacht stillstellen, z.B. weil ein marktbeherrschendes Unternehmen durch die vertikale Einbindung der Handelsstufe seine Marktposition langfristig gegen den Eintritt von Rivalen auf der Herstellerstufe absichert und/oder die Entfaltungschancen von Innovatoren auf der Distributionsstufe behindert¹⁷⁶.

Die Verpflichtung der Wettbewerbspolitik auf die „Bewahrung“ von Ungleichgewichtslagen stellt dem Recht und seiner Administration schwer zu bewältigende Aufgaben. Die „Produktivität“ der Ungleichgewichte ergibt sich aus Veränderungen von Märkten im Zeitablauf – Rechtsentscheidungen sanktionieren dagegen vielfach bloß reaktiv punktuelle Konflikte zwischen Marktteilnehmern; die rechtliche Beurteilung von Konflikten kann zwar auf die Umstände (also auch die jeweiligen Marktverhältnisse) Rücksicht nehmen, aber die Regeln, von denen die Beurteilung ausgeht, dürfen die Gebote sachlicher Konsistenz und zeitlicher Konstanz nicht vernachlässigen. Die Vertreter der dynamischen Variante des funktionsfähigen Wettbewerbs sehen diese Schwierigkeiten selbst und versuchen ihnen dadurch Rechnung zu tragen, daß sie die Anforderungen an die Analyse von Marktprozessen in gerichtlichen oder administrativen Verfahren durch generalisierende Vermutungsregeln vereinfachen und preistheoretisch-statischen Analysen Raum geben. So wird in der amerikanischen Literatur für marktbeherrschende Unternehmen ein striktes Verbot vertikaler Bindungen gefordert, während umgekehrt auch auf oligopolistischen Märkten dem Newcomer eine zeitlich

175 Siehe Carstensen, a.a.O. (Fn. 95), 774; Neumann, a.a.O. (Fn. 128), 138 ff.

176 Anders als in der ökonomischen Analyse wird die Unterscheidung von „vertikalen“ und „horizontalen“ Wettbewerbsbeschränkungen relativiert, weil der Marktprozess durch beide Formen von Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich in der gleichen Weise gestört werden kann; vgl. Carstensen, *Annual Survey of Antitrust Developments: 1976 – 1977*, Washington and Lee Law Review 35 (1978), 1 ff., 7 (in Fn. 31).

befristete Freistellung zugestanden werden soll¹⁷⁷. Bei der Abgrenzung kompetitiver von wettbewerbsbeschränkenden Bindungen berücksichtigt man das preistheoretische Analyse-Instrumentarium der New Economics, um Effizienzvorteile einer vertikalen Wettbewerbsbeschränkung gegen mögliche restriktive Auswirkungen abzuwägen und prüft, ob zur Durchsetzung von berechtigten ökonomischen Interessen auch „mildere“ Bindungen in Betracht kommen¹⁷⁸.

2.5. Allgemeine Schlußfolgerungen zur Beurteilung selektiver Vertriebssysteme im europäischen Wettbewerbsrecht

Die terminologische, methodische und inhaltliche Vielfalt der Grundlagendiskussion zu den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen sollte nicht darüber hinwegtäuschen, daß es in zentralen Fragen vielfach grundsätzliche Übereinstimmungen gibt, daß zudem konzeptionelle Differenzen bei der Transformation der theoretischen Analysen in rechtliche Normen an Gewicht verlieren, weil von den jeweiligen rechtlichen und administrativen Rahmenbedingungen ein Zwang zur Vereinfachung und Konkretisierung der theoretisch beliebig differenzierungsfähigen Beurteilungskriterien ausgeht. Die folgenden Überlegungen sollen diese Übereinstimmungen festhalten und zugleich Leitlinien für die Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen entwickeln, die sich in die Systematik des Art. 85 Abs. 3 EWGV einfügen. Die theoretischen Prämissen, die dieser bewußt pragmatischen Vorgehensweise zugrunde liegen, sollten durch die Behandlung der konkurrierenden wettbewerbstheoretischen Ansätze deutlich geworden sein: Vorausgesetzt wird die Kritik an einer per se-Legalisierung vertikaler Beschränkungen wie sie von der Chicago-Schule, aber auch von dem „reinen“ neoklassischen Konzept der Wettbewerbsfreiheit propagiert wird. Ansatz dieser Kritik ist die Marginalisierung der Rolle des Konsumenten, die im einen Fall im Rahmen einer statischen, im anderen Fall im Rahmen einer dynamischen Theorie geschieht und die in beiden Ansätzen zugleich zu einer Marginalisierung der wettbewerbspolitischen Gefahren vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen führt¹⁷⁹. Vorausgesetzt wird ferner die prinzipielle Angemessenheit einer dynamischen Wettbewerbstheorie zur Erfassung wettbewerblicher Prozesse und damit auch die prinzipielle Berechtigung der Kritik nicht nur an dem methodischen Ansatz der Chicago-Schule, sondern auch an den statischen Varianten der Theorie des funktionsfähigen Wettbewerbs¹⁸⁰. Aber dieses grundsätzliche Bekenntnis zur Angemessenheit eines dynamischen Wettbewerbsverständnisses ist sogleich aus den schon genannten Gründen zu relativieren: für die Administration des Wettbewerbsrechts ist ein konsequent dynamischer Ansatz nicht durchhaltbar und eine Zuhilfenahme preistheoretisch-konstruktivistischer Kalküle unverzichtbar.

177 Vgl. z.B. Carstensen, a.a.O. (Fn. 105), 798; Pitofsky, a.a.O. (Fn. 95), 28.

178 Vgl. unten 2.5.1.2. und 2.5.1.3. sowie 2.5.2.

179 Vgl. oben 2.1.4. und 2.2.2. a.E.

180 Vgl. oben 2.1.4.1. und 2.4.2.

2.5.1. Qualitätswettbewerb, selektiver Vertrieb, Wettbewerbsintensität und der Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 1 EWGV

Die rechtssystematische Einordnung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen in Art. 85 EWGV¹⁸¹ gibt der Praxis flexible und daher im Einzelfall gewiß häufig auch angemessene Handlungsmöglichkeiten. Gemessen am Stand der wettbewerbspolitischen Diskussionen aber sind der systematische Ansatz und die wettbewerbsrechtlichen Kriterien, die jedenfalls die Darstellung der einschlägigen Entscheidungen zum europäischen Wettbewerbsrecht bestimmen, unbefriedigend geworden: für die ökonomische Kartellrechtsanalyse und für die Hayek-Hopmann-Schule deshalb, weil die Beurteilung vertikaler Beschränkungen noch immer viel zu streng ausfällt¹⁸², für die hier befürwortete (pragmatisch-) dynamische Konzeption vor allem deshalb, weil die Abgrenzung der wettbewerbswidrigen von den wettbewerbskonformen Wettbewerbsbeschränkungen allzu mechanisch und ohne zureichende Berücksichtigung der jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse geschieht.

2.5.1.1. Legalisierungen vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen ohne Freistellungsentscheidung

Im Ergebnis stimmen alle behandelten wettbewerbstheoretischen Ansätze darin überein, daß der Preiswettbewerb nicht als einzig legitime Wettbewerbsform bezeichnet werden darf, daß vielmehr gerade auch der Einsatz nicht-preislicher Parameter zur Intensivierung des Wettbewerbs beitragen kann. Die selektiven Vertriebssysteme spiegeln überdies Veränderungen in den Beziehungen zwischen Herstellern und Endabnehmern wider; teils integrieren sie traditionelle Großhandelsfunktionen auf der Herstellerebene, teils übertragen sie diese Funktionen der Endhandelsstufe¹⁸³. Gewiß sind all diese Entwicklungen wettbewerbs- und verbraucherpolitisch nicht etwa per se unproblematisch. Durch den Einsatz nicht-preislicher Parameter, durch Strategien der Produktdifferenzierung und die Kreation immer neuer Preis-Leistungs-Kombinationen entstehen „Marktunvollkommenheiten“, weil die Steigerung der Angebotsvielfalt mit einem Verlust an Markttransparenz verbunden ist und zumindest temporär Marktmachtpositionen entstehen, die strategisch ausgenutzt werden können. Derartigen Gefahren kann indessen die Wettbewerbspolitik grundsätzlich nur indirekt begegnen: Es gibt keine objektiv vorgegebenen Kriterien, nach denen sich wahre von falschen Verbraucherbedürfnissen, sinnvolle von unsinnigen Produktdifferenzierungen, legitime von illegitimen Preis-Leistungs-Variationen allgemeinverbindlich abgrenzen ließen. Es kann andererseits aber auch keineswegs davon ausgegangen werden,

181 Vgl. Kap. 3, 1.1.

182 Vgl. oben 2.1.3. und 2.2.2.

183 Vgl. für eine betriebswirtschaftliche Analyse Ahlert, Absatzstrategien des Konsumgüterherstellers auf der Grundlage vertraglicher Vertriebssysteme mit dem Handel, in ders., a.a.O. (Fn. 167), 43 ff.

daß die Nachfrage der Verbraucher die „bedarfsgerechte“ Angebotsform ohnehin hervorbringen wird und daher eine Verwendung vertikaler Bindungen überflüssig wäre. Die gleichen Prozesse, die bei fehlender Qualitäts- und Preistransparenz zu „Lemon“-Märkten führen können¹⁸⁴, sind bei der Warendistribution denkbar; insbesondere eine Nachfrage nach Pre Sales-Aktivitäten kann ihre Anbieter nur finden, wenn deren Aufwendungen auch honoriert werden – und diese Voraussetzungen lassen sich nur mit Hilfe vertikaler Bindungen schaffen¹⁸⁵.

Diese Einsicht liegt den Bemühungen der wettbewerbstheoretischen Diskussion um eine Bezeichnung von Indikatoren zugrunde, die für vertikale Beschränkungen eine Art Unbedenklichkeitsbescheinigung nahelegen: Gibt es für – aus der Sicht der Verbraucher – substituierbare Güter eine hinlänglich große Zahl von Anbietern (liegen also keine oligopolistischen Marktverhältnisse vor), existiert überdies eine Konkurrenz von Vertriebsmethoden, die der Distributionsstufe eigenständige Entfaltungschancen beläßt und insbesondere auch Discount-Angebotsformen nicht diskriminiert, so sollte die Etablierung eines selektiven Vertriebssystems ohne weiteres hingenommen werden. Um Mißverständnissen vorzubeugen, sei nochmals betont, daß die genannten Indikatoren nicht etwa eine „mißbräuchliche“ Verwendung vertikaler Bindungen ausschließen; es handelt sich um pragmatisch gemeinte Entscheidungshilfen, die auf eine Entlastung der wettbewerbspolitischen Praxis abzielen.

Im europäischen Wettbewerbsrecht könnte der in der Wettbewerbstheorie erreichte Konsens bereits bei der Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV zum Tragen kommen¹⁸⁶. Dadurch würden sich die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen einfachen qualitativen, in ihrer Summierung bedenklichen qualitativen und quantitativen Beschränkungen erledigen. An deren Stelle hätte dann die Frage nach der Wettbewerbsintensität und Angebotsvielfalt auf dem relevanten Markt zu treten. Daß dies für die Handhabung des Art. 85 Abs. 1 EWGV eine Erschwerung bedeuten müßte, läßt sich schwerlich behaupten. Gravierender wäre die Konsequenz, daß die Kommission ihre Wertungsprärogative bei der Beurteilung vertikaler Beschränkungen verliert und sich aus der unkoordinierten Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV in den Mitgliedstaaten zusätzliche Gefahren für die Kohärenz der europäischen Wettbewerbspolitik ergeben. Es ist indessen die Kommission selbst, die immer wieder einer verstärkten Mitwirkung der Mitgliedstaaten bei der Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts das Wort redet.

184 Vgl. oben 1.2.

185 Dies ist, entgegen Comonar, Vertical Territorial and Customer Restrictions: White Motor and its Aftermath, Harvard Law Review 81 (1968), 1419 ff., 1427 ff., der berechnete Kern des Free Rider-Arguments; vgl. dazu näher unten 2.5.1.2.

186 Vgl. Kap. 3, 5.4.

2.5.1.2. Preisbindungen

Gegenüber Preisbindungen hat die europäische Wettbewerbspolitik seit jeher eine dezidiert kritische Haltung eingenommen und auch gegenüber Umgehungsversuchen konsequent durchgehalten. Dies entspricht auch heute noch der Haltung des amerikanischen Supreme Court¹⁸⁷ und im Ergebnis auch sämtlichen gegen die Chicago-Schule gerichteten wettbewerbstheoretischen Ansätzen. Begründungsbedürftig bleibt diese Position gleichwohl: Wer sich grundsätzlich darauf einläßt, vertikale Wettbewerbsbeschränkungen als ein Element des Qualitätswettbewerbs zu behandeln, muß die qualitative Sonderstellung der Preisbindung begründen, sich mit dem zu ihrer Rechtfertigung vorgebrachten Free Rider-Argument auseinandersetzen und die Reichweite des Preisbindungsverbots gegenüber Umgehungsversuchen bestimmen.

Der wettbewerbspolitische Standardeinwand gegen die Preisbindung bezieht sich auf ihre potentiell kartellgleichen Auswirkungen¹⁸⁸. Vor allem in einem selektiven Vertriebssystem, das mit einer begrenzten Zahl von Händlern operiert, kann die Preisbindung als Substitut bzw. als Instrument eines Händlerkartells wirken. Sie bietet dabei sogar den Vorteil, daß die Uniformität der Preise auf der Handelsstufe nicht von den Händlern selbst, sondern vielmehr zentral durch die Hersteller gewährleistet wird. Gleichzeitig erleichtern Preisbindungssysteme auf der Herstellerebene ein kollusives Zusammenwirken und stabilisieren entsprechende Kooperationen, weil Preiszugeständnisse relativ leicht entdeckt werden können.

Die Schlüssigkeit dieser Einwände hängt nun allerdings von der Wettbewerbsintensität auf den betroffenen Märkten ab. Zur Begründung eines per se-Verbots gerade der Preisbindung müssen deshalb zusätzliche, von den Marktstrukturen unabhängige Argumente beigebracht werden. Diese Argumente setzen bei spezifischen Marktunvollkommenheiten an: Auch bloß marktstarke Unternehmen und ihre gebundenen Händler verfügen über ein Potential von Marktmacht, das zum Nachteil von konkurrierenden Unternehmen und auf Kosten der Konsumenten ausgenutzt werden kann. Vorausgesetzt wird dabei lediglich, daß Hersteller und Händler ein gemeinsames Interesse an überhöhten Preisen entdecken und durchsetzen. Gegenüber konkurrierenden Anbietern kann dieses Interesse zu einem „Austausch“ hoher Handelsmargen gegen eine langfristige Händlerloyalität führen¹⁸⁹, gegenüber Konsumenten in einer strategischen Nutzung ihrer Informationsprobleme zugunsten des hochpreisigen (gebundenen) Produkts¹⁹⁰. Und alle-

187 Vgl. Kap. 4, 4.2.1. und 4.2.2.

188 Vgl. z.B. Pitofsky, a.a.O. (Fn. 95), 14 ff.; ders., In Defense of Discounters: The No-Frills Case for a *Per Se* Rule Against Vertical Price Fixing, Georgetown Law Journal 71 (1983), 1487 ff., 1490 f.

189 Vgl. Kap. 4, 4.2.2.

190 Vgl. oben 2.1.4.1.

mal bedeutet die Preisbindung eine systematische Diskriminierung von Billiganbietern, die eine kostengünstige Distributionsstrategie entwickeln¹⁹¹.

Die Behauptung, daß die Preisbindung zu einer wettbewerbswidrigen Nutzung von Marktmacht und zur Diskriminierung von Discount-Anbietern führe, ist nun allerdings ihrerseits begründungsbedürftig. Sie setzt eine Widerlegung der These voraus, die Preisbindung fördere nicht-preisbezogene Verkaufsaktivitäten und sei zur Abwehr von „Trittbrettfahrern“ unverzichtbar¹⁹². Nun ist in der Tat schwer einzusehen, welche Mechanismen dafür sorgen könnten, daß preisgebundene Händler ihre Margen tatsächlich zu derartigen Aktivitäten statt zu einer Steigerung ihrer Gewinne einsetzen. Dies ist schon deshalb schwer einzusehen, weil die Effizienz der gebundenen Händler nicht einheitlich ist – die Preisbindung kann mithin geradezu als Hemmschuh für die Entfaltung kostengünstiger Distributionsstrategien wirken¹⁹³. Gewiß sind diese Überlegungen nicht geeignet, die tatsächlich schwer bestreitbaren Gefahren eines „free riding“ zu beseitigen. Indessen bleiben Hersteller und Händler genügende (und spezifischere!) vertragliche Mittel, solchen Gefahren vorzubeugen¹⁹⁴. Insgesamt sprechen diese Überlegungen für die Berechtigung eines strikten Verbots der Preisbindung. Sie betreffen freilich nur die Festlegung von Mindestverkaufspreisen; für Preisbindungsvereinbarungen, die lediglich Höchstpreisgrenzen festschreiben, gelten sie nicht¹⁹⁵.

2.5.1.3. Absoluter Gebietsschutz

Die zweite Klasse vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen, in denen das europäische Wettbewerbsrecht und auch die führenden Kritiker der Chicago-Schule an einer strikten Verbotsnorm festhalten, betrifft Gebietsschutzklauseln, die einen Intra-brand-Wettbewerb vollständig unterbinden. Die Begründung entspricht der Argumentation gegen die Preisbindung: Der absolute Gebietsschutz entfaltet die gleiche Wirkung wie eine horizontale Absprache zwischen den Händlern, die Entfaltungschancen preispolitisch aktiver Handelsformen werden eingeschränkt; ihre berechtigten Interessen können die Hersteller durch mildere Mittel, z.B. durch die Zuweisung von Marktverantwortungsgebieten, wahren; als Vorkehrungen gegen ein Free Riding, kommen z.B. auch Rückvergütungsklauseln („profit pass-overs“) in Betracht¹⁹⁶. Für das europäische Wettbewerbsrecht ist

191 Vgl. Pitofsky, In Defense of Discounters, a.a.O. (Fn. 188), 1493.

192 Vgl. oben 2.1.2. und Kap. 4, 4.1.1.

193 Scherer, The Economics of Vertical Integration, Antitrust Law Journal 52 (1983), 687 ff., 701; Pitofsky, In Defense of Discounters, a.a.O. (Fn. 188), 1493.

194 Pitofsky, a.a.O.; Gerhart, The „Competitive Advantages“ Explanation for Intra-brand Restraints: An Antitrust Analysis, Duke Law Journal 1981, 417 ff., 433.

195 Vgl. Kap. 6, 4.1.6.2. sowie zur bisherigen Praxis Ritter, in: Langen, KartellG, 6. Aufl., § 15 EG 77 ff., 85.

196 Vgl. Pitofsky, a.a.O. (Fn. 95), 28 ff.; Abbott, Paradox Regained: Towards a „New Economic Approach“ to Vertical Restraints Policy, George Washington Law Review

diese Argumentation indessen zu einfach, weil hier die Verwendung von Gebietschutzklauseln typischerweise auf die Abschottung nationaler Märkte abzielt, auf denen nicht nur ungleiche Wettbewerbsbedingungen, sondern z.T. auch unterschiedliche Rahmenbedingungen herrschen. Die Entscheidung gegen territoriale Beschränkungen erklärt sich aus dem Bemühen, mit Hilfe der Gewährleistung des innergemeinschaftlichen Handels auf die Integration des Gemeinsamen Marktes hinzuwirken¹⁹⁷. Zur wettbewerbs- und integrationspolitischen Problematik der Regeln gegen die Marktaufteilung soll hier nicht allgemein Stellung genommen werden. Festgehalten sei zunächst nur, daß jedenfalls auf vermachteten Märkten, die durch Erstarrungen des Preiswettbewerbs gekennzeichnet sind, den Regeln gegen einen absoluten Gebietsschutz eine genuin wettbewerbspolitische Funktion zukommt, für die der nationalen Wettbewerbspolitik keine praktikablen Alternativen zur Verfügung stehen¹⁹⁸.

2.5.2. Die Handhabung des Art. 85 Abs. 3 EWGV

Mit Art. 85 Abs. 3 EWGV i.V.m. der VO Nr. 17 verfügt die europäische Wettbewerbspolitik nicht nur über sehr flexible Beurteilungs-, sondern auch Handlungsmöglichkeiten: Art. 85 Abs. 3 lit. b nimmt ausdrücklich auf die Wettbewerbsbedingungen im relevanten Markt Bezug, die Forderung nach einer „angemessenen Verbraucherbeteiligung“ verweist auf nachteilige Konsequenzen vertikaler Beschränkungen im „Austauschprozeß“ zwischen Anbietern und Endabnehmern, das Kriterium der „Unerläßlichkeit“ in Art. 85 Abs. 3 lit. a erlaubt eine Überprüfung der für eine Marketingkonzeption vorgebrachten Argumente und Art. 8 der VO Nr. 17 eröffnet der Kommission durch das Instrumentarium von Befristungen, Bedingungen und Auflagen Einflußchancen, die auf die jeweiligen Besonderheiten der betroffenen Güter und die Wettbewerbsintensität auf dem relevanten Markt abgestimmt werden können. Alle diese Rahmenbedingungen sind mit den Beurteilungsgesichtspunkten, die sich aus der wettbewerbspolitischen Grundlegendiskussion zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen ergeben haben, ohne Schwierigkeiten vereinbar und können mit Hilfe dieser Gesichtspunkte in einen kohärenten Zusammenhang gebracht werden.

2.5.2.1. Vermachtete Märkte und uniforme Vertriebssysteme

Art. 85 Abs. 3 lit. b und der Schutz der Marktgegenseite, der mit dem Erfordernis der „angemessenen Verbraucherbeteiligung“ zu gewährleisten ist, ermöglichen die Durchsetzung der für eine dynamische Wettbewerbskonzeption wichtigsten Gesichtspunkte: Diese Bestimmungen legitimieren die Kommission, den aus

48 (1980), 565 ff., 579 f., 585.; als anschaulichen Beleg vgl. Eiberger v. Sony Corp. of America, 622 F. 2nd 1068 (1982).

197 Vgl. Kap. 3, 4.

198 Vgl. näher Kap. 6, 3.2.1. und 6.1.2.

oligopolistischen Marktverhältnissen resultierenden Gefahren horizontaler Kollusionen auf der Händler- und Herstellerstufe entgegenzutreten, konkurrierende Anbieter gegen die Errichtung von Marktzutrittsschranken zu schützen, die Entfaltungschancen effizienter Distributionsformen zu sichern und darauf zu achten, ob mit Hilfe selektiver Vertriebssysteme Hersteller und Händler ihre aus einer Strategie der Produktdifferenzierung resultierende Marktmacht zum Nachteil der Endverbraucher nutzen. Dabei kann durch zeitliche Befristungen von Freistellungen, die Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 der VO Nr. 17 vorsehen, und durch die in Art. 8 Abs. 3 lit. a und d dieser VO eröffneten Widerrufsmöglichkeiten auch auf die jeweilige Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen, insbesondere auf die Situation des Newcomers und die für unterschiedliche Marktphasen typischen Veränderungen¹⁹⁹ Rücksicht genommen werden.

2.5.2.2. „Convenience Goods“ und „Non-Convenience Goods“

Die Unerläßlichkeit von Vertriebsbindungen, von der nach Art. 85 Abs. 3 lit. a eine Freistellung abhängig sein soll, wäre ein selten überwindbares Hindernis für die Legalisierung selektiver Vertriebssysteme, wenn man diese Voraussetzung in einem technisch-funktionellen Sinn verstehen würde. Ungeachtet aller Bekundungen oder Ankündigungen, die sich in den Entscheidungen und Verlautbarungen der Kommission finden, hat sich aber die Praxis von einer derart restriktiven Interpretation des Art. 85 Abs. 3 lit. a gelöst²⁰⁰. Nicht nur bei technisch komplizierten, sondern z.B. auch bei Prestigegütern akzeptiert man die Vertriebsbindungen, und bei den Argumenten, die zu ihrer Rechtfertigung vorgebracht werden, sind technisch-funktionelle und „bloß“ ökonomische Gesichtspunkte schwer unterscheidbar oder doch interdependent²⁰¹. Diese Praxis verträgt sich grundsätzlich durchaus mit dem hier zugrundegelegten Ansatz. Nur sollte dabei nicht übersehen werden, daß Art. 85 Abs. 3 lit. a EGWV i.V.m. der in Art. 8 Abs. 1 der VO Nr. 17 der Kommission eingeräumten Befugnis, ihre Freistellungsentscheidungen an Bedingungen und Auflagen zu binden, Differenzierungen nach den jeweils betroffenen Gütern und ggf. auch die Durchsetzung „milderer“ Bindungen ermöglichen. Dabei läßt sich der Einsatz dieser Kontrollmöglichkeiten auch auf die jeweilige Wettbewerbssituation abstimmen. Die Marktstärke des bindenden Unternehmens und Gefährdungen der Wettbewerbsintensität auf der Hersteller- oder Handelsebene können es erfordern, eine Freistellung von technisch-funktionellen Begründungen abhängig zu machen, einen konkreten Nachweis der für die Beschränkung vorgetragenen Gesichtspunkte zu verlangen und auf weniger restriktiven Alternativen zu bestehen²⁰².

199 Vgl. eingehend Neumann, a.a.O. (Fn. 128), 35 ff.; Kurz/Rall, a.a.O. (Fn. 127), 59 ff.

200 Vgl. Kap. 3, 5.2.1.

201 Vgl. Kap. 3, 3.2.4.

202 Vgl. oben 2.5.1.3.

2.5.2.3. Die „angemessene Verbraucherbeteiligung“ und das Verhältnis von Wettbewerbs- und Verbraucherpolitik

Das Kriterium der „angemessenen Verbraucherbeteiligung“ fungiert in der Regel bloß als ein Annex der jeweils betroffenen wettbewerbspolitischen Entscheidung; eigenständige Konturen hat es nicht gewonnen²⁰³. Die wettbewerbstheoretische Auseinandersetzung hat die Gründe hierfür verdeutlicht: Verbraucherinteressen sind für die ökonomische Analyse lediglich ein Spiegelbild ökonomisch effizienten Handelns der Anbieterseite und für die Theorie vom Wettbewerb als Entdeckungsverfahren Gegenstand planerisch-strategischer Entscheidungen²⁰⁴. Aber auch dynamische Wettbewerbskonzepte können Verbraucherinteressen immer nur gleichsam mittelbar, nämlich durch die Förderung der Intensität des Wettbewerbs und der Vielfalt von Angebotsvarianten sowie durch die Berücksichtigung von Informationsproblemen schützen. Dabei bleibt die Differenz zwischen den konkurrierenden Ansätzen der Wettbewerbspolitik verbraucherpolitisch bedeutsam genug, und die Fassung des Art. 85 Abs. 3 lit. b EWGV läßt sich sogar als ein rechtlich relevanter Anhaltspunkt zugunsten der hier vertretenen Wettbewerbskonzeption in Anspruch nehmen. An der Berechtigung der Forderung nach einer Ergänzung der Wettbewerbspolitik durch verbraucherpolitische Maßnahmen und auch an den latenten Konflikten zwischen beiden Politikbereichen ändert dies nichts. Die Dynamik des Wettbewerbs ist kein Substitut für eine unabhängige, nach eigenen Kriterien urteilende neutrale Informationspolitik; der Einsatz vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen im Interesse einer spezifischen Qualitätspolitik spricht nicht gegen eine verbraucherpolitisch motivierte Absicherung von Leistungsstandards und schon gar nicht gegen einen allgemein verbindlichen Schutz von Integritäts- und Sicherheitsinteressen²⁰⁵.

203 Vgl. Kap. 3, 5.2.2.

204 Vgl. oben 2.1.4. und 2.2.2.

205 Vgl. oben 1.1.

DIE GRUPPENFREISTELLUNGSVO FÜR DEN AUTOMOBILSEKTOR VOM 12. DEZEMBER 1984

Ungeachtet aller rechtssystematischen Unterschiede zwischen dem europäischen Wettbewerbsrecht und den nationalen Rechtsordnungen lassen sich überall gleichartige Konfliktkonstellationen und gleichgelagerte Bezugsprobleme für die rechtliche Beurteilung identifizieren. Ob der Bundesgerichtshof die „Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung“ des GWB abwägt¹, der Director General of Fair Trading und die Monopolies and Mergers Commission über Wettbewerbsbeschränkungen und öffentliches Interesse befinden², die französische Commission de la Concurrence und die Wirtschaftsadministration ihre wettbewerbspolitischen Urteilsprärogative gegenüber der Strafgerichtsbarkeit durchsetzen³, amerikanische Gerichte per se-Regeln interpretieren oder durch einen Rule of Reason-Test ablösen⁴, — stets geht es um eine Abwägung wirtschaftlicher Vorteile und wettbewerbspolitischer Gefahren: um die absatzwirtschaftlichen Motive für selektive Vertriebssysteme, um die damit verbundenen Beschränkungen der Autonomie des Handels, um die Öffnung der Vertriebsnetze für Zulieferunternehmen und deren Handelsorganisationen, um die Entfaltungschancen eines von den Herstellern unabhängigen Ersatzteil- und Reparaturgeschäfts⁵. Die rechtlichen Instrumente sind in allen untersuchten Rechtsordnungen flexibel genug, um auf diese Bezugsprobleme reagieren zu können, und sie sind dabei auch grundsätzlich in der Lage, konzeptionell begründete wettbewerbs- und verbraucherpolitische Forderungen, wie sie im 5. Kapitel diskutiert wurden, im Rahmen rechtlicher Wertungen umzusetzen. Wir sehen jedoch von dem Versuch ab, die entsprechenden Entscheidungsspielräume in den betroffenen Rechtsordnungen nochmals im einzelnen aufzuweisen. Statt dessen konzentrieren wir uns ganz auf die nunmehr verabschiedete GruppenfreistellungsVO für den Automobilsektor⁶. Dabei geht es uns nicht etwa um eine umfassende Analyse sämtlicher mit dieser Verordnung verbundenen Rechtsprob-

1 Vgl. Kap. 4, 1.2.3.2.

2 Vgl. Kap. 4, 2.2. und 2.3.

3 Vgl. Kap. 4, 3.5.

4 Vgl. Kap. 4, 4.3.

5 Vgl. auch schon Kap. 1, 2.1.

6 Verordnung (EWG) Nr. 123/85 der Kommission v. 12. Dezember 1984 über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, ABl. L 15 v. 18.1.1985, 16; dazu die Bekanntmachung der Kommission, ABl. C 17 v. 18.1.1985, 4.

leme, sondern, den Aufgaben dieser Studie entsprechend, in erster Linie um die inhaltlichen wettbewerbspolitischen Festlegungen und verbraucherpolitischen Implikationen der Verordnung für den Ersatzteilvertrieb und die damit zusammenhängenden Probleme des Neuwagenabsatzes und des Reparaturgeschäfts. Dabei beschreiben wir jeweils den betroffenen Regelungskomplex und verwerfen bei dessen Beurteilung die Untersuchungen des 2. Kapitels zur Phänomenologie des Ersatzteilmarktes und die konzeptionellen Überlegungen des 5. Kapitels. Für die rechtliche Würdigung beziehen wir uns zum einen auf die Darstellung der bisherigen Praxis der europäischen Wettbewerbspolitik, zum anderen aber auch auf die Erfahrungen der behandelten Rechtsordnungen.

1. Zur Entstehungsgeschichte der GruppenfreistellungsVO

Die Entstehungsgeschichte der GruppenfreistellungsVO hätte eine eigenständige Analyse verdient, die als politikwissenschaftlicher Beitrag zur Rechtssetzungspraxis der Gemeinschaft angelegt werden müßte. Der Regelungsansatz der VO war, wie der 4. Wettbewerbsbericht ausweist⁷, bereits vor über 10 Jahren formuliert worden und schon vor der Veröffentlichung des Verordnungsentwurfs⁸ hatte ein in vielen Kreisen kursierender Vorentwurf eine intensive Diskussion in Gang gebracht⁹. Hieraus erklärt sich, daß parallel zur Veröffentlichung des Verordnungsentwurfs am 24. Juni 1983 ausformulierte Positionen aller relevanten Interessengruppen vorlagen¹⁰. Im Anschluß an die Veröffentlichung hat sich

7 4. Wettbewerbsbericht 1974, 26 f.

8 Entwurf einer Verordnung (EWG) der Kommission über die Anwendung von Artikel 85 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen über Kraftfahrzeuge, ABl. C 165 v. 24.6.1983, 2. Der erste uns bekannte Entwurf datiert aus dem Jahre 1982 (IV/158/82).

9 Dieser Vorentwurf datiert vom Mai 1982 (Dok. IV/158/82-DE); dazu Jordan, Selektive Vertriebssysteme des Kraftfahrzeugsektors im europäischen Kartellrecht, RIW 1982, 867 ff.

10 Vgl. z.B. die Beiträge im Bulletin de l'Institut International de Concurrence Commerciale, Numéro Spécial: Colloque du 20 mai 1983, 1984, die sich bereits auf den in Fn. 8 zitierten Entwurf beziehen; s. auch die erste Stellungnahme des Beratenden Verbraucherausschusses vom 13.10.1982 (CCC 56/82; XI/264/82); der Wirtschafts- und Sozialausschuss hat durch seine Fachgruppe Industrie, Handel, Handwerk und Dienstleistungen am 5. April 1983 (R/CES 295/83) und am 11.4.1983 (R/CES 347/83) und dann endgültig am 28.9.1983 Stellung genommen (ABl. Nr. C 341 v. 19.12.1983, 18); die zweite Stellungnahme des Beratenden Verbraucherausschusses datiert vom 10.12.1983 (CCC/84/83; XI/517/83). – Aus der deutschsprachigen Literatur vgl. Jordan, a.a.O.; Frignani, Zur Behandlung der Ersatzteile im Entwurf einer Freistellungsverordnung der EG über den Vertrieb von Kraftfahrzeugen, GRUR Int. 1984, 19 ff. (es handelt sich um die deutsche Version des Tagungsbeitrages zu dem genannten Symposium v. 20.5.1983); Mathé, Der selektive Vertrieb nach europäischem Wettbewerbsrecht am Beispiel

dann die Auseinandersetzung um den Regelungsansatz der VO insgesamt und um deren einzelne Bestimmungen nochmals intensiviert. An einer von der Kommission im März 1984 durchgeführten Anhörung meldeten sich über 30 Organisationen zu Wort, die aber auch auf ihre jeweiligen nationalen Regierungen Einfluß zu nehmen versuchten, um so die Abstimmung der Kommission mit den Mitgliedstaaten in die jeweils gewünschte Richtung zu lenken. Erst nachdem die möglichen Kompromißlinien anhand eines Zwischenentwurfs vom Juni 1984 nochmals ermittelt worden waren, erließ dann die Kommission die endgültige Verordnung¹¹.

Eine politikwissenschaftliche Analyse dieses Rechtsetzungsprozesses müßte sich vor allem für das Phänomen der „Europäisierung“ von Problemlagen interessieren – freilich auch für die strukturellen Disparitäten, die dieses Phänomen für die je betroffenen Interessengruppen mit sich bringt. Einflußnahmen auf europäischer Ebene sind für einen ohnehin in europäischen Dimensionen planenden Wirtschaftszweig wie die Automobilindustrie eine Selbstverständlichkeit, während primär national orientierte, aber ebenfalls betroffenen Gruppen die Artikulation einer gemeinsamen Position offenbar schwerer fällt. Zu den schwierigen Aufgaben der Kommission gehört deshalb neben der Auseinandersetzung mit den auf europäischer Ebene präsenten Verbänden die Förderung von Europäisierungsprozessen. Gleichzeitig muß die Kommission zum einen die wettbewerbspolitischen Positionen der Mitgliedstaaten berücksichtigen¹² und zum anderen die Interdependenzen der Wettbewerbspolitik vor allem mit langfristigen nationalen und europäischen industriepolitischen Zielsetzungen berücksichtigen¹³. All diese Rahmenbedingungen begünstigen offenbar eine Ausbildung korporativer Politikmuster: Die Vorklärungen von Interessenlagen vollziehen sich innerhalb der jeweils agierenden Verbände, die dann ihre nationalen und europäischen Ansprechpartner auf parlamentarischer und administrativer Ebene suchen und sich gleichzeitig in einen permanenten europäischen Bargaining-Prozeß verstricken.

der Automobilbranche, *RabelsZ* 48 (1984), 721 ff.; vgl. auch Joerges, *Selective distribution schemes in the motor-car sector: European competition policy, consumer interests and the draft Regulation on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of motor-vehicle distribution and servicing agreements*, in: Goyens (Hrsg.), *E.C. competition policy and the consumer interest*, 1984, 187 ff.

- 11 Der Zwischenentwurf ist abgedruckt im Bericht des Select Committee des House of Lords, XXX ff.
- 12 Für den Ersatzteilvertrieb also die „VW-Original-Ersatzteile II“-Entscheidung des BGH (dazu Kap. 4, 1.2.3.2.), die britische Order No. 1146/82 (dazu Kap. 4, 2.2.2.) sowie die Stellungnahme der französischen Commission de la Concurrence (dazu Kap. 4, 3.5.).
- 13 Vgl. die Stellungnahme der Kommission zur europäischen Automobilindustrie. Mitteilung der Kommission an den Rat, vorgelegt am 16.8.1981, Beilage 2/1981 zum Bulletin der EG.

2. Der wettbewerbspolitische Regelungsansatz der GruppenfreistellungsVO

Nicht nur die Einflußnahmen aggregierter Interessen, sondern auch interne organisatorische Zwänge und die Rolle des Rechts im Verfassungsgefüge der Gemeinschaft bestimmen die Inhalte der europäischen Rechtspolitik¹⁴. Die GruppenfreistellungsVO für den Automobilsektor ist ein exemplarischer Beleg für die Bedeutung dieser beiden Einflußfaktoren.

2.1. Die allgemeine wettbewerbspolitische Problematik von GruppenfreistellungsVO

Die institutionellen Handlungszwänge der europäischen Wettbewerbspolitik sind bekannt. Das Mißverhältnis zwischen den Aufgaben und der personellen Ausstattung der Kommission ist eklatant¹⁵; es hat zu den viel beklagten Wartezeiten für Freistellungsentscheidungen beigetragen¹⁶ und frustriert ebenso Bemühungen um eine Sanktionierung von Rechtsverletzungen. Aber auch die doktrinelte Entwicklung des europäischen Wettbewerbsrechts muß als Reaktion auf die notorische Überlastung der Kommission gesehen werden. Dies gilt namentlich für die Spürbarkeitsdoktrin, für die Legalisierung „qualitativer“ vertikaler Beschränkungen, für die Erfindung der „comfort letters“ und die Bemühungen um eine Dezentralisierung der Anwendung der Wettbewerbsregeln¹⁷.

Erklärtermaßen zielt gerade auch die Regelungstechnik der GruppenfreistellungsVO auf eine Entlastung der Kommission, und es wäre gleichermaßen illusorisch wie billig, diese Effekte einer GruppenfreistellungsVO bei einer inhaltlichen Kritik zu vernachlässigen. Gleichwohl hat die gewählte Regelungstechnik ihren wettbewerbspolitischen Preis: Für alle wettbewerbspolitischen Konzepte, deren Verwirklichung differenzierende Beurteilungen und flexible Maßnahmen erfordern, namentlich also auch für die in dieser Studie befürworteten dynamischen Ansätze, sind GruppenfreistellungsVO notwendig unbefriedigend. Diese Verordnungen müssen langfristige Festlegungen treffen – und deshalb sieht Art. 14 der VO eine zehnjährige Geltungsdauer vor –, aber die Wettbewerbsverhältnisse im Automobilsektor können sich erheblich rascher in relevanter Weise verändern. GruppenfreistellungsVO können überdies in ihren materiellen Bestimmungen schwerlich nach der Marktstärke der betroffenen Unternehmen und jedenfalls nicht nach

14 Vgl. allgemein Steindorff, Politik im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Diskussions-Papier 7/1983 (Eröffnungsveranstaltung des ZERP am 21./22. April 1983), 35 ff.; Ehlermann, Die Rolle des Rechts und der Juristen in der Europäischen Gemeinschaft, ebda. 45 ff.

15 Vgl. nur Steindorff, Europäisches Kartellrecht vor staatlichen Gerichten II, ZHR 142 (1978), 525 ff., 528.

16 Vgl. nur die Angaben im 9. Wettbewerbsbericht 1979, Ziff. 2.

17 Vgl. Kap. 3, 3.1., 3.2.1. und 3.2.4.

unterschiedlichen Marktphasen differenzieren – aber gerade solche Differenzierungen sind für dynamische Wettbewerbskonzepte von zentraler Bedeutung. Das im wörtlichen Sinne durchschlagende Argument, das dennoch für die Regelungstechnik der GruppenfreistellungsVO spricht, ist der Mangel an praktikierbaren Alternativen. Demgemäß wird die Beurteilung der Verordnung sich auf die Gratwanderung zwischen inhaltlichen Festlegungen, die unter spezifischen Wettbewerbsbedingungen problematisch werden können, und Vorbehalten, die inhaltlich angemessenere Einzelentscheidungen ermöglichen, ohne das Zustandekommen solcher Entscheidungen garantieren zu können, einlassen müssen.

2.2. Wettbewerbsverhältnisse und Marketingstrategien

Die Bedeutung des Rechts für die Politikformulierung der Gemeinschaft ermöglicht und erfordert, daß die Kommission rechtliche Vorgaben, die sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergeben, respektiert und auch an ihren eigenen rechtlichen Maßstäben nach Möglichkeit festhält. Dieser Zwang zur Kontinuität hat gegenüber den rechtspolitischen Forderungen der Automobilindustrie offensichtlich entlastend gewirkt und gleichzeitig den Einfluß der neuen wettbewerbspolitischen Grundlagendiskussion begrenzt, die in ihren vorherrschenden Strömungen eine Liberalisierung der Wettbewerbspolitik gegenüber vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen nahe legt¹⁸. Sie hat aber auch eine allzu pauschale Behandlung der Wettbewerbsverhältnisse auf den betroffenen Märkten begünstigt.

2.2.1. Wettbewerbsbedingungen und Marktabgrenzungen

Im 25. Erwägungsgrund der FreistellungsVO finden sich zu den wettbewerbsrechtlichen Rahmenbedingungen im Automobilsektor bündige Feststellungen. Derzeit sei „davon auszugehen“, daß „sowohl zwischen den Vertriebsnetzen der (Automobil-)Hersteller als auch bis zu einem gewissen Grad innerhalb derselben im Gemeinsamen Markt wirksamer Wettbewerb fortbesteht“ und sowohl für Automobile wie für Automobilersatzteile „die Voraussetzungen für wirksamen Wettbewerb auch im Handel zwischen Mitgliedstaaten gegeben sind“. Art. 10 Nr. 1 präzisiert diesen Vorbehalt. Die Kommission kann die Vorteile der GruppenfreistellungsVO entziehen, wenn Kraftfahrzeuge oder Ersatzteile, die – aus der Sicht des Endverbrauchers – nach Eigenschaften, Verwendungszweck und Preislage substituierbar erscheinen, „im Gemeinsamen Markt oder einem wesentlichen Teil desselben“ keinem Wettbewerb mehr ausgesetzt sind. Dieser Verweis macht immerhin deutlich, daß die Kommission die Notwendigkeit nicht nur einer Differenzierung von Neuwagen- und Ersatzteilgeschäft anerkennt, sondern auch innerhalb des Pkw-Marktes sachliche und räumliche Marktdifferenzierungen für geboten hält¹⁹.

¹⁸ Vgl. Kap. 5, 5.2.1., 2.2. und 2.3.

¹⁹ Die BMW-Entscheidung (ABl. L 29 v. 3.2.1975, 1) enthielt diese Differenzierung noch nicht; vgl. die Kritik in Kap. 3, 5.2.2. – Zur Binnendifferenzierung des Ersatzteilmarktes vgl. unten 4.

Eine derart differenzierende Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse im Automobilsektor ist in der Tat am Platz. Nach den Feststellungen von Berg waren in der Bundesrepublik i.J. 1981 zwar mehr als 70 Marken vertreten, aber fünf Produzenten (Volkswagen, Opel, Ford, Daimler-Benz und BMW) hielten zusammen einen Marktanteil von 75 %, drei von ihnen (Volkswagen, Opel, Ford) erreichten zusammen bereits 58 %²⁰. Der Konzentrationsgrad erweist sich als noch höher, wenn man, dem Erfordernis der Substituierbarkeit des Angebots entsprechend, zwischen Kleinwagen, Fahrzeugen der unteren Mittelklasse, der gehobenen Mittelklasse und der oberen Preisklasse differenziert. Dabei erreichen BMW und Daimler-Benz bei den Prestigefahrzeugen einen Marktanteil von zusammen 80 %; aber auch auf den übrigen Märkten stellt man der Marktform nach enge Oligopole fest²¹.

Die Notwendigkeit, sachlich und räumlich differenzierende Marktabgrenzungen vorzunehmen, belegt vor allem das Beispiel Großbritanniens. Dort hielten die drei führenden Unternehmen (British Leyland, Ford, Vauxhaul) i.J. 1983 zwar zusammen nur noch 62,5 % des Marktes (wobei der sehr hohe Importanteil von Ford eingerechnet ist). Dennoch hat dieses Oligopol auf die Preispolitik aller Anbieter einen dominierenden Einfluß, wobei Ford seit dem Jahre 1977 als Preisführer agiert²².

2.2.2. Die „Bündeltheorie“ der Automobilhersteller und ihr Verhältnis zur GruppenfreistellungsVO

Der Marketingphilosophie der Hersteller zufolge soll dem Endverbraucher ein das Neuwagen- und Servicegeschäft umfassendes, dem Qualitätsprofil der jeweiligen

20 Berg, Die Automobilindustrie der Bundesrepublik Deutschland: Marktstruktur, Marktverhalten, Marktergebnis, in: Oberender (Hrsg.), Industriestruktur und Wettbewerb in der Bundesrepublik Deutschland, 1984, Abschnitt 2.1.; zu entsprechenden Aussagen des BKartA vgl. den Tätigkeitsbericht 1977, 56 f.; der im Tätigkeitsbericht 1979/80, 59 f. enthaltene Hinweis, daß sich durch das Vordringen der japanischen Hersteller „die nicht durch funktionsfähigen Wettbewerb kontrollierten Preissetzungsspielräume deutscher Automobilhersteller insbesondere auf dem polypolistischen Markt für Personenkraftwagen deutlich verringert haben“, widerspricht den Aussagen von Berg nicht (vgl. auch Kap. 2, 4.1.).

21 Berg, a.a.O., Abschnitt 1.4. i.V.m. 2.1.; Marfels, Concentration, Competition, and Competitiveness in the Automobile Industries and in the Automotive Components Industries of the European Community, 1982, 1 bevorzugt eine Differenzierung nach Hubraum-, statt nach Preisklassen – am Ergebnis ändert dies nichts; vgl. ferner den 12. Wettbewerbsbericht 1982 Ziff. 232 ff., 235 ff.

22 Locksley, Pricing strategy of car manufacturers in the U.K. compared with some other EEC Member States, 1983, 11. Die Anhörungen des Select Committee des House of Lords haben diese Angaben bestätigt; vgl. z.B. die Antwort des Vertreters von British Leyland auf die Frage 261.

Marke entsprechendes Leistungsbündel angeboten werden²³. Wettbewerbspolitisch erfordert diese Marketingkonzeption eine Legalisierung aller nur denkbaren vertikalen Bindungen – ganz so wie die ökonomische Analyse des Kartellrechts, das Konzept der Wettbewerbsfreiheit und die Theorie des Gruppenwettbewerbs dies propagieren²⁴.

Gegenüber diesen Vorstellungen verhält die GruppenfreistellungsVO sich teils zuvorkommend, teils reserviert. Der 4. Erwägungsgrund liest sich zunächst wie eine Übersetzung der gängigen Rechtfertigungen selektiver Vertriebssysteme in die Terminologie der einschlägigen Regeln des europäischen Wettbewerbsrechts. Die selektiven Vertriebssysteme gelten „als rationalisierend und unerlässlich ...“, weil Kraftfahrzeuge langlebige bewegliche Verbrauchsgüter sind, die regelmäßig sowie zu unvorhersehbaren Zeitpunkten und nicht immer am selben Ort fachkundiger Wartung und Instandsetzung bedürfen“. Und weiter: „Die Verbindung von Kundendienst und Vertrieb ist als wirtschaftlicher anzusehen, als eine Trennung zwischen einer Vertriebsorganisation für neue Fahrzeuge einerseits und einer Kundendienstorganisation mit Ersatzteilvertrieb andererseits, zumal der Auslieferung des an den Verbraucher verkauften neuen Kraftfahrzeugs eine mit den Direktiven des Herstellers übereinstimmende technische Funktionskontrolle durch das Unternehmen des Vertriebsnetzes vorhergehen muß“.

Gegenüber dieser Argumentation ist an die Kritik der BMW-Entscheidung zu erinnern²⁵. Mit technisch-funktionellen Erfordernissen läßt sich weder der Absatz von Neuwagen über markenspezifische Handelsorganisationen noch die Verkopplung vom Neuwagenabsatz und Kundendienst rechtfertigen. Die Funktionskontrolle der Vertragswerkstätten vor der Übergabe des Fahrzeugs sind substituierbar; die Herstellergarantie wird über den Kaufpreis vergütet; die Kundendienstorganisationen haben ihre betriebliche Eigenständigkeit²⁶. Ausschlaggebend sind für den Aufbau der selektiven Vertriebssysteme ökonomische Überlegungen, die wettbewerbsrechtlich legitimiert werden, wenn und soweit die GruppenfreistellungsVO die Marketingkonzeptionen der Hersteller akzeptiert. Erst eine solche Distanzierung von vermeintlich „objektiven“ oder gar „technischen“ Erfordernissen rechtfertigt im übrigen jene Differenzierungen, die dann die Behandlung des Neuwagenabsatzes und des After Sales-Geschäfts in der GruppenfreistellungsVO kennzeichnen²⁷. Anzumerken bleibt, daß sich die GruppenfreistellungsVO mit ihrer differenzierenden Behandlung des Neuwagenvertriebs und des Kunden-

23 Vgl. ausführlich Kap. 2, 3.1.3., Kap. 5, 2.3.

24 Vgl. ausführlich Kap. 5, 2.1., 2.2. und 2.3.

25 Vgl. Kap. 3, 5.1.2.

26 Vgl. auch die Auseinandersetzung der Antitrust Division des amerikanischen Justizministeriums mit General Motors: Der Absatz von Chevrolet-Fahrzeugen über Discount-Warenhäuser hat die Funktionstüchtigkeit dieser Fahrzeuge offenbar nicht beeinflusst; vgl. *United States v. General Motors Corp.*, 384 U.S. 127 (1966); dazu Kap. 4, 4.1.2.3.

27 Vgl. näher unten 3. und 4.

dienstes im Einklang mit der ganz überwiegenden wettbewerbsrechtlichen Praxis findet. Die Schweizerische Kartellkommission bezieht sich dazu auf die zeitliche Differenz zwischen Neuwagenkauf und Ersatzteilbedarf sowie auf die marginale Rolle der Ersatzteilpreise beim Kfz-Kauf²⁸. Der BGH hat in seiner Registrierkas- sen-Entscheidung klargestellt, daß der Goodwill-Schutz von Vertriebsnetzen, wie er in der „Originalteile“-Rechtsprechung realisiert wurde, nicht gegen die Annahme markenspezifischer Teilmärkte für Ersatzteile spricht²⁹. Der Director General of Fair Trading argumentiert im Verfahren gegen die Still-Gruppe, daß über die Existenzberechtigung eines selbständigen Ersatzteil- und Servicegeschäftes der Marktprozeß selber entscheiden solle³⁰. Amerikanische Gerichte betonen die organisatorische Eigenständigkeit des Ersatzteilvertriebes der Automobilhersteller und verweisen auf das Faktum konkurrierender Angebotsformen³¹. Dem bleibt nur hinzuzufügen, daß ein großer Teil der Reparaturkunden, nämlich sämtliche Gebrauchtwagenkäufer, die „Einheit“ von Neuwagen- und Kundendienstge- schäft nur als Angebotsstrategie, nicht aber als ein ihrer Nachfrage entsprechen- des „Leistungsbündel“ empfinden.

2.2.3. Die Homogenität der Vertriebssysteme

Der ausgesprochen kargen Würdigung der Wettbewerbsverhältnisse im Automobi- lsektor in den Erwägungsgründen für die FreistellungsVO entspricht die Ver- nachlässigung einer zweiten Rahmenbedingung, deren rechtliche Relevanz seit dem Haecht-Urteil³² außer Frage steht: Die Gleichförmigkeit der Vertriebssysteme für neue Pkw spricht unabhängig von der Wettbewerbsintensität deshalb ge- gen eine Freistellung, weil sich auf der Distributionsstufe keine alternativen Ver- triebsformen entfalten können. Für das After Sales-Geschäft stellt sich die Situa- tion differenzierter, aber keineswegs unproblematisch dar. Anders als beim Neu- wagenabsatz gibt es im Reparaturbereich eine Vielzahl von Angebotsformen³³. Aber für die Ersatzteilversorgung des Reparaturhandwerks und des Do it yourself- Handels gilt dies keineswegs. Nur bei denjenigen Ersatzteilen, die für mehrere Typen ausgelegt sind, kann es eine größere Zahl von Anbietern geben. Schon bei den sog. wettbewerbsgefährdeten Teilen ist aber, soweit sie markenspezifische Kennzeichen aufweisen, die Anbieterzahl begrenzt; sie ist jeweils davon abhän- gig, ob ein Hersteller mehrere Zulieferer beauftragt, ob ausgeschiedene Zulieferer oder sonstige Produzenten als „Nachbauer“ auftreten, ob die Zulieferindustrie ihre Teile überhaupt auf einem zweiten Vertriebsweg abzusetzen versucht³⁴. Bei

28 Schweizerische Kartellkommission, 206 ff.

29 BGH NJW 1973, 280, 281 (= WuW/E BGH 1238, 1241); vgl. dazu Kap. 4, 1.3.2.

30 Vgl. Kap. 4, 2.3.2.

31 Vgl. Kap. 4, 4.3.

32 U. v. 12.12.1967, Rs 23/67, Slg. 1967, 543; dazu Kap. 3, 3.2.4.

33 Vgl. auch Kap. 2, 3.

34 Vgl. näher Kap. 2, 2.2.4.

den „captive parts“ ist jedoch der Hersteller, soweit er nicht durch Nachbauer gefährdet wird, Monopolist³⁵.

Die Homogenität der selektiven Vertriebssysteme der Automobilhersteller erfordert mithin eine je nach den betroffenen Angebotselementen differenzierende Beurteilung. Beim Neuwagenabsatz stellt sich die Frage, ob die Wettbewerbspolitik eine Absatzform, die von allen Anbietern als vorteilhaft angesehen wird, allgemein untersagen darf oder ob sie sich mit alternativen Möglichkeiten einer Förderung des Wettbewerbs auf der Handelsstufe begnügen soll. Im After Sales-Bereich geht es dagegen zum einen um den Marktzugang der nicht zu den selektiven Vertriebsnetzen gehörenden Anbieter, zum anderen aber auch um die Gewährleistung der Entfaltungschancen ungebundener Werkstätten sowie im Zusammenhang hiermit um die Sicherung nichtdiskriminierender Bedingungen beim Ersatzteilbezug. Auf beide Fragenkomplexe wird sogleich zurückzukommen sein³⁶.

3. Der Exklusivvertrieb als Leitbild des Neuwagenabsatzes

Die im Automobilsektor übliche Ausgestaltung des Exklusivvertriebs wird durch mehrere Bestimmungen der GruppenfreistellungsVO spezifiziert. Gem. Art. 3 Nr. 3 darf dem Händler ein Vertrieb konkurrierender Fahrzeuge und darüber hinaus auch der Vertrieb nicht-konkurrierender Marken im gleichen Geschäftsbetrieb untersagt werden. Gem. Art. 3 Nr. 5 darf sich diese Exklusivbindung auf sonstige Vertragswaren i.S.d. Art. 13 Nr. 4 erstrecken, der Hersteller also z.B. Serviceverträge mit spezialisierten Anbietern untersagen. Dem entspricht die Exklusivlieferpflicht des Herstellers gem. Art. 1. Der Gebietsschutz, den diese exklusiven Lieferverpflichtungen und Vertriebsbindungen gewähren, bleibt freilich begrenzt. Der Händler darf zwar außerhalb des ihm zugewiesenen Vertragsgebietes keine Niederlassungen oder Auslieferungslager unterhalten und auch keine Kunden werben (Art. 3 Ziff. 8 a und b)³⁷, aber er darf an gebietsfremde Endverbraucher verkaufen (Art. 3 Nr. 11). Die Bestimmungen des Art. 5 Abs. 2 begrenzen jedoch die Reichweite der Exklusivbindung. Der Hersteller darf ein Zweitfabrikat vertreiben, wenn er „sachlich gerechtfertigte Gründe“ hierfür nachweist (Ziff. 1 a). Umgekehrt darf der Hersteller unter entsprechenden Voraussetzungen weitere Händler einsetzen oder das Vertragsgebiet ändern (Ziff. 1 b).

35 Vgl. näher unten 4.2.3.

36 Unten 4.2.

37 Eigentümlicherweise sind die Befugnisse des Vertragshändlers, überregionale Werbemittel einzusetzen, im 9. Erwägungsgrund nochmals bestätigt worden, während sie dann in Art. 3 Ziff. 8 b nicht mehr ausdrücklich genannt werden.

3.1. Die Rechtfertigung des Exklusivvertriebs

Der 7. Erwägungsgrund führt zugunsten der Freistellung des Exklusivvertriebs Argumente an, die den allgemeinen Erklärungsmustern der ökonomischen Analyse vertikaler Beschränkungen entsprechen³⁸: Das Wettbewerbsverbot solle den gebundenen Händler zur Konzentration auf die Vertragswaren beim Vertrieb und beim Kundendienst anhalten und so auch den Interbrand-Wettbewerb fördern.

Nun gilt es aber – gerade aus der Perspektive der ökonomischen Analyse des Kartellrechts – zwischen der bloßen Exklusivbindung und sonstigen vertikalen Beschränkungen zu unterscheiden. Die im 7. Erwägungsgrund rezipierte „Incentive“-These besagt ja, daß der Händler nur durch positive Anreize zu dem erwünschten Verhalten gebracht werden kann und somit auch gegen einen Intra-brand-Wettbewerb geschützt werden müsse. Die Exklusivbindung beseitigt dagegen von vornherein die Möglichkeit des Händlers, seine Gewinne aus der Förderung konkurrierender Marken zu ziehen. Eben deshalb, so folgert insbesondere Marvel, muß die Exklusivbindung als ein Instrument des Herstellers interpretiert werden, mit dem er sich seine eigenen Markenerschließungsleistungen vom Händler vergüten läßt³⁹.

In der Tat führt der Exklusivvertrieb allein noch nicht zu den für vertikale Bindungen typischen Beschränkungen des Intra-brand-Wettbewerbs. Diese Wirkung tritt erst in dem Maße ein, in dem sich der Händler auch ein bestimmtes Gebiet zur ausschließlichen „Nutzung“ ausbedingen läßt. Die einschlägigen Bestimmungen der GruppenfreistellungsVO sehen indessen keineswegs einen absoluten Gebietsschutz vor (vgl. Art. 3 Nr. 11), sondern befassen sich mit dem Schutz des Händlers gegen die im Prinzip vorausgesetzte Befugnis des Herstellers, neue Händler einzusetzen oder das Vertragsgebiet zu ändern (Art. 3 Abs. 2 Nr. 1). Auf die wettbewerbspolitische und -rechtliche Problematik dieser Schutzvorkehrungen wird noch zurückzukommen sein⁴⁰.

3.2. Die wettbewerbs- und verbraucherpolitische Problematik des Exklusivvertriebs

Die Ausgestaltung des Exklusivvertriebs in der GruppenfreistellungsVO bestimmt auch dessen spezifische wettbewerbs- und verbraucherpolitische Problematik. Die „Unvollkommenheiten“ des Gebietsschutzes fungieren als Garanten des In-

38 Vgl. Kap. 4, 4.1. sowie Kap. 5, 2.1.

39 Exclusive Dealing, The Journal of Law and Economics 25 (1982), 1 ff.; vgl. dazu schon Kap. 4, 4.1.2.1.

40 Unten 5.

trabrand-Wettbewerbs; sie sorgen – i.V.m. dem Verbot der Preisbindung, Art. 6 Ziff. 2 – für eine marktkonforme Kontrolle der Handelsspannen⁴¹.

Damit allein sind allerdings wichtige Einwände gegen den Exklusivvertrieb nicht ausgeräumt. Die Uniformität dieser Vertriebsform sorgt i.V.m. den übrigen Einflußmöglichkeiten der Hersteller auf die Handelsstufe dafür, daß sich alternative, insbesondere preisaktive Anbieter nicht entfalten können und ein Newcomer immer auch auf den Aufbau eines eigenen Vertriebsnetzes angewiesen bleibt. Für den Verbraucher bedeutet dies, daß er die vom Hersteller insgesamt für vorteilhaft befundenen Verkaufsaktivitäten auch dann bezahlen muß, wenn er selbst auf schöne Ausstellungsräume und angenehme Verkaufsgespräche keinen Wert legt, daß er überdies vom Handel immer nur eine ohnehin auf die jeweils vertretene Marke verpflichtete Beratung erwarten darf und sich deshalb bei unabhängigen Beratungsinstanzen um vergleichende Informationen bemühen muß.

Die wettbewerbs- und verbraucherpolitische Kernproblematik des Exklusivvertriebs besteht mithin in dessen Auswirkungen auf den Preiswettbewerb, der eben nicht schon pauschal als funktionsfähig bezeichnet werden darf⁴². Aus diesen Wirkungen ergibt sich zugleich die zentrale Bedeutung der Vorkehrungen der GruppenfreistellungsVO zur Sicherung des Intra-brand-Preiswettbewerbs – insbesondere also jener Bestimmungen, die den innergemeinschaftlichen Handel gewährleisten sollen⁴³.

41 Siragusa, The competence of the Commission to adopt a sectoral exemption regulation, in: Bulletin de l'Institut International de Concurrence Commerciale (a.a.O., Fn. 10), 55 ff. Siragusa bestreitet die Kompetenz der Kommission zum Erlaß der GruppenfreistellungsVO, weil in Art. 1 der VO 19/65 von ausschließlichen Liefer- und Bezugspflichten die Rede ist und im übrigen die selektiven Vertriebssysteme der Automobilhersteller nicht als Vereinbarungen zwischen zwei Unternehmen gelten könnten. Das zweite Argument mag als allzu formalistisch erscheinen; zum ersten Einwand genügt die Replik, daß der Hersteller für eine Einsetzung weiterer Vertragshändler „sachlich gerechtfertigte Gründe“ nachweisen muß (Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 b; vgl. den Zustimmungsvorbehalt des früheren Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 a des Verordnungsentwurfs, oben Fn. 8), schon deshalb nicht, weil dieser Hinweis die spezifischen Schutzziele der Händlerschutzbestimmungen nicht berücksichtigt (dazu unten 5.). Bezeichnenderweise ist aber die Problematik der Ermächtigungsgrundlage gegenüber den VO 1983 und 1984/83 nicht aufgegriffen worden (vgl. auch Kap. 3, 5.1.); nach den vielfältigen inhaltlichen Konzessionen der Kommission an ihre Kritiker ist nunmehr wohl kaum noch mit einer Fortsetzung der an sich notwendigen Diskussion zu rechnen.

42 Vgl. oben 2.2.1.

43 Dazu unten 6.

4. Der Ersatzteilvertrieb und der Wettbewerb im Reparaturgeschäft

Die Vorschriften der FreistellungsVO zum Ersatzteilvertrieb befassen sich in erster Linie mit den Bezugsbindungen und Verwendungsbeschränkungen, die autorisierten Werkstätten auferlegt werden dürfen. Betroffen sind insoweit die Interessen von Teileproduzenten und -händlern an der Belieferung von Vertragswerkstätten. Die selektiven Vertriebssysteme wirken sich aber nicht nur auf die Marktzutrittschancen solcher Konkurrenten, sondern gleichzeitig auch auf die Entfaltungschancen unabhängiger Werkstätten und alternativer Handelsformen aus. Die Interessen dieser Konkurrenten der Vertragswerkstätten treffen vor allem den Bezug solcher Teile, die ausschließlich von den Automobilherstellern selbst angeboten werden.

4.1. Die Öffnung der Vertragswerkstätten für konkurrierende Ersatzteilanbieter

Im Mittelpunkt der heftigen Kontroversen um die einschlägigen Bestimmungen der GruppenfreistellungsVO stand und steht die Vorschrift des Art. 3 Nr. 4, die – vielfältigen Anfechtungen zum Trotz – nach wie vor eine ausschließliche Bezugsbindung untersagt: Die Vertragswerkstätten dürfen solche Ersatzteile beziehen und verwenden, die den „Qualitätsstandard von Vertragswaren“ erreichen. Eine ausschließliche Bezugsbindung und Verwendungsbeschränkung gibt es danach nur für Gewährleistungsarbeiten und im Zusammenhang mit Rückrufaktionen (Art. 4 Abs. 1 Nr. 8).

Die (qualifizierte) Bezugsfreiheit des Art. 3 Nr. 4 wird nun allerdings durch weitere Bestimmungen mit konträren Zielsetzungen ergänzt. Neu eingeführt wurde die doppelte Möglichkeit, die Vertragswerkstätten „in allgemeiner Form“ zum Hinweis auf die Verwendung von Ersatzteilen Dritter zu verpflichten und sie im übrigen nochmals zu einem nachträglichen Hinweis darauf anzuhalten, daß Ersatzteile Dritter verwendet wurden, obwohl „Ersatzteile zur Verfügung standen, die mit einer Marke des Herstellers versehen sind“ (Art. 4 Abs. 1 Nr. 9). Darüber hinaus steht dem Hersteller die Möglichkeit offen, den Ersatzteilbezug über einseitige Vorausschätzungen des Bedarfs und die Festsetzung von Bevorratungsmengen zu steuern (Art. 4 Abs. 1 Nr. 3 und 4). Andererseits darf der Hersteller keine Gesamtumsatzrabatte vorsehen, sondern muß Neuwagen, Eigenkonstruktionsteile und wettbewerbsgefährdete Teile getrennt rabattieren (Art. 5 Abs. 1 Nr. 2 c).

4.1.1. Interessengegensätze auf der Anbieterseite

Die Positionen der konkurrierenden Anbieter zu den Bezugsbindungen sind im Verlauf dieser Studie zur Genüge dokumentiert worden. Für die Automobilhersteller gehört eine umfassende Versorgung mit passenden Teilen zu den unver-

zichtbaren Elementen ihrer Absatzstrategie. Die grundsätzlichen Verbote eines Fremdbezugs werden mit den Effizienzvorteilen einer den gesamten Ersatzteilbedarf umfassenden Logistik und mit dem Gebot eines Goodwill-Schutzes gerechtfertigt⁴⁴. Die entscheidendsten Gegenpositionen vertreten teils die Handelsorganisationen des zweiten Vertriebswegs, teils Zulieferunternehmen und sonstige Teileproduzenten. Sie sehen den Hersteller, soweit er nicht von ihm selbst produzierte Teile vertreibt, in der Rolle eines funktionellen Großhändlers, der diese Funktion für den wichtigsten Teil des Marktes bloß usurpiert⁴⁵. Die Zulieferindustrie selbst kann durch eine Öffnung der Vertriebsnetze zwar keine zusätzlichen Marktanteile gewinnen, aber immerhin auf günstigere Abgabepreise hoffen. Einen echten marktschließenden Effekt entfalten die Verwendungsbeschränkungen gegenüber den nicht zum Kreis der Zulieferunternehmen zählenden Ersatzteilproduzenten⁴⁶.

Der ökonomische Kern des Konflikts ist mit dem Widerstreit von Goodwill-Schutz einerseits und Marktfreiheit andererseits nur unzureichend umschrieben. Ein Interesse an der ausschließlichen Belieferung ihrer Vertragshändler machen bezeichnenderweise auch diejenigen Hersteller geltend, die von besonderen Kontrollen der vom Zulieferunternehmen bezogenen Teile absehen⁴⁷. Auch nach den Händlerverträgen, die keine ausschließliche Bezugspflicht kennen, ist der Händler gehalten, die „normale“ Kundenerwartung zu respektieren⁴⁸. Die Automobilindustrie möchte sich schließlich auch nicht mit einer bloßen Spezifikation ihrer Qualitätsanforderungen begnügen, die dann von den Vertragshändlern und dritten Anbietern respektiert werden könnte. Bemerkenswert erscheint auch die ambivalente Haltung der Vertragshändler gegen den Schutz ihrer eigenen unternehmerischen Freiheit beim Ersatzteilvertrieb⁴⁹. „Offizielle“ Vertreter von Händlerinteressen haben die Belieferungsansprüche der Hersteller jedenfalls in der Bundesrepublik respektiert – dies gilt für den VW-Händlerbeirat im „Original-VW-Ersatzteile II“-Verfahren⁵⁰ ebenso wie für den Zentralverband des Kraftfahr-

44 Vgl. ausführlich Kap. 2, 3.1.3., Kap. 5, 2.3.

45 Interview mit der Interessengemeinschaft der Werksvertreter e.V. v. 15.1.1983.

46 Vgl. Kap. 2, 2.2.4. sowie die Diskussionsbeiträge von Iber-Schade und Lübbert in: Spary (Hrsg.), Wettbewerbspolitische Kolloquium '82. Mehr Chancengleichheit im Wettbewerb zwischen Industrie und Handel, 1983, 40 f., 49 f.

47 Vgl. Kap. 2, 4.3., insbes. die Nachweise in Fn. 213. In einem Schreiben v. 12.8.1983 spricht ein bedeutendes Zuliefer-Unternehmen von einer Tendenz der Hersteller, die Wareneingangskontrolle abzubauen und sich auf die Qualitätssicherung der Zulieferer zu verlassen.

48 Vgl. etwa die in Kap. 2, Fn. 213 zitierte Bestimmung des Vertragshändlervertrages der Adam Opel AG.

49 Vgl. dazu auch unten 5.

50 BGHZ 81, 321 (dazu Kap. 4, 1.2.3.2.); vgl. ferner den Beitrag des früheren Vorsitzenden des VW-Händlerbeirats Turnwald in: Die Betriebswirtschaft 40 (1980), 641 f.

zeug-Gewerbes⁵¹. Aber solche Äußerungen dürfen offenbar nicht überbewertet werden. Dafür spricht die völlig unbestrittene Neigung der Vertragswerkstätten, Einkaufsvorteile für Ersatzteile wahrzunehmen⁵², wobei die Wahl der Mittel gelegentlich durchaus abenteuerlich sein soll⁵³. Offensichtlich fürchtet man dabei keineswegs um den guten Ruf der eigenen Werkstatt. Überdies scheinen Vertragshändler ungeachtet der vielgelobten Perfektion der Logistiksysteme der Hersteller eben doch immer wieder in die Verlegenheit zu kommen, Lieferverzögerungen ausgleichen zu müssen.

Alle diese Beobachtungen sprechen für die These, daß die Exklusivbindungen nicht als qualitätspolitische Maßnahmen zu begreifen sind, sondern vielmehr einen ökonomischen Ausgleich verbürgen sollen⁵⁴: Es geht den Herstellern offenbar um eine Vergütung für Markterschließungsleistungen, die sie mit dem Aufbau der selektiven Vertriebssysteme erbringen und von denen der Händler in seinem Werkstattgeschäft profitiert.

4.1.2. Die wettbewerbs- und verbraucherpolitische Problematik der Bezugsbindung für wettbewerbsgefährdete Teile

Soweit die Automobilhersteller ihren Werkstätten Bezugsbindungen und Verwendungsbeschränkungen auch für solche Teile auferlegen, die sie nicht selbst produzieren, sondern von Zulieferfirmen beziehen, geht es ihnen um die Verkoppelung („Bündelung“) unterschiedlicher Leistungskomponenten: Aus der Sicht der Vertragswerkstatt geht es um die Verkoppelung des Bezugs der wettbewerbsgefährdeten Teile mit dem Bezug von Neuwagen und Eigenkonstruktionsteilen, aus der Sicht des Verbrauchers geht es überdies um die Verkoppelung mit der Dienstleistungskomponente des Reparaturgeschäfts.

Für die wettbewerbspolitische Beurteilung der Leistungs-„Bündelung“ kann auf die Kontroversen zum „Tying“ verwiesen werden: Während sich die Anhänger der ökonomischen Analyse des Kartellrechts, aber auch Vertreter des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit für eine Legalisierung solcher Praktiken einsetzen⁵⁵, kritisieren dynamische Wettbewerbskonzepte vor allem deren marktschließende Effekte⁵⁶. Diese Kritik setzt zwar jeweils voraus, daß ein marktstarkes Unternehmen mit Hilfe der Bezugsbindung seine Marktmacht auch auf einem Sekundär-

51 Vgl. den Diskussionsbeitrag von Creutzig in: Spary (Hrsg.), Wettbewerbspolitisches Kolloquium '82, a.a.O. (Fn. 46), 29 f.

52 Vgl. Kap. 2, 4.1.2.

53 Vgl. die Äußerungen von Schmidt-Meier, in: Spary (Hrsg.), Wettbewerbspolitisches Kolloquium '82, a.a.O. (Fn. 46), 52.

54 Marvel, a.a.O. (Fn. 39), 8.

55 Vgl. Kap. 4, 4.1.2.2., Kap. 5, 2.1.1. und 2.2.2.

56 Vgl. Kap. 5, 2.2.3. und 2.4. sowie Kurz/Rall, Behinderungsmissbrauch, 1983, 243 ff.

markt ausnutzt und begründet deshalb nicht ohne weiteres eine generelle Verbotsnorm. Sie rechtfertigt es aber jedenfalls, der Bezugsbindung eine allgemeine Freistellung zu verweigern⁵⁷.

Nun lassen sich andererseits für die Bezugsbindungen beim Ersatzteilgeschäft nicht nur die von der Herstellerseite selbst ins Feld geführten Argumente, sondern zusätzliche verbraucherpolitische Überlegungen anführen, die sich aus den Informationsproblemen der Endnachfrager ergeben⁵⁸. Der Hersteller trifft bei der Auswahl des Zulieferunternehmens und Ersatzteillieferanten eine Qualitätsentscheidung, die den Verbraucher entlastet. Der Hersteller ist für diese Entscheidung auch besser ausgerüstet als der Vertragshändler und der Großhandel. Grundsätzlich berechtigt ist ferner der Hinweis der Herstellerseite auf die Kooperation mit den Vertragswerkstätten und die dauernde Beobachtung seiner Produkte, die zur Abkehr von einem Zulieferer oder auch zur Wahl eines verbesserten Produkts führen kann.

Gravierender noch als die Qualitätsproblematik erscheinen aus verbraucherpolitischer Sicht die Funktionsdefizite des Preiswettbewerbs auf der Endhandelsstufe. Die Untersuchungen des 2. Kapitels⁵⁹, der Britischen Monopolkommission⁶⁰ sowie nicht zuletzt öffentliche Bekundungen von Teilegroßhändlern⁶¹ belegen, daß die Vertragshändler Preisvorteile, die sie beim Fremdbezug genießen, nicht an die Reparaturkunden weitergeben und diese sogar damit rechnen müssen, daß die unverbindlichen Preisempfehlungen der Hersteller systematisch überschritten werden.

Die schwierige Aufgabe der GruppenfreistellungsVO bestand mithin darin, einerseits den wettbewerbspolitischen Gefahren der Bezugsbindung entgegenzuwirken, andererseits aber den legitimen absatzpolitischen Motiven der Automobilhersteller und der besonderen Situation der Endnachfrager Rechnung zu tragen.

4.1.3. Die Konfliktschlichtungsregel des Art. 3 Nr. 4

Das in Art. 3 Nr. 4 der GruppenfreistellungsVO ausgesprochene Verbot, Verwendungsbeschränkungen auch für „qualitätsgleiche“ Ersatzteile auszusprechen, nimmt auf Goodwill-Interessen der Herstellerseite und auf die unternehmerische Freiheit der Vertragshändler sowie die Marktzutrittsinteressen der Zulieferer und

57 Im übrigen begründet bereits die Monopolstellung der Hersteller bei den „captive parts“ (4.2.3.) die Verweigerung der Freistellung.

58 Vgl. näher Kap. 5, 1.2. und 1.3.

59 Kap. 2, 4.1.2.

60 Kap. 4, 2.2. (Monopolies and Mergers Commission, para. 5.15; 6.30).

61 Vgl. den Diskussionsbeitrag von Pannenbäcker in: Spary (Hrsg.), Wettbewerbspolitisches Kolloquium '82, a.a.O. (Fn. 46), 39.

des 2. Vertriebsweges Rücksicht. Mit der Anerkennung des vom Hersteller vorgesehenen Qualitätsstandards unterscheidet sich die GruppenfreistellungsVO von der in Großbritannien auf der Grundlage der Stellungnahme der Monopolies and Mergers Commission geltenden allgemeinen Verbotsregel⁶². Die Konfliktschlichtungsregel des Art. 3 Nr. 4 vermeidet aber auch den restriktiv klingenden, tatsächlich aber schwer präzisierbaren Begriff des „Identteils“⁶³; sie öffnet überdies, wie der 9. Erwägungsgrund klarstellt, die Vertriebsnetze für solche Teileproduzenten, die das vom Herstellerwerk vorgesehene Qualitätsniveau überbieten.

Die künftigen Auseinandersetzungen um die gefundene Lösung sind absehbar. Zwischen Herstellern und Händlern kann es zum Streit darüber kommen, ob ein Fremdteil tatsächlich „qualitätsgleich“ ist und der Vertragshändler deshalb mit seiner Verwendung pflichtwidrig gehandelt hat – insoweit begnügt sich die Verordnung mit einer impliziten Beweislastregelung zugunsten des Vertragshändlers. Absehbar sind aber auch Auseinandersetzungen zwischen Herstellern und Zulieferern. Die Zulieferer dürften grundsätzlich in der Lage sein, Eingangskontrollen, wie sie bei den Herstellern vorgenommen werden, selbst vorzunehmen⁶⁴. Die Herstellerseite kann andererseits auf einer eigenen zentralen Kontrolle beharren und eine Überprüfung von Fremdteilen ablehnen. Diese Konkurrenten könnten sich gegen unberechtigte Negativbeurteilungen unmittelbar schwer zur Wehr setzen⁶⁵. In erster Linie wären sie faktisch auf die Konfliktbereitschaft von Vertragshändlern angewiesen, denen sie im Streitfalle Beweismittel zur Verfügung zu stellen hätten. Schließlich werden diejenigen Hersteller, die, wie etwa die Volkswagenwerk AG, eine zentrale Qualitätskontrolle aller Ersatzteile durchführen, eine grundsätzliche Differenz zwischen „Original“- und „Identteilen“ geltend machen – der Streit über die Frage, ob eine zusätzliche Qualitätskontrolle als Qualitätssteigerung gelten soll, wird sich mithin wiederholen; er ist nach „technischen“ Meßkriterien allein nicht entscheidbar.

62 Vgl. Kap. 4, 2.2.2.

63 Vgl. Kap. 2, 2.2.4.; bei einem Wechsel des Zulieferers kann der ursprüngliche Identteil-Produzent zum „Nachbauer“ im Sinne des Sprachgebrauchs der Hersteller werden. Vgl. zu den Methoden der Qualitätssicherung auch Kap. 2, 4.2. sowie allgemein Staudt/Hinterwaller, von der Qualitätsprüfung zur Qualitätspolitik – Konzeptionen einer integralen unternehmerischen Qualitätspolitik, Zeitschrift für Betriebswirtschaft 1982, 1000 ff., die demonstrieren, daß Kontrollverfahren nur eine alternative der Qualitätssicherung neben anderen Möglichkeiten sind.

64 Vgl. die Stellungnahme der Monopolkommission, Sondergutachten 7. Mißbräuche der Nachfrage macht Unmöglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1977, Ziff. 171.

65 Vgl. in diesem Zusammenhang das Urteil des OLG Stuttgart vom 6.4.1979 (2 U 171/78) gegen den Werbeslogan „Betrügen Sie Ihr Auto nicht“.

4.1.4. Rabatte

Die Schutzziele des Art. 3 Nr. 4 werden durch die Rabattierungsvorschrift des Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 c ergänzt. Die wettbewerbspolitische Grundlage der beiden Normen ist die gleiche⁶⁶. Zwar gibt es – namentlich auf der Grundlage des Konzepts der Wettbewerbsfreiheit⁶⁷ – ebenso wie für die „Bündelung“ von Leistungselementen auch für deren gemeinsame Rabattierung mehr oder weniger weitgehende Rechtfertigungsversuche. Aber diesen Versuch stehen eben auch entsprechende Bedenken entgegen: Ein Gesamtumsatzrabatt für Neuwagen, eigenkonstruierte und wettbewerbsgefährdete Teile entfaltet ein „Sogwirkung“ zu Lasten konkurrierender Anbieter. Den Interessen der Hersteller an einer „Vollsortimentierung“ ihrer Werkstätten trägt die GruppenfreistellungsVO direkt durch Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 d und indirekt durch die Bestimmung Rechnung, daß bei Garantiearbeiten und im Rahmen von Rückrufaktionen „nur Ersatzteile des Vertragsprogramms“ verwendet werden dürfen (Art. 4 Abs. 1 Nr. 7).

4.1.5. Einseitige Vorausschätzungen und Hinweispflichten

Dem Ziel, die Vertragswerkstätten für konkurrierende Ersatzteilanbieter offenzuhalten, das Art. 3 Nr. 4 und Art. 5 Abs. 1 Nr. 2 c verfolgen, wirken zwei weitere Bestimmungen entgegen, die sich als Konzessionen an die Planungs- und Goodwill-Interessen der Hersteller interpretieren lassen. Dies gilt zunächst für die gem. Art. 4 Abs. 1 Nr. 3 und 4 zulässigen Vorausschätzungen des Händlerbedarfs und die Festsetzung von Bevorratungspflichten. In beiden Fällen handelt es sich um einseitige Bestimmungsrechte des Herstellers, deren Ausübung gem. Art. 5 Abs. 1 Nr. 2 b freilich durch das Verbot einer unbilligen Behinderung oder Diskriminierung eingeschränkt wird. Diese Einschränkungen sollen offenbar sicherstellen, daß der Hersteller seine einseitigen Bestimmungsrechte nicht dazu ausnutzt, die Bezugsfreiheiten des Händlers zu konterkarieren. Ob die in der GruppenfreistellungsVO verwandten Umschreibungen zulässigen und unzulässigen Verhaltens genügen, um diese Wirkungen herbeizuführen, erscheint mehr als zweifelhaft. Immerhin mag die nach dem Inkrafttreten der GruppenfreistellungsVO unumgängliche Anpassung der Vertragshändlerverträge zur Entwicklung handhabbarer Formulierungen führen.

Schwer vorhersehbar sind auch die Auswirkungen der gem. Art. 4 Abs. 1 Nr. 8 und 9 zulässigen Hinweispflichten. Ob ein allgemeiner Hinweis darauf, daß in einer Vertragswerkstatt auch Nicht-Originalteile verwendet werden, bei dem Reparaturkunden irgendwelche Fragen provoziert, wird von der Ausgestaltung dieses Hinweises abhängen. Ungewiß ist aber auch der Sinn eines nachträglichen

66 Vgl. oben 4.1.2.

67 Vgl. Kap. 5, 2.2.1. sowie Preuske, Preismißbrauchskonzepte und Marktsystem, 1984, 103 ff.

Hinweises auf die bei der Reparatur verwandten Teile. Der Reparaturkunde kann aus dem nachträglichen Hinweis allenfalls für sein künftiges Verhalten bei der Auftragserteilung relevante Erfahrungen gewinnen. Dies setzt allerdings voraus, daß die Rechnungen die Teile genau ausweisen. Nur so läßt sich vermeiden, daß der Kunde Defekte ohne weiteres der Marke des Herstellers zurechnet.

4.1.6. Alternativen

Die Vorschriften der GruppenfreistellungsVO zum Vertrieb wettbewerbsgefährdeter Teile sind von dem Bemühen gekennzeichnet, zwischen den qualitätspolitischen Argumenten der Herstellerseite und den Interessen der Zulieferindustrie und des 2. Vertriebsweges zu vermitteln. Aus dieser Kompromißbereitschaft ergeben sich aber auch die Schwächen der gefundenen Regelungen. Diese Regelungen sind kompliziert, sie enthalten unausgetragene Konfliktpotentiale und ihre Auswirkungen sind schwer absehbar.

4.1.6.1. Bezugsfreiheit und Hinweispflicht

Schon der Zwischenbericht zu dieser Studie vom April 1983⁶⁸ hatte die praktischen Schwierigkeiten der seinerzeit schon absehbaren Regelung des Art. 3 Nr. 4 der GruppenfreistellungsVO als Argument zugunsten einer alternativen Lösung verwandt: Die Vertragshändler sollen, so lautete unser Vorschlag, in ihrer Bezugsentscheidung frei bleiben, die Wahl zwischen Originalteilen und anderen Ersatzteilen aber dem Kunden überlassen und deshalb bei der Auftragserteilung den Kunden auf diese Alternative hinweisen.

Der Vorschlag, die Bezugsfreiheit mit einer Hinweispflicht zu verbinden, ist in der kartellrechtlichen Literaturpraxis sehr früh entwickelt und häufig wiederholt worden⁶⁹.

Die Hinweispflicht soll den Interessen des Herstellers an der Durchsetzung seiner Qualitätspolitik entgegenkommen, ohne die Dispositionsfreiheiten des Händlers und die Zugangschancen des Zweiten Vertriebsweges „unverhältnismäßig“ einzuzugrenzen.

Die Verkoppelung von Bezugsfreiheit und Hinweispflicht enthält keine „Lösung“ der Qualitätsproblematik⁷⁰. Aber sie entschärft dieses Problem und trägt im übli-

68 Vgl. ferner die zweite Stellungnahme des Beratenden Verbraucherausschusses v. 10.2. 1983 (oben Fn. 10), Abschnitt II 3.

69 Vgl. schon Berthmann, Der Ersatzteilstreit in der Kraftfahrzeugindustrie, Kartell-Rundschau 10 (1936), 683 ff.; Mestmäcker, Ausschließlichkeitsverträge und offene Märkte, JZ 1958, 621 ff.; Kurz/Rall, a.a.O. (Fn. 56), 243.

70 Vgl. auch oben 4.1.2.

gen den Interessen derjenigen Kunden Rechnung, die, sei es im Hinblick auf das Alter ihres Fahrzeugs, sei es mit Rücksicht auf ihre Einkommenslage, mit einem qualitativ geringerwertigen Ersatzteil vorlieb nehmen würden, gleichwohl aber auf die spezifischen Fachkenntnisse einer Vertragswerkstatt nicht verzichten möchten⁷¹. Vor allem aber sprechen die Unzulänglichkeiten des Preiswettbewerbs und das Preisverhalten der Werkstätten für eine Hinweispflicht. Hierzu ist nochmals auf die Feststellungen des 2. Kapitels⁷² der Monopolies and Mergers Commission⁷³ und die einschlägigen Bekundungen von Teilegroßhändlern⁷⁴ zu verweisen. Eine Auskunft der Händler über die Herkunft von Teilen könnte als Anreiz zu einer Verhaltensänderung wirken: Wenn der Kunde auf die Qualität von „Originalteilen“ vertraut, so wird er der Verwendung des anderen Teils nur zustimmen, wenn ihm dies durch einen Preisvorteil erleichtert wird.

4.1.6.2. Preisobergrenzen

In ihrer Modifikation des ursprünglich generalisierenden Preisbindungsverbots⁷⁵ hat die GruppenfreistellungsVO auf die Unzulänglichkeiten des Preiswettbewerbs beim Ersatzteilabsatz bereits reagiert. Die Hersteller sind jetzt durch Art. 6 Nr. 2 nicht mehr daran gehindert, Preisobergrenzen festzulegen und so die Vertragswerkstätten zur Weitergabe günstiger Bezugsbedingungen anzuhalten. Vorausgesetzt wird dabei offenbar, daß Art. 85 Abs. 1 EWGV die Festsetzung von Preisobergrenzen nicht verbietet.

Diese Regelung deckt sich nicht nur mit den Interessen der Versicherungswirtschaft⁷⁶, sondern entspricht auch den Empfehlungen z.B. der Schweizerischen Kartellkommission⁷⁷, zahlreicher amerikanischer Autoren, die an sich den vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen im allgemeinen und der Preisbindung im besonderen kritisch gegenüberstehen⁷⁸ sowie, last but not least, den Forderungen des Beratenden Verbraucherausschusses⁷⁹. Die Legalisierung von Preisobergrenzen wirkt weder als Anreiz zu einem Fremdbezug, noch erübrigt sie die Hinweispflicht bei der Auftragserteilung; vielmehr ergeben sich gerade aus der Verbindung von Preisobergrenzen und Hinweispflicht Chancen für eine Intensivierung des Preiswettbewerbs⁸⁰.

71 Vgl. Kap. 5, I.6.

72 Fn. 59.

73 Fn. 60.

74 Fn. 61.

75 Art. 6 Ziff. 2 des Gruppenfreistellungsentwurfs (oben Fn. 8).

76 Vgl. Kap. 2, 4.1.2. bei Fn. 188 ff.

77 Schweizerische Kartellkommission, 220.

78 Vgl. z.B. Pitofsky, *The Sylvania Case: Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restrictions*, *Columbia Law Review* 78 (1978), 1 ff., sowie die Hinweise in Kap. 5, 2.5.1.2.

79 Oben Fn. 10, Abschnitt II. 6.

80 Das Einkaufs- und Preisverhalten der Werkstätten hängt wesentlich mit dem im Ersatzteilhandel üblichen Bruttopreissystem zusammen. Dasjenige Angebot erscheint am günstigsten, das mit dem höchsten Rabatt verbunden wird. Ob diese Rechnung für den

Der Vorschlag, die Bezugsfreiheit mit einer Hinweispflicht zu verkoppeln, wird von den Hauptbeteiligten der Auseinandersetzung um die Bezugsbindung nicht geschätzt⁸¹. Die Automobilhersteller sehen ihre Interessen nicht zureichend gewahrt, die Vertreter des „Zweiten“ Vertriebswegs befürchten Diskriminierungen ihres Angebots, den Vertragswerkstätten erscheint die Hinweispflicht lästig. Der öffentlich kaum artikulierte Hintergrund für diese Äußerungen sind Befürchtungen aller Beteiligten über den Opportunismus oder das strategische Geschick der jeweils anderen Seite. Die Auswirkungen einer Hinweispflicht hängen zunächst davon ab, welche Ausgestaltung die Hersteller durchsetzen; vor allem aber kommt es darauf an, wie dann die Vertragswerkstätten mit ihrer Verpflichtung umgehen – und dies heißt eben auch: sich ihrer vertraglichen Pflichten mehr oder weniger elegant und schwer kontrollierbar entledigen.

Diese unterschiedlichen Positionen und Befürchtungen bestätigen indirekt nochmals, daß der Preiswettbewerb beim Ersatzteilvertrieb nicht funktionsfähig ist, daß es bei den Auseinandersetzungen auf der Anbieterseite immer auch um die Ausnutzung dieser Funktionsdefizite zum je eigenen Vorteil geht. Zuzugeben bleibt gleichwohl, daß die Ausgestaltung einer Hinweispflicht, wie sie hier vorgeschlagen wurde, praktische Schwierigkeiten aufwirft⁸². Zuzugeben ist vor allem, daß dieser Vorschlag sich einer eindeutigen Stellungnahme zur wettbewerbspolitischen Legitimität von Bezugsbindungen enthält. Die Hinweispflicht gibt gleichsam allen Beteiligten gleichzeitig Recht: Sie akzeptiert, daß die Hersteller durch ihre Markterschließungsleistungen das Kundenvertrauen in die Vertragswerkstätten mitbegründen; sie anerkennt gleichwohl die unternehmerische Autonomie des Vertragshändlers; sie erinnert schließlich an den hohen Anteil der Zulieferindustrie an der Erstausrüstung und Instandsetzung von Kraftfahrzeugen. Um einen Formelkompromiß handelt es sich gleichwohl, weil die theoretische „Aus-

Händler wirklich aufgeht, hängt indes auch z.B. von seinen Lagerkosten und der Entwicklung der Nachfrage ab. Die Schweizerische Kartellkommission hat deshalb den allgemeinen Übergang zu einem Nettopreissystem empfohlen (Schweizerische Kartellkommission, 149, 221). Bei den freien Werkstätten handelt es sich jedoch in der Regel um kleinere Betriebe, denen die kaufmännische Erfahrung für eine eigenständige Kalkulation vielfach zu fehlen scheint (Interview mit dem Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweiradgroßhändler e.V. v. 22.12.1982). Zur entsprechenden Problematik bei der Kalkulation von Arbeitskosten vgl. Kap. 2, 4.1.2. bei Fn. 192.

- 81 Die folgenden Aussagen stützen sich auf Interviews mit Vertretern der Automobil-Hersteller sowie des Zweiten Vertriebswegs; vgl. auch in den Anhörungen des House of Lords, 90, 101, 290; insbes. die Motor Factors Association hat den Vorschlag einer Hinweispflicht in der Stellungnahme des Beratenden Verbraucherausschusses (oben Fn. 68) kritisiert (a.a.O., 89).
- 82 Immerhin ist daran zu erinnern, daß zahlreiche Hersteller in ihren Händlerverträgen Hinweispflichten vorsehen; vgl. Kap. 2, Fn. 213.

gewogenheit“ des Vorschlags keineswegs auch seine praktische Neutralität verbürgt: Die besten praktischen Durchsetzungschancen hätten die Automobilhersteller, weil es ihnen offensteht, ihre Vertrauenswerbung für „Original“-Teile mit preispolitischen Initiativen zu verbinden⁸³. Diese wettbewerbspolitische Option, die durchaus eine Abschottung der selektiven Vertriebssysteme impliziert, muß nun allerdings in einen weiteren Kontext gestellt werden: Sie ist Bestandteil einer Gesamtkonzeption, die auf eine Förderung der Wettbewerbschancen der Konkurrenten der Vertragswerkstätten abzielt.

4.2. Die Wettbewerbsfähigkeit nichtgebundener Werkstätten

In den Auseinandersetzungen um die selektiven Vertriebssysteme der Automobilhersteller haben die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Reparatursektor keine zureichende Beachtung gefunden. Dies erklärt sich zum einen aus den Regelungsinhalten der FreistellungsVO, hängt aber auch damit zusammen, daß z.B. die Interessen der „freien“ Werkstätten nur gleichsam mediatisiert repräsentiert werden – in der Bundesrepublik unter dem allgemeinen Dach des Zentralverbandes des Kraftfahrzeuggewerbes, auf europäischer Ebene durch die International Organisation for Motor Traders and Repair⁸⁴. Wohl am relativ deutlichsten haben die Konsumentenverbände auf die Interdependenzen zwischen der GruppenfreistellungsVO und den Wettbewerbsverhältnissen im Reparatursektor aufmerksam gemacht⁸⁵. Die britische Consumers' Association ist dabei am weitesten gegangen. Gestützt auf eigene Erhebungen und auf ein Diskussionspapier des Office of Fair Trading⁸⁶ wurde die Streichung aller den After Sales-Sektor betreffenden Vorschriften gefordert⁸⁷. Die Vertragswerkstätten zeichneten sich keineswegs gegenüber den ungebundenen Werkstätten durch bessere Leistungen aus; deshalb gebe es auch keinen legitimen Grund zur Freistellung einschlägiger Wettbewerbsbeschränkungen. – Den Stellungnahmen dieser Studie liegt eine vorsichtigere Einschätzung zugrunde. Weil die Bemühungen der Hersteller um die Sicherung der Qualität von Werkstattleistungen unbestreitbar sind, weil andererseits die verfügbaren Werkstatt-Tests über den Erfolg dieser Bemühungen nur sehr begrenzte Aussagen erlauben⁸⁸, lassen sich die Begründungen, die der 4. Erwägungsgrund

83 Das Recht zur einseitigen Bedarfsschätzung gem. Art. 4 Abs. 1 Nr. 3 ist mit dieser Zielsetzung nicht vereinbar, weil es den Einsatz des Preis-Parameters tendentiell erübrigt.

84 Vgl. die acht „principes fondamentaux“ des Comité Européen du Commerce de La Réparation Automobiles (C.E.C.R.A.) vom 19.1.1981 - abgedruckt in der Stellungnahme des C.E.C.R.A. vom 7.10.1983 zum Gruppenfreistellungs-Entwurf (CECRA 83 002/JV/CP).

85 Vgl. die oben Fn. 9 und 10 zitierten Stellungnahmen.

86 Office of Fair Trading, Car servicing and repairs. A discussion paper, September 1983.

87 House of Lords, 162; konsequenterweise wird dann insgesamt die Berechtigung des selektiven Vertriebs für Neuwagen in Frage gestellt, a.a.O. 291.

88 Vgl. näher Kap. 5, 1.5.

für die Freistellung markengebundener Werkstätten gibt, nicht a priori zurückweisen. Wegen dieser Unsicherheiten darf dann aber auch eine Legalisierung dieser Bindungen die Entfaltungschancen konkurrierender Anbieter nicht beeinträchtigen.

4.2.1. Die Vertriebsregelungen der GruppenfreistellungsVO für Eigenkonstruktionsteile

Eigenkonstruktionsteile oder andere Ersatzteile, bei denen der Hersteller über ein Angebotsmonopol verfügt, werden ausschließlich über die Vertragshändlernetze der Hersteller vertrieben. Artt. 1 und 2 sowie Art. 3 Nr. 9 und 10 b legalisieren diese Praxis; nur über die Vertragshändler selbst können andere Reparaturwerkstätten solche Teile beziehen (Art. 3 Nr. 10 b). Das „quid pro quo“ dieser Bindungen erscheint durchsichtig: Der Vertragshändler ist zu einer breiten Lagerhaltung verpflichtet und soll seine Reparaturkunden unverzüglich bedienen; der Hersteller verzichtet dafür auf die Einschaltung des freien Großhandels und auf eine direkte Belieferung von konkurrierenden Werkstätten oder von Endverbrauchern. Mit dieser Reziprozität von Rechten und Pflichten und mit der logistischen Effizienz der markenspezifischen Vertriebsnetze rechtfertigt der 6. Erwägungsgrund der FreistellungsVO die genannten Beschränkungen.

4.2.2. Die Belieferung unabhängiger Werkstätten

Die rechtsvergleichende Übersicht zu den Auseinandersetzungen um die Vertriebssysteme der Kfz-Hersteller hat gezeigt, daß die bevorzugte Belieferung von Vertragswerkstätten ein beträchtliches Konfliktpotential birgt. Offen ausgegangen wurde dieser Konflikt in den USA. In der General Motors betreffenden Crash Parts-Entscheidung der Federal Trade Commission⁸⁹ wurde der Vertrieb von Teilen über das Händlernetz akzeptiert. Die FTC hat dabei allerdings ausdrücklich eine Rechtfertigung dieser Beschränkung mit den Zusammenhängen zwischen Neuwagenabsatz und Kundendienst zurückgewiesen und sich nur auf die zum Ersatzteilvertrieb selbst vorgebrachten wirtschaftlichen Erwägungen gestützt⁹⁰. Der Consent Decree im Technical Learning-Verfahren⁹¹ jedoch verpflichtete Daimler-Benz, die Wettbewerbsbedingungen für unabhängige Werkstätten zu verbessern⁹². Die gleiche Zielsetzung hat der Director General of Fair

89 General Motors Corp., 3 Trade Regulation Reports (CCH), § 21, 931 (F.T.C. 1982).

90 A.a.O., 22, 344 f.

91 Technical Learning Collective, Inc., *et al.* v. Daimler-Benz AG *et al.*, 1981 Trade Cases (CCH), § 64, 146 (D. Md. 1981); dazu Kap. 4, 4.3.1.

92 In dem Consent Decree v. 29.6.1981 heißt es u.a.: „MBNA (Mercedes Benz of North America) shall not in anyway directly or indirectly: A. Enter into, maintain, further, adhere to, or enforce any provision of any contract or agreement with any MB dealer which provision fixes, establishes, limits or restricts, with respect to independent garages, the persons to whom, the territories in which, or the prices, margins, discounts

Trading in dem Verfahren gegen die Still-Gruppe⁹³ und jetzt auch in einem Verfahren gegen die Ford Motor Co.⁹⁴ verfolgt.

Festzuhalten bleibt, daß in den einschlägigen Konfliktfällen die „quantitative“ Beschränkung der mit den Herstellern kooperierenden Vertragswerkstätten jeweils zwar gebilligt, aber immer auch auf ihre Auswirkungen für die Wettbewerbsbedingungen konkurrierender Unternehmen hin überprüft wurde. Anlaß zu einer solchen Überprüfung bieten auch die Wettbewerbsbedingungen in der Bundesrepublik. In ihrer Preispolitik orientieren sich die ungebundenen Werkstätten offenbar weitgehend an den unverbindlichen Preisempfehlungen der Hersteller⁹⁵. Aber dies ist sowohl im Hinblick auf die zumeist geringe Betriebsgröße und die damit verbundene geringe kaufmännische Qualifikation als auch im Hinblick auf die Bezugsbedingungen der freien Werkstätten kaum verwunderlich. Ausweislich des Konditionenvergleichs des Zentralverbands des Kraftfahrzeug-Gewerbes vom 30. Juni 1983 gewähren die Hersteller i.d.R. den Werkstätten keinen oder einen geringeren Wiederverkäuferrabatt von ca. 10–13 %. Dem stehen Rabatte der Vertragswerkstätten gegenüber, die bei den konkurrenzgefährdeten Teilen bis zu 50 % und mehr betragen und die bei den Captive Parts, die regelmäßig erheblich teurer sind, immerhin zwischen 15 und 30 % ausmachen. Überdies trägt bei den Vertragswerkstätten der Hersteller i.d.R. die Frachtkosten, während die ungebundenen Werkstätten sich die Teile abholen müssen und wohl auch keine vergleichbaren Zahlungsziele eingeräumt bekommen.

4.2.3. Reaktionsmöglichkeiten des europäischen Wettbewerbsrechts

Die Differenzierung der Märkte für das Neuwagen- und Ersatzteilgeschäft sowie die Binnendifferenzierung des Ersatzteilmarktes in Teilmärkte für wettbewerbsgefährdete und Eigenkonstruktionsteile eröffnet Möglichkeiten, den Verzerrungen des Wettbewerbs im Reparaturgewerbe entgegenzuwirken. Die Kooperation zwischen Vertragshändlern und Herstellern, die der 4. Erwägungsgrund der GruppenfreistellungsVO zur Rechtfertigung der quantitativen Selektion anführt, kann und soll die Leistungsfähigkeit anderer Werkstätten nicht diskreditieren. Die Ko-

or markups at which, any MB dealer may sell MB parts..... D. Take or threaten to take any action to penalize, or to coerce, any MB dealer with respect to the customers to whom, the territories in which, or the prices, margins, discounts, or markups at which, such dealer has sold or intends to sell MB parts to independent garages.“ (Ziff. V) ... „MBNA shall modify its standard Dealer Agreement, starting with any such Agreement offered to any MB dealer which agreement would be effective on or after January 1, 1982, so as to delete Item VH of the Dealer Operating Requirements Agreement and to provide: Dealer recognizes that a part of its responsibility under this Agreement is to serve as a wholesaler of MB parts to independent garages“ (Ziff. VII).

93 Vgl. Kap. 4, 2.3.2. (S. 191).

94 Vgl. Kap. 4, 2.3.3.

95 Vgl. Kap. 2, 4.1.2.

operation mit dem Herstellerwerk ist gewiß nützlich, aber sie ist nicht unabdingbar, bei zahlreichen Eigenkonstruktionsteilen (insbes. bei den sog. Blechteilen) vielmehr ohne weiteres ersetzbar⁹⁶. Der Schutz der Sicherheitsinteressen des Verbrauchers schließlich muß ohnehin *allgemein* gewährleistet werden⁹⁷. Die quantitative Selektion erweist sich einmal mehr als eine qualitätspolitische Strategie, die auf eine markenspezifische effiziente Logistik und einen markenspezifischen Service abzielt. Diese Zielsetzungen machen die Integration der Großhandelsfunktion durch die Automobilhersteller verständlich, rechtfertigen aber eben keine „unangemessene“ Benachteiligung der ungebundenen Werkstätten.

In ihrer Hugin-Entscheidung hatte die Kommission zur Schlichtung des Konflikts zwischen den Interessen an einem markenspezifischen Service und den Interessen unabhängiger Reparaturunternehmen eine Verpflichtung zur Abgabe unverzichtbarer Ersatzteile zu einem „angemessenen Marktpreis“ verlangt; dieser Preis solle den Vertragshändlern eine „angemessene Gewinnspanne“ und ihren Konkurrenten einen „entsprechenden Handlungsspielraum“ belassen⁹⁸. Eine Konkretisierung dieser Formel muß die Logistik des Ersatzteilvertriebs berücksichtigen. Hierbei achten die Hersteller und Vertragshändler selbst darauf, die Kosten der Lagerhaltung zu senken – der „Nachtsprung“ bei schwergängigen Teilen ist ein Ausdruck dieses Bemühens⁹⁹. Über die den Vertragshändlern aus der Verpflichtung zur Lagerhaltung entstehenden Kosten sind verlässliche und verallgemeinerungsfähige Informationen schwer zu gewinnen. Commissioner Pertschuk hat in seinem Dissent in der Crash Parts-Entscheidung geltend gemacht, die Beweismittel, die zu den „Sonderbelastungen“ der Vertragshändler verfügbar seien, ließen eine Begünstigung dieser Händler gegenüber anderen Werkstätten um allenfalls 2 % gerechtfertigt erscheinen¹⁰⁰. Diese gewiß spekulative Angabe soll hier nicht etwa zum Beurteilungsmaßstab gemacht werden. Im Rahmen der GruppenfreistellungsVO hätte aber die Möglichkeit bestanden, die Freistellung des Exklusivvertriebs (Art. 2) und des Verbots der Weiterveräußerung von Vertragswaren (Art. 3 Nr. 10) an das Erfordernis einer nichtdiskriminierenden Behandlung von unabhängigen Werkstätten zu knüpfen. Ein solches Diskriminierungsverbot würde die markenspezifischen Distributionssysteme intakt lassen und folglich auch die Kosten der Ersatzteillistik nicht erhöhen. Es wäre mit einer Vergütung derjenigen Aufwendungen verträglich, die dem Vertragshändler durch seine „Großhandelsfunktionen“ und seine besonderen Leistungen gegenüber dem Hersteller entstehen. Unabdingbar erscheint dann aber, daß der Vertragshändler beim Weiterverkauf nur einen seinen Aufwendungen entsprechenden Rabatt einbehalten darf.

96 Vgl. die Feststellungen der Federal Trade Commission, a.a.O. (Fn. 89), § 22, 337.

97 Vgl. Kap. 5, 1.1.

98 Vgl. den Vortrag der Kommission im Hugin-Verfahren, EuGH, U. v. 31.5.1979, Rs. 22/78, Slg. 1979, 1869, 1876.

99 Vgl. Kap. 2, 4.3. (S. 76).

100 Federal Trade Commission, a.a.O. (Fn. 89), § 22, 344 f.

Die GruppenfreistellungsVO begnügt sich demgegenüber mit Vorschriften, die lediglich mittelbar auf eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen ungebundener Werkstätten hinwirken können. Die Vertragshändler dürfen, wie Art. 6 Nr. 2 klarstellt, Rabatte, die ihnen beim Bezug von Captive Parts gewährt werden, an netzfremde Werkstätten weitergeben. So besteht immerhin theoretisch die Möglichkeit, daß einzelne Vertragshändler im Teileverkauf eine attraktive Erwerbsquelle entdecken. Gleichwohl bleibt schwer einzusehen, daß diese ungewisse Aussicht genügen soll, um die Freistellung des selektiven Vertriebs von Eigenkonstruktionsteilen gegenüber den sich aus dem Hugin-Verfahren ergebenden Anforderungen zu rechtfertigen.

5. Händlerschutz und Intra-brand-Wettbewerb

Der Status des Vertragshändlers ist prekär¹⁰¹. Der Rechtsform nach sind Vertragshändler unabhängige Unternehmen. Ihre ökonomische und soziale Situation wird jedoch durch die vertikale Quasi-Integration des Vertriebs durch die jeweiligen Hersteller bestimmt. Diese Eingliederung erklärt die Übertragung zahlreicher unternehmerischer Entscheidungskompetenzen an den Hersteller sowie dessen Funktionen als zentrales „Kontrollorgan“. Diese Delegation unternehmerischer Leitungsfunktionen begründet eben allerdings auch entsprechende Abhängigkeiten und Schutzbedürfnisse der Händler.

5.1. Die wettbewerbspolitische Begründbarkeit von Händlerschutzregelungen

Mit der Aufnahme von Händlerschutznormen, die insbes. den Einsatz weiterer Vertragshändler und Veränderungen des Vertragsgebiets (Art. 5 Abs. 2 Nr. 1 b) sowie die Mindestlaufzeit von Verträgen und die Kündigung betreffen (Art. 5 Abs. 2 Nr. 2), hat die GruppenfreistellungsVO sich in ein höchst umstrittenes Gelände vorgewagt. Dabei geht es nicht nur um den konkreten Inhalt der Händlerschutzbestimmungen; kontrovers ist vielmehr bereits die Vorfrage, inwieweit es Aufgabe der Wettbewerbsregeln sein kann, vertragsrechtliche Schutzpositionen festzuschreiben.

Die wettbewerbspolitische Begründbarkeit von Händlerschutznormen hängt von den Funktionen ab, die wettbewerbsrechtlichen Regelungen im allgemeinen und

101 Vgl. zum folgenden ausführlicher Joerges, Vertragsgerechtigkeit und Wettbewerbschutz in den Beziehungen zwischen Automobilherstellern und -händlern: Über die Aufgabe richterlicher Rechtspolitik in „Relationierungsverträgen“, FS Wassermann 1985, 697 ff; ders., Relational Contract Theory in a Comparative Perspective: Tensions Between Contract and Antitrust Law Principles in the Assessment of Contractual Relations between Automobile Manufacturers and their Dealers in Germany, Wisconsin Law Review 1985 (im Erscheinen).

Normen zur Kontrolle vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen im besonderen zugewiesen werden. Für alle wettbewerbspolitischen Konzeptionen, die, sei es im Namen der Freiheit des Einsatzes und der Koordination von Wettbewerbsparametern, sei es im Namen der ökonomischen Effizienz, für eine Legalisierung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen eintreten, müssen vertragsrechtliche Schutzbestimmungen als Gefährdung eben jener Zielsetzungen erscheinen, die mit einer Legalisierung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen verfolgt werden. In der amerikanischen Literatur sind diese Zusammenhänge von Vertretern der ökonomischen Kartellrechtstheorie ausführlich dargelegt worden¹⁰². Ausgangspunkt dieser Analysen ist die Interpretation vertikaler Bindungen des Händlers und einseitiger Bestimmungsrechte des Herstellers als Instrumente zur Sicherung der Effizienz des Vertriebssystems. Die Zentralisierung unternehmerischer Funktionen für das gesamte Vertragsnetz liegt danach durchaus im Interesse beider Vertragspartner, insbes. also auch dem des jeweiligen Vertragshändlers. Bei der Ausgestaltung der Vertragshändlerverträge geht es danach um die Suche nach effizienten Mitteln zum Schutz von Investitionen der Hersteller, zur Sicherung seiner Reaktionsfähigkeit im Interbrand-Wettbewerb und vor allem auch zur Verteidigung des Qualitätsniveaus des Absatzsystems gegen opportunistische Verhaltensweisen einzelner Händler.

Die Schwierigkeit einer vertragsrechtlichen Bewältigung der so umschriebenen Aufgaben besteht darin, daß die Markterschließungsleistungen des Herstellers schwer quantifizierbar sind und nur indirekt vergütet werden können, daß die Reaktionsfähigkeit des Herstellers im Interbrand-Wettbewerb flexible Mechanismen der Anpassung des Vertriebssystems erfordert, die sich nicht ex ante vertragsrechtlich festlegen lassen, daß schließlich eine direkte Kontrolle der Leistungen des Vertragshändlers unverhältnismäßig hohe Kosten erfordern kann. Angesichts all dieser Schwierigkeiten erscheinen dann „unfaire“, den Händler einseitig belastende Vertragskonditionen in einem milderen Licht. Das gilt insbesondere, so betont etwa B. Klein¹⁰³, für strikte Wettbewerbsverbote, für einseitige Kündigungsrechte und für die Verweigerung eines Gebietsschutzes bzw. eines festen Marktverantwortungsgebiets. „Unfaire“ Konditionen seien als Reaktionen darauf zu begreifen, daß der Hersteller die für seine Absatzpolitik im Vertragsnetz erforderliche Leistung nicht ex ante spezifizieren könne und ein rigides Sanktionspotential in der Hand behalten müsse, um Vertragshändler vor einem opportunistischen Verhalten („cheating“) abzuschrecken.

Die Grundlage dieser Kritik an den Händlerschutzbestimmungen der GruppenfreistellungsVO ist nun allerdings eine wettbewerbspolitische Konzeption, die

102 Vgl. insbes.: Rubin, *The Theory of the Firm and the Structure of the Franchise Contract*, *Journal of Law and Economics* 21 (1981), 223 ff.; Klein, *Transaction Cost Determinants of „Unfair“ Contractual Arrangements*, *American Economic Review* (AEA-Proceedings) 70 (1980), 356 ff.; Williamson, *The Economics of Governance: Framework and Implications*, *ZgS* 140 (1984), 195 ff.

103 A.a.O., 358 ff.

sich die Kommission ungeachtet aller Konzessionen an die Thesen von der Legitimität vertikaler Beschränkungen gerade nicht zu eigen gemacht hat. Dementsprechend betont der 17. Erwägungsgrund, die Aufnahme von Händlerschutzbestimmungen solle der Gefahr entgegenwirken, daß der Händler wegen seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit „Wettbewerbshandlungen, die ihm an sich freistehen, von vornherein unterläßt, weil deren Vornahme den Interessen des Herstellers oder anderer Unternehmen des Vertriebsnetzes zuwiderläuft“. Zu fragen bleibt indessen, ob diese Begründung generelle Händlerschutzbestimmungen trägt und ob sie mit den konkreten Inhalten der in die Verordnung aufgenommenen Schutznormen kompatibel ist.

5.2. Schutz des Intra-brand-Wettbewerbs und Vertragsgerechtigkeit

Eine „zeitgemäße“ konzeptionelle Begründung kann die GruppenfreistellungsVO nur in jenen wettbewerbstheoretischen Ansätzen finden, die im Interesse der Dynamik des Wettbewerbs sowohl auf der Hersteller- wie auch auf der Distributionsstufe einen Schutz von unternehmerischen Freiheiten gegen vertikale Beschränkungen befürworten. Die wettbewerbspolitische Sinnfälligkeit entsprechender Schutznormen ist dabei aber von den jeweiligen Wettbewerbsverhältnissen, insbes. also auch von der Intensität des Interbrand-Wettbewerbs und von der jeweiligen Marktphase abhängig. Deshalb wiederholt sich bei den Händlerschutzbestimmungen nochmals das allgemeine Dilemma des Instrumentariums der Gruppenfreistellung. Die FreistellungsVO kann Differenzierungen, wie sie die Wettbewerbstheorie nahelegt, nicht durchführen, sondern muß mit ihren Regelungen typische Schutzbedürfnisse zu treffen versuchen¹⁰⁴.

Die im 17. Erwägungsgrund angesprochenen unternehmerischen Freiheiten betreffen insbes. die Preispolitik des Händlers (vgl. Art. 6 Nr. 2), seine Entscheidungsfreiheit beim Ersatzteilbezug (vgl. Art. 3 Nr. 4), seine Befugnis, Vertragswaren innerhalb des Händlernetzes auszutauschen (vgl. Art. 3 Nr. 10 a) und Ersatzteile an unabhängige Werkstätten zu liefern (vgl. Art. 10 Nr. b), sowie vor allem auch den Verkauf von Kraftfahrzeugen an Gebietsfremde (Art. 3 Nr. 11, Art. 5 Abs. 1 Nr. 2 d).

Auch aus der Sicht dynamischer Wettbewerbskonzepte sprechen gute Gründe dafür, Regeln gegen Preisbindungen und gegen einen absoluten Gebietsschutz als per se-Verbote auszugestalten¹⁰⁵. Bei den übrigen Vorschriften ist dies weniger eindeutig. Hier sprechen allerdings die spezifischen Bedingungen des Automobilsektors für ihre Aufnahme in die GruppenfreistellungsVO¹⁰⁶.

104 Vgl. oben 2.1.

105 Vgl. Kap. 5, 2.5.1.2. und 2.5.1.3.

106 Vgl. oben 4.1.2.

Aber diese Rechtfertigung für den Schutz der genannten Freiheiten besagt noch nichts über die Eignung der von der FreistellungsVO gewählten Mittel. Diese Mittel lassen sich insgesamt drei hypothetischen Konfliktkonstellationen zuordnen: (1) Die grundsätzlichen Konkurrenzverbote des Art. 3 Nr. 3, 5 und 6 schränken den Händler in seinen unternehmerischen Freiheiten ein; ökonomisch können sie ihn vor allem dann erheblich belasten, wenn der Marktanteil des von ihm vertretenen Fabrikats zurückgeht. Die „sachlich gerechtfertigten Gründe“, die gem. Art. 5 Abs. 1 Nr. 2 a und Abs. 2 Nr. 1 b zu Einschränkungen des Konkurrenzverbots führen, sind danach als Sozialschutznormen, nicht aber als genuin wettbewerbspolitische Regelungen zu begreifen. (2) Auseinandersetzungen um die Größe des Vertragsgebiets und die Einsetzung neuer Händler entzündeten sich typischerweise im Zusammenhang mit einer Reorganisation der Vertriebsstruktur¹⁰⁷ oder aus einer – berechtigten oder unberechtigten – Kritik des Herstellers an der Leistungsfähigkeit des Vertragshändlers¹⁰⁸. Wiederum hat der Schutz des Händlers in diesen Konfliktkonstellationen keinen direkten Bezug zu jenen unternehmerischen Freiheiten, die er im Interesse des Intra-brand-Wettbewerbs wahrnehmen soll. (3) Die Kündigung des Vertragshändlers ist diejenige Konfliktkonstellation, die am häufigsten auch zu rechtsförmigen Auseinandersetzungen führt, weil beide Parteien eine weitere Kooperation nicht mehr für aussichtsreich halten. Freilich sind die Motive für Kündigungen vielfältig: Der Hersteller kann von der mangelnden Leistungsfähigkeit des Händlers überzeugt sein; es kann sich aber auch um eine Sanktionierung von unerwünschten wettbewerbspolitischen Aktivitäten handeln. Art. 5 Abs. 2 Nr. 2 differenziert nicht nach den Motiven einer Kündigung, sondern trifft generalisierende Regelungen, die einerseits das Interesse des Herstellers an der Kündbarkeit von Vertragshändlern anerkennen, die andererseits dem Händler teils durch Schutzfristen, teils durch Entschädigungsansprüche eine geschäftliche Neuorientierung erleichtern sollen. Diese Generalisierung des Kündigungsschutzes ist gut verständlich, weil der Hersteller gewiß nicht ohne Not eine Kündigung mit wettbewerbskonformen Verhaltensweisen begründen würde. Es mag auch sein, daß eine Regelung, die den Hersteller zur Angabe der Gründe für seine Kündigung genötigt und sich im übrigen auf ein Diskriminierungsverbot (vgl. Art. 5 Abs. 3) beschränkt hätte, den Gefährdungen der wettbewerbsrechtlichen Handlungsfreiheit des Händlers nicht hinlänglich entgegenwirken könnte. In ihrer jetzigen Fassung realisieren die Vorschriften der GruppenfreistellungsVO aber jedenfalls *auch* spezifische vertragsrechtliche Zielsetzungen¹⁰⁹.

107 Vgl. z.B. WuW/G BGH 1455 (BMW-Direkthändler).

108 Vgl. das Ford-Urteil des BGH, NJW 1984, 1182.

109 Der Auseinandersetzung um diese überschießenden Regelungsinhalte des Entwurfs soll hier nicht vorgegriffen werden. Die Kommission wird sich aber auf eine Interpretation des Art. 85 Abs. 3 EWGV zurückziehen müssen, die der Integration verbraucherpolitischer Zielsetzungen in diese Vorschrift entspricht.

6. Territoriale Preisdifferenzierungen und der Preiswettbewerb im Automobilsektor

Die rechtspolitisch umstrittenste Vorschrift des ursprünglichen Entwurfs¹¹⁰, nämlich die sog. 12 %-Klausel des Art. 7 a.F., die eine sechs Monate andauernde Preisdifferenzierung für Neuwagen mit einem Entzug der Vorteile der Gruppenfreistellung sanktionieren wollte, gehört nicht zum unmittelbaren Gegenstand dieser Studie. Die ursprüngliche Problematik dieser Regelung und ihr weiteres Schicksal im Verlauf der Auseinandersetzungen um die GruppenfreistellungsVO kann hier gleichwohl nicht gänzlich ausgeklammert werden, weil zum einen die Vorkehrungen zur Sicherung des freien Handels mit den allgemeinen wettbewerbspolitischen Problemen der Freistellung der selektiven Vertriebssysteme des Automobilsektors eng zusammenhängen, und weil zum anderen der veränderte Regelungsansatz der Verordnung nunmehr auch den Ersatzteilvertrieb einbezieht.

6.1. *Neuwagen*

Die GruppenfreistellungsVO hat ihre ursprünglichen Regelungsziele nicht nur mit Hilfe der 12 %-Klausel, sondern daneben auch durch eine Reihe indirekt wirkender Maßnahmen verfolgt. Auf die vehemente Kritik an dem ursprünglichen Entwurf hat die Kommission vor allem durch eine schrittweise Zurücknahme der 12 %-Klausel reagiert, während sie die übrigen Vorschriften überwiegend verteidigt und in einer noch kaum wahrgenommenen Hinsicht ergänzt hat. Das Gesamtergebnis dieser Korrekturen allerdings ist eine sehr weitgehende Erosion der Regelungsziele der VO und damit auch eine entscheidende Veränderung ihrer wettbewerbs- und integrationspolitischen Bedeutung.

6.1.1. Die Vorschriften zur Sicherung der Freiheit des innergemeinschaftlichen Handels

Die 12 %-Klausel des unveröffentlichten Vorentwurfs von 1982¹¹¹ hatte noch einen „automatischen“ Wegfall der Vorteile der FreistellungsVO für den Fall vorgesehen, daß Preisdifferenzen den „trigger point“ von 12 % erreichen. Im Art. 7 Abs. 3 des Entwurfs vom Juni 1983 war diese Regelung bereits durch die Sonderbehandlung von Märkten mit exzessiven Besteuerungssystemen und Preiskontrollen eingeschränkt worden. Der Zwischenentwurf vom Juni 1984¹¹² hat dann in die Regelungen über Preisdifferenzierungen sämtliche Vertragswaren, also auch die Ersatzteile, einbezogen, die Automatik zwischen Preisdifferenzen und Wegfall der Freistellung aber beseitigt: Vorgesehen war jetzt eine Ermächtigung

110 Oben Fn. 8.

111 Vgl. oben Fn. 9.

112 Oben Fn. 11.

der Kommission, im Falle erheblicher Preisabweichungen die Vorteile der Anwendung der VO zu entziehen, wobei sich allerdings die Kommission immer noch zu einer „automatischen“ Einleitung von Untersuchungen verpflichtete¹¹³. Art. 10 des endgültigen Entwurfs hat nun auch noch das Verhältnis von Ermächtigung und Selbstbindung umgekehrt: Es steht nunmehr im Ermessen der Kommission, ob Untersuchungen überhaupt eingeleitet werden, und die Kommission muß ggf. nachweisen, daß Preisabweichungen „überwiegend auf Verpflichtungen beruhen, die nach dieser Verordnung freigestellt sind“¹¹⁴.

Diese Veränderungen bedeuten, daß nunmehr die Sicherung des freien innergemeinschaftlichen Handels nur noch mit Hilfe der indirekt wirkenden Maßnahmen gewährleistet wird: durch die Vorschriften zum Verkauf an Gebietsfremde (Art. 3 Nr. 11), durch die Verfügbarkeitsklausel des Art. 5 Abs. 1 Nr. 2 d, durch die Ausgestaltung der Garantien (Art. 5 Abs. 1 Nr. 1 b), durch die Befugnis des Vertragshändlers, Vertragswaren zu verändern (Art. 3 Nr. 1), durch die Kontrolle systematischer Behinderungen des Endverbrauchers (Art. 10 Nr. 2) sowie durch die Kontrolle „sachlich nicht zu rechtfertigender“ Preisdifferenzen für länderspezifische Modellvariationen (Art. 10 Nr. 4).

Auch in diesem Bündel indirekt wirkender Maßnahmen hat es eine wichtige Veränderung gegeben, durch die das Ziel der Verwirklichung der Einheit des Gemeinsamen Marktes zu einer Aufgabe der privaten Endnachfrager erklärt wird. Diese Wendung ist an der jetzigen Fassung des Art. 3 Nr. 11 ablesbar. Die Ausgestaltung der Vermittlerklausel in Art. 3 Nr. 9 b des Entwurfs vom Juni 1983 hatte einen organisierten Parallelimport durch professionelle Händler ermöglicht; das nunmehr eingeführte Erfordernis einer schriftlichen, auf den Kauf und die Abnahme eines bestimmten Fahrzeugs bezogenen Vollmacht schränkt diese Möglichkeit entscheidend ein¹¹⁵. Auch das durch die Verfügbarkeitsklausel des Art. 5 Abs. 1 Nr. 2 d gewährleistete Recht, Fahrzeuge in einem anderen Mitgliedstaat „auch in Ausfertigungen und mit Spezifikationen zu bestellen, die vom Kraftfahrzeughersteller oder mit dessen Zustimmung“ im Heimatstaat des Konsumenten angeboten werden¹¹⁶, steht ebenfalls nur den Endverbrauchern zu. Eine Erleichterung der Parallelimporte kann allerdings die neueingeführte Befugnis des Vertragshändlers zur Veränderung – und d.h. auch: zur Umrüstung – von Vertragswaren mit sich bringen (Art. 3 Nr. 1)¹¹⁷. Die für die gesamte Diskussion um

113 Art. 11 Abs. 2 des Entwurfs v. Juni 1984 (oben Fn. 11).

114 In Ziff. II. 1. der Bekanntmachung zur GruppenfreistellungsVO (oben Fn. 6) wird überdies noch einmal erläutert, daß die Einschränkungen des Art. 7 Abs. 3 des Entwurfs bei der Handhabung des Art. 10 Nr. 3 berücksichtigt werden sollen.

115 Daß die Gewährleistungen des netzinternen Handels diese Einschränkungen nicht kompensieren, hat die Kommission selbst in ihrer Ford-Entscheidung festgestellt (ABl. L 327 v. 24.11.1983, 31 Ziff. 25); vgl. im übrigen Kap. 3, 5.2.3.1.

116 Vgl. Ziff. I. 6. der Bekanntmachung v. 12.12.1984 (oben Fn. 6).

117 Vgl. demgegenüber Art. 3 Nr. 1 des Entwurfs v. 24.6.83 (oben Fn. 8).

die 12 %-Klausel zentrale Problematik des Parallelimports nach Großbritannien freilich dürfte sich mit dieser Klausel nicht lösen lassen¹¹⁸. Darüber hinaus wurde die Anregung, die Befugnis zur Änderung von Vertragswaren auch nichtgebundenen Werkstätten zuzugestehen¹¹⁹, nicht aufgenommen, obwohl eine entsprechende Regelung durch die Zanussi-Entscheidung der Kommission¹²⁰ vorgezeichnet war.

6.1.2. Die integrations- und wettbewerbspolitische Problematik des ursprünglichen Entwurfs und der jetzigen Regelung

Die Intensität der Auseinandersetzungen um den ursprünglichen Regelungsansatz des Entwurfs der GruppenfreistellungsVO erklärt sich gewiß in erster Linie aus dessen potentiellen Konsequenzen für einen der wichtigsten Wirtschaftssektoren der Gemeinschaft. Zugleich aber stand – und steht! – das zentrale Problem oder Dilemma der europäischen Wettbewerbspolitik zur Debatte: die Frage nämlich, wie die Wettbewerbspolitik mit den Unvollkommenheiten der Marktintegration umgehen soll. Drei Aspekte dieser Kernfrage lassen sich unterscheiden: (1) Darf es den gemeinschaftsweit agierenden Unternehmen verwehrt sein, auf unterschiedliche „Kundenpräferenzen“ und Kaufkraftunterschiede durch eine Politik der Preisdiskriminierung zu reagieren? Verträgt sich eine grundsätzliche Anerkennung des Qualitätswettbewerbs mit den Regeln gegen eine territoriale Marktaufteilung?¹²¹ (2) Dürfen Unternehmen auch dann noch auf das Ziel der Marktintegration verpflichtet werden, wenn sich die Unterschiedlichkeit von Wettbewerbsbedingungen aus einzelstaatlichen Sondermaßnahmen wie Preiskontrollen oder Besteuerungsnormen ergibt¹²²? (3) Darf die Wettbewerbspolitik den Einfluß von Wechselkursänderungen und anderen gesamtwirtschaftlichen Daten auf die Preisentwicklung in den Mitgliedstaaten vernachlässigen und ihre Ziele überdies ohne Rücksicht auf mögliche industrie- und arbeitsmarktpolitische Konsequenzen durchsetzen¹²³?

Die Auseinandersetzung über die Regelungsvorschläge der Kommission hat nicht etwa zu generalisierbaren Antworten auf diese Fragen gerührt. Der von den Vor-

118 Zwar behauptet das Institute for Fiscal Studies (Ashworth/Kay/Sharpe, *Differentials between Car Prices in the UK and Belgium*, 1982, 28), die Umrüstung von Linkslenkern zu Rechtslenkern sei „cheap relative to the price differential“; Rückfragen bei verschiedenen Vertragswerkstätten haben aber die Aussage der Kommission (a.a.O., Fn. 115, Ziff. 45) bestätigt, daß die nachträgliche Umrüstung einen erheblichen Aufwand erfordert.

119 Vgl. die zweite Stellungnahme des Beratenden Verbraucherausschusses (oben Fn. 10), Abschnitt 2.3.

120 Abl. L 322 v. 16.11.1978, 36; vgl. auch Kap. 3, 5.2.3.2.

121 Vgl. Kap. 3, 4.1. und 5.2.3.

122 Vgl. Kap. 3, 4.2.

123 Vgl. oben Fn. 114.

schlägen der Kommission ausgehende Zwang, die Gründe für die beobachtbaren Preisunterschiede zu benennen und die Folgen einer Durchsetzung des Prinzips der Handelsfreiheit abzuschätzen, hat jedoch die Komplexität der Problematik wesentlich reduziert und die in Frage kommenden politischen Optionen verdeutlicht.

Schon in dem Entwurf vom Juni 1983 hatte sich die Kommission, was den zweiten oben genannten Fragenbereich angeht, kompromißbereit gezeigt. Diese Konzessionsbereitschaft war umso bemerkenswerter als der 12. Wettbewerbsbericht¹²⁴ für den Fall Belgiens nachwies, daß dessen Preisregulierungen praktisch wirkungslos geblieben waren. Auch die Sonderbehandlung der Märkte mit exzessiven Besteuerungssystemen war alles andere als selbstverständlich – sie bedeutet nämlich eine faktische Subventionierung der Endabgabepreise in Dänemark und Griechenland, die letztlich von den Konsumenten im Gemeinsamen Markt getragen werden muß¹²⁵.

Überraschend eindeutige Ergebnisse haben die Analyse zu den Gründen und Konsequenzen für das hohe Preisniveau in Großbritannien erbracht. Nach den Untersuchungen des Institute for Fiscal Studies erklärt sich dieses Preisniveau aus den oligopolistischen Marktstrukturen i.V.m. den nationalen Preisdifferenzen vor allem für „corporate buyers“¹²⁶. Die im Auftrag der Kommission entstandene Studie von Locksley¹²⁷ hat diese Aussage bestätigt und gleichzeitig gegenüber der These vom primären Einfluß unterschiedlicher Inflationsraten und Wechselkursänderungen verteidigt. Die vielfach beschworenen dramatischen Konsequenzen einer abrupten Korrektur des britischen Preisniveaus für die dort produzierenden Hersteller schließlich gehören in einen breiteren wirtschaftspolitischen Kontext. Man schätzt die Verluste der britischen Endnachfrager durch die Zahlung überhöhter Preise auf jährlich 1.300 Mio. Pfund, den Anteil, den British Leyland an diesen Zahlungen vereinnahmt, auf 300 Mio. Pfund¹²⁸. Das Select Committee des House of Lords bezeichnet die Marktabstottung zugunsten der hohen Preise britischer Produkte als „about the least economic and most wasteful way of subsidizing the industry that can be devised“¹²⁹.

Das Schicksal der 12 %-Klauseln dokumentiert mithin eine Reduktion des Stellenwerts der Wettbewerbspolitik im Gesamtkontext der Wirtschaftspolitik der

124 1982 Ziff. 238.

125 Vgl. Kap. 3, 4.3.

126 Institute for Fiscal Studies, a.a.O. (Fn. 118), 23, 24.

127 A.a.O. (Fn. 22), 52 ff., 77 ff.; vgl. dazu die Aussagen des Vertreters von British Leyland, House of Lords, Fragen 261 bis 266, sowie Institute for Fiscal Studies, a.a.O., 3.

128 Institute for Fiscal Studies, a.a.O., 36 (die Zahlen gelten für 1981).

129 § 21; vgl. dazu das Memorandum des Office of Fair Trading, House of Lords, 205 ff. sowie Institute for Fiscal Studies, a.a.O., 35 ff.

Gemeinschaft. Die Wettbewerbspolitik beansprucht lediglich noch, die unvermeidbaren Prozeß der strukturellen Anpassung der britischen Automobilindustrie durch jenen moderaten Druck auf das britische Preisniveau zu begleiten, der von persönlichen Importen durch private Endnachfrager ausgeht¹³⁰. Diese Einschränkung des Geltungsanspruchs wettbewerblicher Prinzipien mag, was die spezifische Situation Großbritanniens angeht, vernünftig sein. Gänzlich unannehmbar wird jedoch diese Selbstbeschränkung, wo sie infolge der Einheitlichkeit wettbewerbsrechtlicher Regelungen der Anbieterseite auch da zugute kommt, wo es allein um die Ausnutzung von Marktmacht und von oligopolistischen Interdependenzen geht, wo also die Freiheit des Parallelimports nicht mehr ihre genuin wettbewerbspolitische Funktion einer Aktivierung des Preiswettbewerbs erfüllen kann. Die Ermächtigungsnorm des Art. 10 erlaubt der Kommission grundsätzlich, auf entsprechende Situationen zu reagieren¹³¹. Ob sie von dieser Möglichkeit in Zukunft Gebrauch machen wird, bleibt abzuwarten.

6.2. Territoriale Preisdifferenzen bei Ersatzteilen

Die heftige Diskussion um die Gewährleistung des freien Handels beim Neuwagenabsatz hat bislang die Ersatzteilversorgung vernachlässigt. Dennoch drängen sich auch gerade in bezug auf den Ersatzteilmarkt kritische Anfragen zur Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes auf. Bereits die Schweizerische Kartellkommission hat in Stichproben-Erhebungen beim Vergleich der Ersatzteilpreise im Herstellerland mit den Ersatzteilpreisen in der Schweiz Differenzen zwischen 2,9 und 35 % und außerdem beträchtliche Preisunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten der EG festgestellt. Die mittlerweile vorliegenden Daten aus den vergleichenden Preiserhebungen der europäischen Versicherer haben diese Aussagen bestätigt¹³². Unsere Sekundäranalyse dieses Datenmaterials erlaubt zwar keine eindeutigen Erklärungen dieser Preisunterschiede. Aber die verfügbaren Daten legen

130 Dies trifft sich mit den Empfehlungen des Select Committee des House of Lords, para. 55; vgl. auch schon Joerges, *Selective distribution schemes*, a.a.O. (Fn. 10), 208.

131 Anlaß hierzu böte z.B. die sogenannte Aktion Rabattgesetz, die darauf abzielt oder jedenfalls bewirkt, daß die Automobilhändler sich beim Neuwagenabsatz an die Preisempfehlungen der Hersteller halten bzw. diese nur in den vom RabattG vorgesehenen engen Grenzen unterschreiten. Daß diese Aktion gegen die Regeln des europäischen Wettbewerbsrechts verstößt (vgl. Joerges, *Selektiver Vertrieb und Wettbewerbspolitik: Eine konzeptionelle Analyse der Entscheidungspraxis von Kommission und Gerichtshof zu Art. 85 EG-Vertrag* – 2. Teil, GRUR Int. 1984, 279 ff., 285 in Fn. 165), wird nicht gesehen. Zum Streitstand vgl. aus neuerer Zeit Assmann, *Rabattgesetz und unverbindliche Preisempfehlungen im Neuwagenhandel*, BB 1984, 1973 ff.; von Lampe, *Preiswettbewerb beim Neuwagenkauf*, DAR 1984, 103 ff.; Ostermann/Heckelmann, *Zur rechtlichen und tatsächlichen Problematik der Normalpreisbildung und Rabattgewährung im Kfz.-Handel*, WRP 1985, 126 ff.

132 Schweizerische Kartellkommission, 160 ff.

133 Vgl. Kap. 2, Anhang B.

jedoch eine Auseinandersetzung mit der Frage nahe, ob die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft ausreichen, um potentiellen Gefährdungen des Wettbewerbs auf dem Ersatzteilmarkt durch die selektiven Vertriebsysteme entgegenzuwirken. Dabei ist von vornherein in Rechnung zu stellen, daß, anders als beim Neuwagenkauf, das Reaktionspotential der Nachfrager als Korrekturfaktor ausfällt: Die Verbraucher und auch die Verbraucherorganisationen nehmen Preisunterschiede nicht wahr und können sie, selbst wenn sie festgestellt werden, praktisch nicht ausgleichen.

6.2.1. Wettbewerbsgefährdete Teile

Der Aufbau der Händlernetze in den Mitgliedstaaten gehört zu den Markterschließungsleistungen, die von den Automobilherstellern für unerlässlich gehalten werden. Infolgedessen sind die Argumente, die von den Herstellern für eine territoriale Preisdifferenzierung beim Neuwagenabsatz angeführt werden, grundsätzlich auf die Ersatzteilversorgung übertragbar. Höhere Markterschließungskosten in einem Mitgliedstaat und damit verbundene erhöhte Distributionskosten können eine Preisdifferenzierung nahelegen; der freie Parallelimport von Originalteilen und deren Verwendung in einzelnen Vertragswerkstätten erscheint dann als ein Free Riding. Die Differenzen in den Ersatzteilpreisen brauchen sich aber nicht auf den Ausgleich von unterschiedlichen Kosten zu beschränken, sondern können einfach, der Preispolitik beim Neuwagenabsatz entsprechend, auf die Wettbewerbsverhältnisse im Exportland abgestimmt sein, also eine Diskriminierung der Verbraucher bedeuten¹³⁴.

Die einschlägigen Regelungen der GruppenfreistellungsVO folgen dem Muster der bisherigen Praxis der europäischen Wettbewerbspolitik¹³⁵. Art. 3 Nr. 10 a sichert die Freiheit des Handels innerhalb der Vertriebsnetze, schützt aber das Vertriebsnetz gegen Außenseiter, die im Exportstaat als Wiederverkäufer auftreten. Immerhin erfaßt der Wortlaut des Art. 3 Nr. 10 a auch Ersatzteile, so daß Endverbraucher durch die spezifische Ermächtigung von Wiederverkäufern theoretisch Preisdifferenzen ausnutzen können, und ebenso ermöglicht Art. 3 Nr. 10 b einen Direktbezug von Werkstätten¹³⁶. Ob diese Bestimmungen den Mechanismus der Arbitrage in Gang setzen können, erscheint mehr als zweifelhaft. Die Geschäftsbeziehungen der Vertragswerkstätten in den Exportstaaten konzentrieren sich allemal auf den jeweiligen Importeur. Eigene Einkaufsaktivitäten in an-

134 Vgl. Kap. 3, 4. und 5.2.3.

135 Siehe ferner Art. 6 Ziff. 3 sowie den 24. und den 25. Erwägungsgrund.

136 Vertreter der britischen Motor Factors Association haben vor dem House of Lords ausgesagt: „We too get a lot of important parts from Europe that are made probably for a regional equipment over there. We got those through, but they are under the brand name of the manufacturer. So we might be getting someway towards the parallel import arrangement...“ (House of Lords, Frage 216).

deren Mitgliedstaaten sind unwahrscheinlich. Unwahrscheinlich ist erst recht ein durch beauftragte Wiederverkäufer vermittelter Direktbezug oder ein Direktankauf ungebundener Werkstätten.

In den Interviews mit Vertretern des freien Großhandels und den Werksvertretern der Zulieferindustrie¹³⁷ haben wir zu den derzeitigen Exportaktivitäten und auch zu etwaigen Auswirkungen nationaler Zulassungsvorschriften für Autobestandteile keine präzisen Daten erhalten können. Erst recht läßt sich für uns nicht absehen, ob eine Lockerung der Bezugsbindung zu einer Intensivierung des Ersatzteilhandels führen wird oder ob eine solche Wirkung von der Diskussion über die von den Versicherern erhobenen Daten zu den Preisunterschieden für Ersatzteile in den Mitgliedstaaten ausgehen wird. Wir müssen daher unsere Stellungnahme auf die allgemeinen Beobachtungen zur Preispolitik bei Ersatzteilen und auf theoretische Überlegungen stützen. Die Entwicklung der Ersatzteilpreise der Automobilhersteller ist durch signifikante Unterschiede zwischen den wettbewerbsgefährdeten Teilen und den Eigenkonstruktionsteilen geprägt, der im übrigen auch die Rabattpolitik entspricht¹³⁸. Da diese Beobachtungen in der Bundesrepublik auch für Importfahrzeuge gelten, dürften sie in der Regel auch die Preispolitik deutscher Exporteure im Ausland bestimmen. All dies schließt zwar nicht aus, daß eine diskriminierende Hochpreispolitik im Neuwagengeschäft auch beim Absatz von Originalersatzteilen wirksam wird¹³⁹, aber die Erfolgchancen einer solchen Politik sind begrenzt. Eine Hochpreispolitik der Hersteller für die Originalteile begründet attraktive Exportchancen für die Teileproduzenten und deren Großhandelsorganisationen. Diese Chancen werden praktisch umso bedeutsamer, je weniger die Herstellerseite den Vertragshändlern gegenüber Bezugsbindungen durchzusetzen vermag und je stärker der Druck ungebundener Werkstätten auf die Preispolitik der Vertragswerkstätten wirkt. Nach alledem erscheinen uns, obwohl wir den Austausch von wettbewerbsgefährdeten Teilen innerhalb der Vertragshändlernetze für eine eher theoretische Option halten, besondere Vorkehrungen der GruppenfreistellungsVO zur Gewährleistung des innergemeinschaftlichen Handels nicht erforderlich zu sein. Die geschilderten Wettbewerbsmechanismen, die möglicherweise die Preispolitik der Hersteller stören, gehören andererseits zu den „Spielregeln“ des Gemeinsamen Marktes, die eine Strategie regionaler Preisdifferenzierungen nicht außer Kraft setzen darf.

137 Die Auswirkungen des Verbots der Bezugsbindung in Großbritannien (vgl. Kap. 4, 2.2.) sind offenbar noch nicht absehbar. Vgl. im Bericht des House of Lords die Antworten der Motor Factors Association auf Frage 183.

138 Vgl. Kap. 2, 4.1.2. bei Fn. 198 sowie Anhang A sowie z.B. den Konditionenvergleich des Zentralverbands des Kraftfahrzeuggewerbes vom 1.12.1982.

139 In den amerikanischen Auseinandersetzungen um das Vertriebssystem von Daimler-Benz sorgte der Parallelimport von Identteilen und die Preisdifferenzierung zwischen Original- und Identteilen für Diskussionsstoff; vgl. insbes. das Technical Learning-Verfahren (a.a.O. Fn. 91) und dort das Reply Memorandum in Support of Plaintiffs Motion for Class Certification.

6.2.2. Angebotsmonopole bei Ersatzteilen

Ungleich problematischer stellen sich die Chancen für eine Intensivierung des Preiswettbewerbs bei solchen Teilen dar, bei denen die Hersteller über Angebotsmonopole verfügen. Die Vorkehrungen der GruppenfreistellungsVO dürften auch hier nicht genügen, um eine Arbitrage innerhalb der Vertragsnetze in Gang zu bringen, und der Wettbewerbsdruck, der bei den wettbewerbsgefährdeten Teilen von dem 2. Vertriebsweg und dem Parallelimport ausgehen kann, fällt als Kontrollinstanz aus.

Die Preispolitik der Hersteller unterliegt bei den Eigenkonstruktionsteilen der Kontrolle des Art. 86 EWGV und den Grundsätzen des United Brands-Urteils¹⁴⁰. Es bedeutet einen Preisstrukturmißbrauch, wenn die Anbieter von Eigenkonstruktionsteilen eine regional unterschiedliche Preispolitik durch die Behinderung von Reexporten absichern, sofern die Preisunterschiede nicht durch unterschiedliche Kosten gerechtfertigt sind. Ein Mißbrauch von Marktmacht liegt auch vor, wenn der nachfolgenden Marktstufe der Bezug von Eigenkonstruktionsteilen ohne sachlich gerechtfertigten Grund verweigert wird. Die Festsetzung der Preishöhe schließlich muß sich eine Kosten- und Gewinnüberprüfung gefallen lassen.

Die Schwierigkeiten einer Konkretisierung gerade der zuletzt genannten Maßstäbe sind bekannt. Die im United Brands-Urteil entwickelten Grundsätze bestätigen jedoch die Kritik an der uneingeschränkten Legalisierung des Selektivvertriebs von Eigenkonstruktionsteilen¹⁴¹. Die GruppenfreistellungsVO hätte zumindest Vorkehrungen gegen eine Diskriminierung konkurrierender Reparaturunternehmen treffen müssen. Die Grundsätze des United Brands-Urteils hätten es darüber hinaus nahegelegt, auch dem freien Großhandel einen Zugang zu den Eigenkonstruktionsteilen zu eröffnen, um durch eine Verbesserung der Chancen für Parallelimporte den Gefahren eines Preisstrukturmißbrauchs entgegenzuwirken.

140 EuGH, U. v. 14.2.1978, Rs. 27/76, Slg. 1978, 207; vgl. dazu schon Kap. 3, 6.4.

141 Vgl. oben 4.2.3.

Summary:

THE COMMISSION REGULATION NO 123/85 ON AUTOMOBILE DISTRIBUTION AND SERVICING AGREEMENTS: COMPETITION POLICY OBJECTIVES AND THEIR IMPLICATIONS FOR THE CONSUMER INTEREST*

This summary does not attempt to review each of the preceeding chapters. Its aim is rather to briefly outline the conceptual framework used in our analysis of competition law rules and of the interdependencies between competition and consumer policy. It will then exemplify our suggestions in commenting upon the group exemption regulation of 12 December 1984¹. Citations will – as far as at all possible – refer to materials available in English.

1. Consumer policy objectives and competition policy: some preliminary remarks

Competition policy and consumer policy are widely held to operate in tandem: by definition, any furtherance of competition appears to promote the interests of consumers, and consumer policy is therefore expected to operate as a natural ally of competition policy. Such a predefined harmony, however, turns out to be a mere illusion upon a closer look either at academic theory or at practical politics. On the one hand, consumer organizations in most EC countries do not define their tasks as merely complementing the functions of competition policy authorities but rather tend to reflect in their programmes independent views of social problems and often simply react pragmatically to issues of common concern. Competition policy, on the other hand, is a highly controversial subject. Any suggestions as to the impact of consumer policy measures on the interests of consumers which disregard these controversies are quite simply meaningless. These short remarks may suffice as a justification of a separate treatment of consumer policy and competition policy issues and of the search for a comprehensive conceptual framework which enables us to analyze their interrelationship.

* For a prior version of this summary cf. Joerges, *Selective distribution schemes in the motor-car sector: European competition policy, consumer interests and the draft regulation on the application of Art. 85 (3) of the Treaty to certain categories of motor-vehicle distribution and servicing agreements*, in: Goyens (ed.), *E.C. competition policy and the consumer interest*, 1985, 187.

1 O.J. No L 15/1985/16; see also the Commission notice of 12 December 1984, O.J. No C 17/1985/4.

1.1. Consumer problems and the economics of information

Accepting the independence of consumer policy does not, however, dispose of the difficulty of defining consumer interests in the area under scrutiny. One may attempt — as we did — to resort to statements of consumer organizations concerning selective distribution in general or exclusive dealing in particular and make use of consumer-orientated reports on the quality and prices of workshops. However, the pertaining statements are rather fragmentary; they do not reveal commonly held views or a coherent concept. Furthermore, the testing materials so far available are usually of doubtful validity².

In view of this lack of authoritative definitions and of the insufficiencies of the factual evidence available, one has, necessarily, to rely on theoretical deliberations which ought to, on the one hand, provide a framework for the interpretation of the evidence available as to consumer concerns and which, on the other hand, can be related to the pertaining discussions on competition policy issues. The search for such a framework has led us to a, at first sight, simplistic or even trivial notion of consumer interests. Since our study concerns the impact of business practices in an economic sector governed in principle by market mechanism, we can in our analysis of the consumer's position resort to economic categories and simply define the consumer's interest as an abstract interest in maximizing his „use“. This apparently simple definition inevitably leads to complex policy issues as soon as we take a closer look at the problems to be solved by consumers who try to pursue that interest and then contrast the consumers' ability to „solve“ his problems with the capacities of his partners or counterparts in the market.

The roles attributed to firms and to consumers by economic theory differ, of course, in that firms have to adjust their performance to some anticipated generalized preferences whereas the consumer may define his interests individually and is in a position to choose that offer which best satisfies his needs. But the roles of both market participants are evenly matched in one important respect. The decisions to be made when marketing a product or choosing between different offers require some complex „policy“ judgement evaluating safety and quality aspects, pre-sales and after-sales services, and prices. In considering the role of the consumer, however, one usually does not think of „strategies“ or „policies“, but rather of preferences and information costs. This terminology

- 2 A notable exception is a recent comparison of quality and prices of authorized and non-authorized workshops conducted by the Stiftung Warentest, in: Test 18 (1983/10), 22 *seq.*; cf. ch. 5,1. — The results of the investigations of „Which“ concerning the availability and the prices of spare parts (cf. House of Lords. Select Committee on the European Communities, The distribution, servicing and pricing of motor-vehicles. Session 1983–84, 27th Report, 1984, 163). are not yet available to us.

reveals a first set of consumer problems which result from the disequilibrium inherent in bargaining processes between highly organized and specialized undertakings on the one hand and individual consumers on the other³. As we shall see, there are particularly complex and cumbersome information problems in the after-sales market⁴. What should be noted at this stage is merely that we can use informational economics to describe consumer problems and that in so doing we are referring to a conceptual framework that comprises both competition and consumer policy without appealing to anybody's pro or anti-market biases.

1.2. Consumer policy

The legitimacy of information policies designed to support the consumer in his decision-making process is in principle undisputed. Informational measures such as comparative testing by independent organizations, however, necessarily substitute the individual consumer's value judgement by some standardized policy judgement. Accepting the legitimacy of such judgements and their influence on consumers has far-reaching implications⁵. One aspect deserves particular attention: just as marketing strategies have to discriminate between different consumer groups, the policy of consumer information has to respond to differences of income and other social inequalities. But, contrary to an efficiency oriented marketing strategy, consumer policy tends to incorporate some sort of compensatory social policy objectives – its usually rigid insistence upon price competition indicates this tendency.

A second undisputedly common concern of consumer policy refers to safety interests. This common concern does by no means indicate a consensus as to the precise scope of safety regulations or the regulatory mechanisms such regulations should rely on. But it is commonly accepted that in the motorcar sector there are interests in safety, which, unlike mere interests in quality, must not be left to market mechanisms, i.e., to the individual consumer's choice between safety preferences and, for example, his interest in low prices. A more precise statement would have to draw a line between indispensable safety controls and mere quality interests which can in principle be left to market mechanisms. We thus define the regulation of safety as that realm of consumer policy, which must *not* discriminate between consumer groups, but rather, be it by specified safety standards or by mandatory rules of liability, ensures or tries to ensure minimum standards irrespective of the costs for consumers and for manufacturers or repairers. This definition does, of course, merely shift the problem of defining safety interests to the regulatory schemes employed, and it is not sufficient to justify the impact

3 The landmark article is Akerlof, The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Quarterly Journal of Economics 84 (1970), 488.

4 See *infra* 4.1.

5 See *infra* 1.4. and more generally Hart/Silberer, Werbung mit Testergebnissen der Stiftung Warentest, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1983, 691.

safety regulations may have on low-income consumers and on medium-sized firms. But any further elaboration of the safety issue would require analyses of the scope and the effects of the pertaining EEC regulations and of the additional national safeguards.

1.3. Competition policy

Suggestions as to the potential or actual conflicts between consumer policy and competition policy have at the outset to specify their concept of competition policy. We therefore first outline three main schools of thought and then discuss their relation to consumer policy objectives⁶.

1.3.1. Economic analysis of vertical restraints

The most influential contribution to the analysis of selective distribution schemes originates from the USA. The success of the teachings of the „new (micro-)economics“, both within the academic community and within the present administration appears to be overwhelming⁷. The Supreme Court⁸, however, as well as lower courts⁹ prove to be rather cautious in their departure from traditional antitrust rules.

Economic analysis is concerned with the „efficiency“ of legal principles. This task has been defined for antitrust „as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare“¹⁰. „Consumer welfare“ is defined as overall „material prosperity“, („and therefore has nothing to say about the way prosperity is distributed or used“)¹¹. Neither the dissipation of market power nor such objectives as the protection of small firms or the entrepreneurial freedom of retailers or other „non-economic“ goals are accepted as a legitimate concern of antitrust policy.

Once the economic test of legality is accepted, vertical restraints on competition can in general be justified for some pro-efficiency reason since there is simply no other motive conceivable for an upstream party to impose such restraints on its

6 For a more comprehensive discussion cf. ch. 5, 2.

7 Cf., e.g., Attorney General Baxter's letter of 6 August 1982 to the American Retail Foundation, Antitrust Law and Economics Review 14 (1982), 14; Schwartz, Vertical Restraints. Economic Policy Office, Discussion Paper 82-8 of 2 December 1982.

8 Cf. ch. 4, 4.2.

9 Cf. ch. 4, 4.3.

10 Bork, *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, 1978, 91.

11 Bork, *op. cit.*, 90.

downstream distributors¹². Lawrence J. White¹³ has summarized this explanation and justification for the various forms of vertical restraints as follows:

(1) The manufacturer may wish to promote a certain level of pre-sales information or other services. He must then protect retailers willing to comply with his marketing efforts against a free riding by non-servicing discounters. *Resale price maintenance* provides a solution to this problem.

(2) The manufacturer may wish to ensure local promotional activity and a dense and cooperative network of workshops for after-sales services. He will then *assign territories* and/or impose *customer restrictions*.

(3) Marketing strategies can be impaired by retailers, who have some hold on their customers and find it profitable not to strive for those quantities the manufacturer deems adequate. A policy of a free entry into the distribution-network may not provide a solution since it may render servicing activities unprofitable for economies-of-scale reasons. Under such conditions it may be necessary to impose quantitative restrictions and to force the retailer to order minimum quantities.

(4) Price discrimination among customers is a particularly delicate issue under European competition law. The basic argument in favour of such discrimination is that it may respond to different price sensitivities and elasticities of demand. By imposing price discrimination manufacturers may favour some customers while harming others. But the market power underlying such strategies cannot be eliminated by rules against price discrimination (setting an average price which eventually leads to a loss of output could be the manufacturer's reaction), and attempts at preventing price discrimination may cause more serious problems than they are likely to solve¹⁴. One may wonder why antitrust should not be concerned with the profits of manufacturers and of retailers ensured by the above-mentioned vertical restrictions. The answer to this question is simply that the manufacturer has no reason to grant excessive profits to his dealers and that his own margins of profit are best controlled by interbrand competition. Robert H. Bork¹⁵ and Richard M. Posner (in one of his most recent articles¹⁶) therefore conclude that vertical restrictions should be permitted and that the only concern of antitrust law should be the prevention of (horizontal) collusion, be it on the manufacturer or the dealer level.

12 Cf., e.g., Bork, *op. cit.*, 280 *seq.*; Posner, The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: *Per Se* Legality, University of Chicago Law Review 48 (1981), 6.

13 Vertical restraints in antitrust law: a coherent model, *Antitrust Bulletin* 1981, 327.

14 Cf. Schwartz, *op. cit.*, section 1 D 3.

15 *Op. cit.*, 382 *seq.*, 394 *seq.*

16 *Supra* note 12.

1.3.2. Competition as a „discovery procedure“

The second approach to be mentioned is that prevailing in German literature. Its most important sources are the writings of F.A. von Hayek¹⁷. The legal adherents to this „neo-classical“ (or „neo-liberal“) tradition have, in the past, taken a rather critical stand as to the competitive effects of vertical restraints, but the subject has been somewhat neglected in literature during the last decade, and the former critiques¹⁸ may turn out to be out of date once the pertinent issues are taken up again. A very lax attitude towards vertical restraints on competition at least seems very likely if one considers the positions taken by such prominent authors as E. Hoppmann¹⁹ or D. Schmidtchen²⁰. According to these writers any behaviour which is motivated by business interests and is accepted and thus corroborated by its success in the market should be accepted as being competitive. Such suggestions seem to indicate that vertical restraints are now being interpreted as a legitimate means of interbrand competition²¹, and this interpretation would tally with the suggestions of the new economic approach. However, in a recent study, Kurz & Rall²², two adherents of von Hayek's basic premises, have taken a much more critical view. These authors place special emphasis on the interrelationship between interbrand competition and vertical restraints. This focus of their analysis leads them to a differentiated assessment of the effects of vertical restraints on competition, depending upon the market power of the firms concerned and the forms of vertical restraints used. The differences to the above mentioned proponents of the „neo-classical“ school are profound, both in terms of competition policy, and in terms of the legal administration of that policy²³. With the exception of the prohibition of resale price maintenance Kurz & Rall do not advocate any rigid per se rules, but a very flexible approach which comes close to the positions taken by the third line of thought to be mentioned here, namely the concept of „effective“ competition.

1.3.3. „Workable“ and „effective“ competition

The concepts of workable competition and their transformation into „dynamic“ versions of competition policy („effective“ competition) can today be called the

17 Cf. Freiburger Studien, 1969, *passim*.

18 Mestmäcker, Ausschließlichkeitsverträge, Koppelungsverträge und offene Märkte, Juristenzeitung 1954, 621.

19 Behinderungsmißbrauch, 1980.

20 Wettbewerb als Aufgabe, 1978.

21 This conclusion has been explicitly defended by Heidrich, Konsumentenwissen und Wettbewerb, 1981, 157 *seq.*, 208 *seq.*

22 Kurz/Rall, Behinderungsmißbrauch, 1983; see also Möschel, Antitrust and Economic Analysis of Law, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 140 (1984), 156.

23 Elsewhere, I have called these differences a „schism“ in the neo-classical school; cf. Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, 1981, 106 *seq.*

most important basis of opposition against legalizing vertical restraints both in the United States²⁴ and in Europe²⁵. According to these concepts²⁶ one must first analyze the competitive conditions within the relevant market and then to ask whether vertical restraints serve as a means of intensifying interbrand competition, or whether they are employed to erect entry barriers, to interfere with innovative developments on the distribution level, to further the joint exploitation of market power by manufacturers and their dealers.

The difficulties of administering such an approach by legal agencies and especially by the courts are admittedly an important objection to an adoption of dynamic competition concepts by the legal system. In order to cope with these difficulties concessions are being made regarding the intensity of analyzing competitive conditions by legal authorities and as to the usefulness of some specified per se rules or assumptions. It is neither possible nor necessary to go into more details here, but it should be noted that in view of the complex policy judgements to be made and the overburdening of the Commission and the Court of Justice European competition policy cannot easily be expected to adhere to the suggestions of „dynamic“ theories on competition²⁷.

1.4. Consumer interest, competition policy and other policy objectives

The brief sketch of competing concepts of competition policy should suffice for some first general conclusions as to the interrelationship between competition and consumer policy. None of the above mentioned concepts can be said to be a natural ally of consumer interests²⁸. But there are important differences as to the areas of potential conflicts and the chances of a peaceful coexistence.

The most fundamental objection to the new economic approach to antitrust from a consumer policy point of view is its notion of consumer welfare. According to economic analyses the „willingness to pay“ of the consumers indicates that marketing practices comply with consumer interests provided only that such a success does not stem from horizontal restraints on competition²⁹ (or some fraud

24 Cf., e.g., Carstensen, Vertical Restraints and the *Schwinn* Doctrine: Rules for the Creation and Dissipation of Economic Power, Case Western University Law Review 26 (1976), 771.

25 Neumann, Vertical restraints under E.C. competition law: a general study, in: Goyens (ed.), E.C. competition policy and the consumer interest, 1985, 161.

26 Cf. ch. 5, 2.4.

27 Cf. Joerges, The Administration of Art. 85 (3) Treaty of Rome: The Need for Consultation and Information in the Legal Assessment of Selective Distribution Systems, Journal of Consumer Policy 7 (1984), 271.

28 Cf. *supra* 1.1. and 1.2.

29 For a more elaborated critique cf. Frank, Markt versus Staat. Zur Kritik einer Chicago-Doktrin, Jahrbuch für Ökonomie und Gesellschaft, vol. 1, 1983, 257.

on consumers). Such a suggestion, however, appears to be inconclusive in the light of the information and other consumer problems mentioned above³⁰. F.M. Scherer, therefore, in his critique of the „Posnerian Harvest“, has reminded us that in view of the failures of consumer information the only remedies available are often antitrust restrictions imposed on sellers³¹.

This task of identifying actors and rules which may compensate for information problems or other disadvantages of consumers appears to be one area where, as an American judge has put it, „antitrust laws and the consumer protection laws should operate in tandem“³². Workable competition concepts have in principle accepted this proposition without, however, accepting any general priority of consumer policy objectives. As to the dynamic versions any indication of conformity should be rather abstract and cautious. Furthering the intensity (effectiveness) of competition certainly coincides with the „abstract“ notion of consumer interests advocated above³³; this notion, however, calls for a specification³⁴ which may then conflict with competition policy objectives.

A second safeguard has to be added. The notions of consumer interests and consumer policy used here are confined to the consumer's role as a market participant and to his safety interests. Promoting so defined consumer interests cannot be called an end in itself. There are other policy objectives such as environmental protection or the safeguard of employment to which consumer policy may have to be adapted³⁵.

Thus, it has been asserted that a sudden exposure of the British car market to the continental price level would have disastrous effects on the British manufacturers³⁶. Conflicts have also been detected between the Commission's mandate to further the integration of the common market and the competitive legitimacy of using vertical restraints as a means to pursue an efficiency-oriented marketing strategy within an imperfectly integrated common market³⁷. Both of these ob-

30 *Supra* 1.1.

31 The Posnerian Harvest: Separating Wheat from Chaff, Yale Law Journal 86 (1967), 974, 999.

32 Metrix Warehouse, Inc., v. Daimler-Benz Aktiengesellschaft and Mercedes-Benz of North America, Inc., 1982-2 Trade Cases (CCH) § 64, 861 (72, 290).

33 *Supra* 1.1.

34 See also *infra* 2.2., 3.1., 4.1.

35 Cf. Hart/Joerges, Verbraucherrecht und Marktökonomik: Eine Kritik ordnungstheoretischer Eingrenzungen der Verbraucherpolitik, in: Assmann *et al.*, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, 1980, 83, 234 *seq.*; Joerges, *op. cit.* (note 23), 93 *seq.*

36 See *infra* 6.1.

37 Cf., e.g., Korah, „Goodbye“, Red Label: condemnation of dual pricing by Distillers, European Law Review 3 (1978), 62; Comfort Letters – Reflections on the Perfume Cases, European Law Review 6 (1981), 14.

jections have their merits³⁸. But, as will be shown below³⁹, in view of the substantial concessions the Commission, in its finally adopted regulation, has made to its critiques, none of them need to be discussed at length here.

2. The manufacturers' marketing strategy, consumer interests and competition policy

Consumers are not in a position to pursue a common interest. They rather have to react or adapt themselves individually to market conditions and sales strategies. Nor can consumer policy objectives be formulated without due regard for the conditions prevailing in the sector under consideration. It is therefore an appropriate, if not indispensable, prerequisite for the elaboration of a consumer point of view to first describe how the offerer side perceives and pursues its interests and then to consider possible reactions of competition policy.

2.1. The manufacturers' marketing concepts

Although the market positions of European automobile manufacturers are, of course, different and although their sales strategies vary in some respects, a common core of marketing philosophy has been developed and finds its expression in commonly defined views as to the usefulness of selective distribution schemes and certain vertical restraints contained therein⁴⁰.

In its purest and probably in its most sophisticated version this strategy is being pursued by German manufacturers⁴¹. According to their „Bündeltheorie“ („package“ theory; „single product“ theory) the ultimate goal of the manufacturers' marketing strategy must, of course, be the sale of new cars. But in order to achieve that end the prospective buyer has to be ensured that a dense network of qualified workshops will be at hand to service his car and that the full line of spare parts will be readily available over a reasonably long period of time. The

38 Cf. Consumers Consultative Committee, Opinion of 13 October 1982 on the „Competition Policy of the Community in Relation to Selective Distribution in the Automobile Sector (CCC 56/82; XI/264/82.), 18 seq.; Joerges, The Administration of Art. 85 (3) EEC Treaty (note 27).

39 *Infra* 6.1.

40 Cf. the „Reply by the European motor-vehicle manufacturing industry to the invitation by the Commission to submit comments on the Draft Commission Regulation on the application of article 85 (3) of the EEC Treaty to certain categories of motor-vehicle distribution and servicing agreements“, submitted by the Society of Motor Manufacturers and Traders to the House of Lord's Select Committee (note 2), 17 seq.

41 Cf. Tietz, *Der Gruppenwettbewerb als Element der Wettbewerbspolitik. Das Beispiel der Automobilwirtschaft*, 1981.

manufacturers attach great importance to complying with this commitment. They have all built up one-make distribution networks, which include after-sales services. There is a close cooperation between manufacturers and their authorized workshops. The motorist can rely on a sometimes perfectly organized „logistic“ for spare parts. There are, however, a number of side effects connected with the establishment of these distribution and servicing schemes specific to make, which do concern the dealers, other market participants, and consumers. One striking feature of car distribution is that the dealers remain under the manufacturers' control. There is no such thing as a powerful retail level which could exert pressure as to prices or other conditions and would succeed, e.g., with a discount strategy. The exclusive dealing provisions typically contained in the agreements between manufacturers and their dealers contribute all the more to this allocation of power since the provisions do not assign exclusive territories, but rather reserve some discretionary right of the manufacturer as to the appointment of new dealers. A second set of implications derives from the manufacturers' treatment of their dealers as quasi-vertically integrated units. The manufacturers feel that their reputation is at stake where a customer's expectations as to the quality of repair work or of spare parts used are not satisfied, and they therefore refer to this goodwill defense when requiring their dealers to purchase and to use „approved“ parts only. These restrictions, of course, erect entry barriers to the most important share of the spare parts market to independent wholesalers (motor factors) and to independent component manufacturers, and they prevent direct sales of the supply industry to authorized dealers.

Finally the impact of the manufacturers' distribution schemes on independent garages must be taken into account. Such garages may, of course, obtain spare parts from independent channels of distribution. An important range of parts, however, is distributed exclusively by the franchised networks („captive“ parts), and the independent workshops are therefore bound to purchase such parts from some authorized dealer on terms, which are clearly less favourable than those of their franchised competitors.

2.2. The „package“ theory, competition policy and the consumer interest

From the brief review of the current debate on vertical restraints it should be evident that the manufacturers' positions are supported by the efficiency rationale of antitrust rules as well as by the („liberal“ version of) the freedom-to-compete-approach⁴².

42 The German manufacturers, in their so far very successful attempts at defending their marketing strategies against any antitrust intervention, have based their arguments primarily on the – in terms of antitrust policies somewhat unconventional – teachings of one of Germany's leading marketing scholars, namely Bruno Tietz, who, in his comprehensive study on the automobile industry (*supra* note 41), has reconciled this

The more cautious advocates of an economic analysis of antitrust, however, would first look to the competitive conditions in the car market and then insist on a rule-of-reason approach when within tight oligopolies all the competitors employ the same restrictive practices⁴³. This also holds true for the more restrictive version of the „neo-classical“ competition concept⁴⁴ and, of course, for the concepts of workable or effective competition. They would all place special emphasis on the manufacturers' market power in the after-sales business and on the entry barriers arising from this for the component industry and for independent distributors and workshops. Such an assessment is in line with the practice adopted by most antitrust authorities and courts. In this conjunction the Schweizerische Kartellkommission (Swiss Cartel Commission) makes reference to the differences in time between the purchase of a new motor-vehicle and the need for spare parts, as well as the negligible role of spare parts prices in the purchase of a motor vehicle⁴⁵. In its Registrierkassen-Entscheidung (Cash-Register Decision) the Bundesgerichtshof (Federal High Court) made it clear that in spite of the interests distribution networks have in protecting the goodwill of their goods and services, the existence of separate markets for spare parts specific to a make has to be recognized⁴⁶. In the investigation against Still & Sons, the Director General of Fair Trading held that it should be up to the market to decide whether servicing firms should remain in business⁴⁷. U.S. Courts emphasize the organizational independence of spare parts distribution by motor-vehicle manufacturers and refer to the fact that there are competing channels of supply⁴⁸.

These perceptions of antitrust authorities correspond to the notion of consumer interests suggested above. According to this notion the consumer has an interest

industry's distribution schemes with the objectives of competition policy by his so-called theory of „group competition“. According to that theory contractual relations between the manufacturers, their dealers and the supply industry constitute one economic unit (a „group“). Competition policy should avoid any interference with the organizational achievements of such groups and should instead rely on the group's ability to accommodate fairly any internal conflicts of interest (for a critique cf. ch. 5, 3.).

43 Cf. Williamson, Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach, *University of Pennsylvania Law Review* 127 (1979), 953, 993.

44 Cf. *supra* 1.3.2., text accompanying note 22.

45 Schweizerische Kartellkommission, Die Bedeutung der Alleinvertriebsverträge für den Wettbewerb in der Autobestandteilbranche. *Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission*, 13. Jahrgang, vgl. 2/3, 1978, 206 *seq.*

46 Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift 26 (1973), 280.

47 European Commercial Cases 1983, 128; see also the Office of Fair Trading's report on the investigation against the Ford Motor Co. Ltd., Licensing for the manufacture or sale of replacement body parts, dated 21 March 1984.

48 Cf., e.g., Technical Learning Collective, Inc., *et al.* v. Daimler-Benz AG and Mercedes-Benz of North America, Inc., 1980-1 Trade Cases (CCH) § 63, 006 (D.Md. 1979); U.S. v. Mercedes-Benz of North America, Inc., 1981-2 Trade Cases (CCH) § 64, 188 (D. Cal. 1981).

to assess for himself the usefulness of pre-sales services, the level of quality of goods or repair work and the relevance of low prices. The benefits attributed to the „packaging“ of the sale of new vehicles and of parts and after-sales services can only meet the needs of a restricted percentage of consumers, namely those who can afford to buy new cars and/or want to avoid the hazards of the used car market. By contrast, the after-sales market has to respond to specific needs of low income consumers. Thus, a survey conducted by the Deutsche Automobil-Treuhand⁴⁹ as well as the findings of the Monopolies & Mergers' Commission⁵⁰ indicate that the services of authorized workshops are primarily called on during the first years of a car's „life cycle“, whereas those who own older and/or used cars turn to independent garages, to specialized workshops or to do-it-yourself outlets. We need not judge whether these choices are actually rational in economic terms. They certainly indicate a considerable interest in price competition and hence in a wide variety of alternative offers in the service market.

2.3. The Commission's position

In its recital 4, the Block Exemption Regulation approves of the arguments put forward by the manufacturers in favour of their distribution strategy to a considerable degree: „The exclusive and selective distribution clauses can be regarded as indispensable measures of rationalization in the motor vehicle industry because motor vehicles are consumer durables which at both regular and irregular intervals require expert maintenance and repair, not always in the same place. Motor vehicle manufacturers cooperate with the selected dealers and repairers in order to provide for specialized servicing. On grounds of capacity and efficiency alone, such a form of cooperation cannot be extended to an unlimited number of dealers and repairers. The linking of servicing and distribution must be regarded as more efficient than a separation between a distribution organization for new vehicles on the one hand and a servicing organization which would also distribute spare parts on the other, particularly as, before a new vehicle is delivered to the final consumer, the undertaking within the distribution system must give it a technical inspection according to the manufacturer's specification.“ The very fact, however, that the Regulation does contain differentiated safeguards as to the sale of new cars and the sale of spare parts makes it clear that the Commission did not subscribe to the „package“ theory⁵¹. Thus, the Commission can be said to have rejected any generalizing concept. But it remains to be seen whether the needs for a differentiated assessment have been sufficiently satisfied.

49 Deutsche Automobil-Treuhand: DAT-Kundendienst-Report 1981/82. Die Kundendienstgewohnheiten der deutschen Autofahrer, 1982.

50 A Report on the matter of the existence or the possible existence of a complex monopoly situation in relation to the wholesale supply of motor-car parts in the United Kingdom, HC 318 (1982), para. 6.29.

51 This also holds true for the Commission's BMW Decision (O.J. L 29/1975/1).

2.3.1. Competitive conditions in the car market

In justifying the block exemption under the provisions of Art. 85 (3), recital 25 refers to the effectiveness of competition of the contract goods defined in Art. 13 No 4 without further distinguishing between the competitive conditions for these goods. This extremely short reference is unsatisfactory in many respects. In the first instance, the Commission failed to consider more closely the competitive situation in the sale of new cars. Such an analysis would have to distinguish between regional markets within the Community („örtliche“ Marktabgrenzung) and between different sizes of cars („sachliche“ Marktabgrenzung). Thus, according to the findings of H. Berg, although there were 70 makes on the market in West-Germany in 1981, five manufacturers (Volkswagen, Opel, Ford, Daimler-Benz, and BMW) together held a market share of 75 %, three of them (Volkswagen, Opel, and Ford) reaching as much as 58 %; the degree of concentration proves to be even higher, if one asks to what extent goods are regarded as substitutes by consumers and then distinguishes between small cars, vehicles in the lower middle market range, the upper middle market range, and prestige cars. BMW and Daimler-Benz then, in the market for prestige cars, hold together a market share of 80 %⁵². The most prominent example of oligopolistic behaviour, however, is, according i.a. to a study commissioned by the GD IV, presented by the United Kingdom, where Ford and British Leyland act as price leaders, willingly followed by their foreign competitors⁵³. According to Art. 10 No 1 of the Regulation, the benefits of its application may be withdrawn, where, in a substantial part of the common market, „contract goods ... are not subject to competition from products considered by consumers as similar by reason of their characteristics, price and intended use“. The Commission thus seemed to be aware of the need for a differentiated assessment of the car market; it did not, however, indicate how this insight could be reconciled with the presuppositions of recital 25⁵⁴.

2.3.2. Competition conditions in the spare parts market

Even more striking is the failure to evaluate more closely the spare parts market and especially the various levels of demand and the connections between the purchase of spare parts and the demand for repair services. Spare parts are bought by authorized workshops, by independent wholesalers, by non-authorized workshops, and by do-it-yourself markets. There can only be a sizeable number of suppliers where spare parts match several models. In contrast, the number of sup-

52 Berg, Die Automobilindustrie der Bundesrepublik Deutschland: Marktstruktur, Marktverhalten, Marktergebnis, in: Oberender (ed.), Industriestruktur und Wettbewerb, 1984, section 1.4. and 2.1.

53 Locksley, Pricing strategy of car manufacturers in the U.K. compared with some other EEC Member States, 1983, 77 *seq.*

54 Cf. *infra* 6.1.

pliers is very limited even in the case of so-called competitive parts specific to a make; only in cases where a manufacturer places orders with several subcontractors, where a subcontractor has ceased to act in that capacity, or where other manufacturers engage in producing „spurious“ parts, are there several suppliers at hand; apart from that, the competitive process is one between different channels of distribution. Finally, in the case of captive parts, the manufacturer holds a monopoly unless he is endangered by manufacturers of „spurious“ parts. This is why the Schweizerische Kartellkommission⁵⁵, the Federal Trade Commission in its Crash Parts Decision⁵⁶, the Director General of Fair Trading⁵⁷, the Bundesgerichtshof⁵⁸, and, last but not least, the Commission and the Court of Justice in the Hugin Case⁵⁹ speak of spare parts markets specific to a make. Moreover, as regards demand from dealers and repair shops, and also at the level of the final consumer, there is, as a result of the linking of new cars distribution and servicing, practically no direct competition among authorized workshops of different makes since the members of the different networks are to, and want to, service primarily vehicles of their own make. Authorized workshops, which in any case hold an overall dominant position, thus face direct competition only from independent and/or specialized workshops and from the do-it-yourself businesses. We will have to come back to these findings when discussing the pertinent provisions of the Regulation⁶⁰.

3. Exclusive distribution schemes

For a number of reasons the Commission finds itself in a very complicated position when granting a block exemption to motor-vehicle distribution agreements. On the one hand, Regulation 19/65, on which the Commission's authority to adopt the Draft has been based, in its Art. 1 (1), provides that block exemptions may be granted to „categories of agreements“ containing either an exclusive supply or an exclusive purchasing clause or both („to supply only to that other (party) certain goods within a defined area“; „to purchase only from that other (party) certain goods for resale“). The franchise agreements in the motor-vehicle sector in general provide for an exclusive distributorship; they do not, however, assign some exclusive territory but rather define areas of „primary responsibility“ or reserve for the manufacturer the right to appoint new dealers and to cut back the assigned territory. The Select Committee's report cautiously concludes that

55 *Supra* note 45, 209.

56 General Motor's Corp., 3 Trade Regulation Reports (CCH) § 21, 931 (F.T.C. 1982); cf. ch. 4, 4.3.6.

57 *Supra* note 47.

58 *Supra* note 46.

59 O.J. L 22/1978/23; Case 22/78, 1979 E.C.R. 1869.

60 *Infra* 4.

„it would be prudent to seek from the Council of Ministers enabling legislation“⁶¹. However, in view of the substantial concessions the Commission has made to industry's critique of its original Draft, it now seems unlikely that its authority to adopt the Group Exemption Regulation will be questioned further⁶². Regardless of the merits of these legal objections, our further discussion will therefore be confined to consumer policy and competition policy issues.

3.1. Exclusive dealing and the consumer interest

According to recital 7 of the Regulation, „the ban on dealing in competing products and that on dealing in other vehicles ... provide an incentive for the dealer to develop sales and servicing of contract goods and thus promotes competition in the supply of those products as well as between those products and competing products“. Both of these suggestions, the Commission's analysis of the motives for the use of exclusive dealing clauses as well as the presupposed enhancement of competition, are hardly warranted. The language of recital 7 seems to subscribe to the efficiency rationale for vertical restraints, advanced by the economic analysis of antitrust law. This school, however, carefully distinguishes between exclusive dealing agreements and „ordinary“ vertical restraints. Howard P. Marvel⁶³, for example, explicitly rejects the dealer-incentive explanation and „interprets exclusive dealing as a device used to create a property right to information concerning potential customers for a manufacturer's product“⁶⁴. The dealer's exclusive commitment to one make serves as a device to ensure compensation for the manufacturer's promotional efforts by prohibiting the dealer to recommend alternatives to his customers; accordingly, the obligation to purchase spare parts exclusively from the manufacturer is interpreted as a franchise fee which can be justified by the manufacturer's „customer-generating investments“ in the servicing business. The dealer-services explanation is valid only where exclusive dealing is combined with customer and/or territorial restrictions.

Marvel's analysis is illuminating in many respects⁶⁵. It not only partially explains why manufacturers try to segment national markets whereas they are much less inclined to grant territorial protection within those markets. It also coincides with and, albeit involuntarily, confirms the consumer policy objections to the distribution schemes employed in the motor-vehicle sector. Pre-sales advice offered by dealers and fine showroom facilities may be expected by many customers in

61 *Supra* note 2, para. 33.

62 It should be noted that corresponding objections have not been raised against the replacement of Regulation No 67/67 by the recent Regulations No 1983 and 1984/83 (O.J. L 173/1983/1 and O.J. L 173/1983/5).

63 Exclusive Dealing, *Journal of Law and Economics* 25 (1982), 1.

64 *Op. cit.*, 2.

65 See also *infra* 5.

purchasing an expensive product, but there are certainly some who would readily forego such benefits in favour of lower prices. This objection to the uniformity of distribution schemes seems especially appropriate where dealers are representing one single make. It is the very objective of exclusive dealing to ensure the dealers' loyalty to his manufacturer's brand. The advice, therefore, that a customer can expect, consists in the presentation of the advantages of a particular line of products. For a comparison of different makes the consumer has to approach different networks, and he may be confronted with a dealer who gets especially high margins when selling an unpopular model⁶⁶. The consumer, therefore, may be better advised to turn to independent sources of information. He thus may have to pay for services the distribution schemes are supposed to offer. There are, of course, other pre-sales services of authorized dealers such as the technical inspection mentioned in recital 4. Such inspections, however, can be – and in Germany must be – handled or supervised by other agencies, and they cannot substitute for pre-delivery controls by the manufacturer anyway.

3.2. *Exclusive dealing and competition policy*

European competition law has so far been reluctant to accept the establishment of uniform distribution schemes within a whole sector of the economy. The Haecht I judgement has pointed to the entry barriers arising from such uniformity⁶⁷ and the Commission's decisions as well as the case law of the Court of Justice exempting selective distribution systems have insisted on some variety of distribution schemes⁶⁸. The Block Exemption Regulation seems to disregard this concern for encouraging low cost distribution alternatives⁶⁹. There are, however, some pragmatic aspects as well as conceptual deliberations which may be invoked in favour of the Commission's position. The Commission cannot leave out of consideration the fact that selective distribution schemes have been firmly established for many years in the car sector and that any interference with the property rights arising from this will provoke a vigorous opposition. Beyond that, the Commission's position can conceptually be supported by the recognition of

66 Cf. the report in „50 millions de consommateurs“, January 1981, 12 *seq.*

67 Case 23/67, 1967 E.C.R. 543.

68 Joined Cases 56 and 58/64 – Metro/Saba, 1966 E.C.R. 429; Case 107/82 – AEG, 1983 E.C.R. 3151. An important exception to these safeguards are, of course, the comfort letters issued in the perfume cases which have therefore been interpreted as implicitly accepting that „manufacturers are selling glamour and this is incompatible with low price outlets“ (Korah, Comfort letters, *supra* note 37, 20).

69 One may, of course, point to the used car market and thus to alternatives offered to consumers. Used cars cannot, however, be treated as substitutes for new cars. The readiness of authorized dealers to sell such cars regardless of their make rather militates against the arguments put forward by recital 4 to justify the principle of exclusive dealing.

selective distribution as a legitimate means of (quality) competition. Once it is accepted that there would be no objections to selling new cars by specialized dealers and to link this sale to after-sales services if such a scheme was employed by a single manufacturer, it may become difficult to conceive of a justification for intervening against this manufacturer's competitors – the more so, since an exemption could hardly be limited temporarily in view of the considerable investments necessary for establishing a network specific to a make.

This somewhat half-hearted defense of the position taken by the Commission does not dispose of the consumer and competition policy objections to the uniformity of the distribution schemes in the motorcar sector but it does suggest a more moderate reaction, namely the imposition of safeguards ensuring intra-brand price competition in the sale of new cars⁷⁰ and improving the competitive conditions in the repair business.

4. After-sales services

In order to substantiate this quest for an improvement of the competitive conditions in the car servicing and repair market we will first point to some consumer policy issues and then discuss separately the distribution of „competitive“ parts and of „captive“ parts.

4.1. Consumer problems⁷¹

The interests of consumers in the practices of after-sales services are considerable. They involve the issues of ensuring safety interests, the quality of spare parts and of services, the transparency and fairness of prices, the availability of „slow moving“ parts. As to safety interests we have to confine ourselves to a restatement of the position indicated above⁷². Safety regulations should neither discriminate between „approved“ and „non-approved“ parts nor between authorized and non-authorized workshops. As to the interest in quality and price of both parts and repair work we again refer to the economics of information and to the social stratification of consumers.

Ph. Nelson, in his landmark article on „Information and Consumer Behaviour“⁷³, distinguishes between „search qualities“ and „experience qualities“. Spare parts usually belong to the second category. The consumer has to resort to past

70 See *infra* 6.2.

71 For a more comprehensive discussion cf. ch. 5, 1.; see also Office of Fair Trading, Car servicing and repair. A discussion paper, September 1983.

72 *Supra* 1.2.

73 Journal of Political Economy 78 (1970), 311.

experience or to independent sources of information – but in attempting to do so he will probably be caught in the trap of „information overload“. The consumer, therefore, has to rely on some other „signals“: on well-known trademarks, on the manufacturer's goodwill, on the reputation of the workshop and the like. Considerable „information costs“ are involved in attempts at comparing prices. These difficulties increase when the consumer tries to find out about whether the amount of labour and the prices charged for repairs are adequate.

The „package“ offered by selective distribution schemes provides solutions to any of these consumer problems: the manufacturer seems best equipped to judge the quality of spare parts and thus to approve of their use; he cooperates with the repair shop thus providing his technical knowledge, ensuring the availability of slow-moving parts and supervising the quality of repair work. But again, there may be consumers who are not interested in this „package“. These consumers may have been disappointed by the „quality decisions“ taken by the manufacturer. They may be content with lower quality in view of the age of their vehicles but at the same time prefer the repair work to be carried out by an authorized workshop. Or they may turn to some non-authorized low price garage which may then depend upon the availability of the manufacturer's „captive“ parts. Empirical research on the pricing policies and quality of repairs carried out by authorized and non-authorized workshops is still unsatisfactory. But according to the evidence so far available the consumer's search for alternatives is at least understandable: authorized workshops quite often seem to carry out unnecessary work⁷⁴ and the manufacturers' close cooperation with their dealers according to „Motoring Which“⁷⁵ and „50 Millions“⁷⁶ apparently does not suffice to ensure a satisfying level of repair work.

The Regulation is not concerned with the whole range of problems of the repair business, but merely with the distribution of spare parts. These issues, however, are important enough. In view of the problems of information encountered by consumers who try to judge quality and prices, the following discussion will focus on the contribution competition law can make to remedy these „consumer failures“⁷⁷.

4.2. The access of competing spare parts suppliers to authorized dealers networks

A dense network of provisions pertains to the use of „competitive“ parts by authorized workshops. At the centre of the discussion is a restriction on the exclusive purchasing obligation under Art. 3 No 4: an appointed dealer must not

74 This is one of the major findings of the test of the Stiftung Warentest (*supra* note 2).

75 January 1981.

76 July 1981.

77 Cf. *supra* 1.4., text accompanying note 31.

be denied the use and sale of spare parts matching or exceeding the quality of contract goods. An exclusive use of „original“ parts may only be required for guaranty work, free servicing and recall work (Art. 4 (1) No 6). The dealer's freedom, however, seems to be partially jeopardized by the manufacturer's right to unilaterally estimate the dealer's demand and to fix his stocking obligations (Art. 4 (1) Nos 3 and 4) as well as by the dealer's duty to either inform the customer „in a general manner of the extent to which spare parts from other sources might be used“ and/or „whenever spare parts from other sources have been used“ (Art. 4 (1) Nos 8 and 9). On the other hand, the freedom to purchase parts from other sources is ensured in Art. 5 (1) No 2c: A manufacturer must not calculate discounts by reference to the total of contract goods purchased, but must differentiate between new vehicles, captive parts, and other parts. One additional position deserves particular mention: according to Art. 6 No 2, the manufacturer is allowed to impose price ceilings on the dealer.

4.2.1. Conflicts of interest

The views taken by competing suppliers with respect to exclusive purchasing obligations are, of course, irreconcilable. For motor-vehicle manufacturers an adequate supply with „approved“ components is one of the indispensable elements of their marketing strategy. The bans in principle on purchases from outside suppliers are justified by the advantages in efficiency of a supply system embracing the entire demand for spare parts and by the need for protection of goodwill. The independent wholesalers, the supply industry and other component manufacturers, on the other hand, assert that the manufacturer, unless he sells parts manufactured by him, assumes the functions of a wholesaler in respect of the most vital portion of the market. The supply industry itself cannot gain additional market shares by being allowed access to the distribution networks, but may „only“ expect more favourable selling prices. In relation to other component manufacturers the purchase restrictions operate as insuperable entry barriers.

The conflict in terms of economic considerations can only be insufficiently described by referring to a clash of the protection of manufacturers' goodwill with the entrepreneurial freedom of dealers. Characteristically enough, manufacturers who refrain from special inspections of components manufactured by subcontracting manufacturers are interested in their appointed dealers being supplied on an exclusive basis⁷⁸.

The motor vehicle industry is not interested in a mere specification of quality standards which might be connected with the authority to fit components made by outsiders but which match or exceed the quality standard. The appointed

78 A frequently cited example in the Federal Republic of Germany is Ford-Werke AG.

dealers' split attitude towards the protection of their own freedom in purchasing spare parts from sources they select themselves seems to be revealing. The dealer council's express approval of the Volkswagenwerk AG's exclusive purchasing obligation in the Original VW Spare Parts Case⁷⁹ and the recognition in principle by the Zentralverband des Kraftfahrzeuggewerbes (Central Association of the Motor Vehicle Trade) of purchase restrictions⁸⁰ cannot be taken to represent a *communis opinio* of appointed dealers — otherwise exclusive purchasing obligations would be superfluous. However, this official view is in line with the common interest of manufacturers and appointed dealers in the constitution of distribution networks specific to a make. According to this interpretation there is indeed a *quid pro quo* business: the dealer benefits from the manufacturer's promotional efforts and from the loyalty of customers to one brand; in return the manufacturer expects the dealer to buy products exclusively from him, and this may then also be interpreted as a franchise fee in consideration for the dealer's share in promoting the market standing of the particular product⁸¹.

This interpretation does not rule out conflicting interests between the parties to a dealer contract and it is also compatible with the fact that manufacturers' marketing strategies differ in details. Appointed dealers may be put in the embarrassing position of having to compensate for delays in delivery caused by a manufacturer, and they are also interested in taking advantage of more favourable purchasing conditions in a given instance⁸², particularly as a customer ordering repairs will notice this only if he is informed about the use of „non-original“ components. For the manufacturers it is a question of „marketing philosophy“ and also of expediency as to how they ensure quality maintenance in the case of spare parts. Even where quality control ranks high on the list of important items, threats to the manufacturer's goodwill are not likely to be feared to the same extent.

4.2.2. The settlement of conflicts by Art. 3 No 4

The additional ban on imposing restrictions on use in respect of spare parts „matching the quality standard of contract goods“, set out in Art. 3 No 4, makes allowance for the goodwill interests of manufacturers, for appointed dealers' entrepreneurial freedom, and for sub-contracting manufacturers' and independent wholesalers' interests in gaining access to the market. By taking into consideration the quality standard planned by a manufacturer, the Block Exemption

79 Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen 81, 322 („Original-VW-Ersatzteile II“).

80 Cf. Creutzig, in: Spary (ed.), Wettbewerbspolitisches Kolloquium' 82. Mehr Chancengleichheit im Wettbewerb zwischen Industrie und Handel, 1983, 29 seq.

81 Cf. *supra* 3.1., text accompanying note 64.

82 Cf. the practices reported by Schmidt-Meier in Spary (ed.), *supra* note 80, 52.

differs from the general prohibition clause applicable in Great Britain following the report submitted by the Monopolies and Mergers Commission⁸³. However, the Regulation avoids the use of the term „identical“ part which has a restrictive connotation but is actually difficult to define⁸⁴. Moreover, as is emphasized in recital 8, it allows the use of parts „which not only match but exceed the quality standard“ of the contract goods.

The controversies this settlement of conflicts is likely to provoke are predictable. Manufacturers will perhaps quarrel with dealers as to whether a component produced by an outsider actually „meets the quality of contract goods“ and as to whether an appointed dealer acted contrary to his duties by using it. Controversies between manufacturers and sub-contracting manufacturers are equally predictable. Sub-contracting manufacturers should basically be in a position to carry out those inspections of incoming goods that are normally carried out by manufacturers, following their appropriate instructions⁸⁵. On the other hand, manufacturers may insist on their own central inspection or may refuse to check components made by outsiders. This would impair the chances of access to the market on the part of sub-contracting manufacturers and independent wholesalers. These competitors can depend on the appointed dealers' willingness to argue out differences. Lastly, those manufacturers, such as Volkswagen AG, who subject all spare parts to a central quality control will claim a fundamental difference in quality between „original“ parts and „identical“ parts. The argument about whether quality control is to be understood as enhancing quality will thus recur; it cannot be settled simply by means of „technical“ features that are measurable.

4.2.3. The customer's interest in price competition

Not only the protection of goodwill and the manufacturer's economic interests, but also considerations specific to consumer policy are an argument for „tying“ in the spare parts business. When selecting his sub-contracting manufacturer and his supplier of spare parts a manufacturer makes a qualitative decision relieving the customer of the trouble of having to make such a choice⁸⁶. Manufacturers are indeed better equipped than a wholesaler and an appointed dealer for taking such a decision. Furthermore they continuously watch their products and cooperate with appointed repairers, which may lead to their discontinuing co-

83 Order No 1164 of 9 November 1982 on the „Restriction on agreements (manufacturers and importers of motor-cars)“; cf. ch. 4, 2.2.2.

84 The selection of new suppliers by the producer may, for example, suddenly turn „genuine“ parts to „spurious“ parts according to the terminology used by car manufacturers.

85 Cf. Monopolkommission, *Sondergutachten 7. Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 1977, 84 seq.

86 Cf. *supra* 4.1.

operation with a certain sub-contractor or to their choosing a different supplier or an improved product. The Regulation presupposes that an appointed dealer is able to judge the quality of a product and – to add the view taken by the Monopolies and Mergers Commission⁸⁷ – will not use inferior parts in the interest of protecting his own reputation. However, because of the fact that there are actually limits to the ability of wholesalers and retailers to form a judgment and that there is thus no guarantee that the effects hoped for will be produced, a more drastic conclusion suggests itself: an appointed dealer can decide freely on his source of supply, but should leave the choice between „original“ parts and other parts to the customer. This – and only this – solution would also make allowance for such customers who want to accept a spare part of inferior quality, but attach importance to the expert know-how provided by appointed workshops. This proposal does not affect the manufacturer's goodwill interests, as a customer ordering repairs can, where appropriate, identify the outside supplier. Hence the situation obtaining in the repair business differs from that obtaining in the purchase of new vehicles where the buyer will expect the manufacturer to inspect all parts used and as a result each defect may jeopardize the reputation enjoyed by a make.

However, the most important aspect concerning consumer policy of such a solution derives from the customer's insufficient ability to judge prices in the market for spare parts and from the price behaviour of the levels of distribution. The investigations of the British Monopolies and Mergers Commission⁸⁸ as well as some independent wholesalers' statements⁸⁹ show that appointed dealers do not pass on the price advantages they gain by buying from outsiders to customers ordering repairs. Information from dealers on the origin of parts could stimulate a change in the behavioural pattern: if a customer relies on the quality of „original“ parts, he will agree to the use of a different part only if this involves a price advantage.

As regards the dispute amongst the various groups of interest and parties, the obligation to inform the consumer seems to be a compromise that can be backed by economic considerations. It makes allowance for the fact that manufacturers, by means of their promotional efforts and their cooperation with appointed workshops, have a share in establishing the customer's confidence in such workshops. On the other hand, an appointed dealer is not only in legal terms an independent contractor. He also contributes towards a success of his business by his own investment and performance. Manufacturers should not question the supply industries' material contribution towards the finished product, given the high proportion of parts made by subcontracting manufacturers.

87 *Supra* note 50, para. 6. 38.

88 *Supra* note, para. 5. 15. and 6. 30.

89 Cf. Pannenbäcker, in: Spary (ed.), *supra* note 80, 39.

The obligation to inform the consumer proposed in this study has, however, been appreciated neither by the parties primarily concerned nor by the Commission. The representatives of the independent wholesalers feared that their supply might be discriminated against⁹⁰ and the manufacturers argued that such an obligation would be impractical⁹¹.

The Commission has adopted a compromise providing for *ex ante* information „in a general manner“ that „spare parts from other sources might be used“ and an additional *ex post* information that „spare parts of other sources have been used“ (Art. 3 (1) Nos 8 and 9) – both of these provisions disregard our intention to promote price competition at the retail level.

The Commission did, however, react to the failures of price competition by means of its revision of the general ban on resale price maintenance contained in Art. 6 of the Draft Regulation. This revision coincides with suggestions made by the Swiss Cartel Commission⁹², by American authors who generally take a critical view of vertical restraints⁹³ and by the Consumers Consultative Committee⁹⁴. This study has reported on the practice of authorized workshops, observed by insurance companies as well as by manufacturers⁹⁵, to exceed the manufacturers price recommendations for spare parts, on the vain efforts of manufacturers to assume price control functions, and it has concluded, that in the case of spare parts, the ban on resale price maintenance and the non-binding nature of price recommendations are detrimental to the customer. The revised version of Art. 6 No 2 which now only prohibits an obligation „not to resell goods or contract goods below stated prices“ is thus to be welcomed. However, a linkage of the price ceilings provision with an *ex ante* obligation to inform the customer would have been a more effective means of stimulating price competition.

90 Cf. the Submission by the Motor Factors Association to the House of Lords' Select Committee (*supra* note 2) 89.

91 Interview with the Volkswagenwerk AG of 26 August 1983. The argument, however, that it is impossible to tell which spare parts have to be exchanged when accepting a car for repair is not convincing. If a workshop has to exceed the scope of the original order, it may then consult the consumer, or ask for the consumer's *ex ante* general consent to the use of parts and then specify such parts in the repair invoice.

92 *Supra* note 45, 220.

93 Cf., e.g., Pitofsky, The *Sylvania*-Case: Antitrust Analysis of Non-price Vertical Restraints, Columbia Law Review 78 (1978), 1, 15 (note 69).

94 Consumers Consultative Committee, Opinion of 10 December 1983 on the Draft Commission Regulation on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of motor vehicle distribution and servicing agreements (CCC/84/83; XI/517/83), section II, para. 6.

95 See ch. 2, 4.1.2.

The practical impact of the provisions on competitive parts is hardly predictable. It may well be that the solution adopted by the Commission is more likely to ensure the access of independent wholesalers to authorized workshops than our suggestions simply because it preserved the incentive for the dealer to seek more favourable purchasing conditions without influencing his pricing practices. Our proposal which would have accepted a somewhat tighter closure of the authorized networks must be seen in the overall context of the efforts to encourage a greater variety of supply in the after-sales market by eliminating distortions of competition to the detriment of non-authorized workshops.

4.3. *The competitive position of non-authorized workshops*

Captive parts (i.e. spare parts in respect of which a manufacturer holds the supply monopoly) are distributed exclusively through the manufacturers' networks. Articles 1 and 2 and Art. 3 Nos 9 and 10d accept this practice; other repair workshops can buy such parts only through appointed dealers (Art. 3 No 10 (b)). There is also a *quid pro quo* here: an appointed dealer is obliged to keep a wide range of spare parts and to serve his customers without delay; the manufacturer himself dispenses with involving independent wholesalers and with supplying competing workshops or final consumers directly.

4.3.1. The supply of non-authorized workshops

Our comparative survey of the arguments about the manufacturers' distribution systems has shown that the privileged supply of appointed workshops involves a considerable conflict potential. This conflict was argued out in the United States. In its Crash Parts Decision⁹⁶ the Federal Trade Commission (FTC) accepted General Motors' refusal to supply independent workshops directly. However, the FTC expressly rejected the argument advanced by General Motors⁹⁷ that authorized workshops were better qualified to perform repairs and in its decision solely accepted General Motors' economic motives for its selective distribution policy⁹⁸. Contrary to that holding, the consent decree in the Technical Learning Case⁹⁹ obliged Mercedes Benz of North America to improve the competitive conditions with respect to independent workshops¹⁰⁰. This objective has also

96 *Supra* note 56.

97 *ibid.*, at 22, 344 *seq.*

98 Commissioner Pertschuk's dissent did not question the distribution system as such but merely pleaded for a duty to supply unauthorized workshops at non-discriminatory terms (*ibid.* at 22, 350).

99 Technical Learning Collective, Inc., *et al.* v. Daimler-Benz AG *et al.*, 1981, Trade Cases (CCH), § 64, 146 (D. Md. 1981); cf. ch. 4, 4.3.1.

100 The consent decree of 29 June 1981 reads as follows: „MBNA (Mercedes-Benz of North America) shall not in any way directly or indirectly: A. Enter into, maintain,

been pursued by the Director General of Fair Trading in its investigations against Still & Sons¹⁰¹ and the Ford Motor Company¹⁰².

Thus even where „quantitative“ restrictions on appointed workshops cooperating with manufacturers were approved, they were always reviewed for their effect on the conditions of competition with respect to competing repairers. The conditions of competition obtaining in West Germany also call for such a review. In their pricing policy non-authorized workshops are apparently guided by the manufacturers' price recommendations¹⁰³. However, this hardly comes as a surprise both in view of the small size of the businesses and their insufficient business „qualification“ and in view of the purchasing conditions on the part of independent workshops. As evidenced by the terms comparison carried out by the Central Association of the Motor Vehicle Trade (Zentralverband des Kraftfahrzeuggewerbes) of 30 June 1983, as a rule manufacturers grant workshops no discount at all or only minor trade discounts of about 10 – 13 %. The discounts granted to appointed workshops may in the case of competitive parts be as high as 50 % and over and in the case of captive parts, which are normally much more expensive, range between 15 and 30 %. Moreover, in the case of appointed workshops freight charges are usually paid by the manufacturer, while independent workshops have to collect the parts themselves, and the date set for payment will also be less favourable.

4.3.2. Possibilities for a reaction by European competition law

The differentiation between a market for new vehicles and a market for spare parts as well as the further differentiation of that after-market into markets for „competitive“ and „captive“ parts open up possibilities to counteract distortions of competition in the repair trade. The cooperation of appointed dealers with manufacturers, which is put forward in recital 4 in support of quantitative

further, adhere to, or enforce any provision of any contract or agreement with any MB dealer which provision fixes, establishes, limits or restricts, with respect to independent garages, the persons to whom, the territories in which, or the prices, margins, discounts or markups at which, any MB dealer may sell MB parts ... D. Take or threaten to take any action to penalize, or to coerce, any MB dealer with respect to the prices, margins, discounts, or markups at which, such dealer has sold or intends to sell MB parts to independent garages“ (para. V) ... „MBNA shall modify its standard Dealer Agreement, starting with any such Agreement offered to any MB dealer which agreement should be effective on or after January 1, 1982, so as to delete Item VH of the Dealer Operating Requirements Agreement and to provide: Dealer recognizes that a part of its responsibility under this Agreement is to serve as a wholesaler of MB parts to independent garages“ (para. VII).

101 *Supra* note 47; cf. ch. 4, 2.3.2.

102 *Supra* note 47, cf. ch. 2.3.3.

103 Cf. Schmidt-Meier, in: Spary (ed.), *supra* note 80, 52.

selection, cannot and must not discredit the performance of other workshops. Cooperation with the manufacturer is certainly useful but not indispensable and can easily be replaced in the case of a large number of captive parts (especially in the case of body work)¹⁰⁴. Protection of the customer's safety interests must in any case be ensured on a general basis¹⁰⁵. Again, quantitative selection is a strategy dictated by marketing considerations. From this point of view the motor vehicle manufacturers' efforts to integrate wholesale distribution functions is understandable but does not justify „unreasonable“ discrimination against independent workshops.

To settle the conflicting interests of make-specific servicing workshops and independent repairers, the Commission imposed in its Hugin Decision an obligation to sell indispensable spare parts at a „reasonable market price“ which allows appointed dealers a „reasonable profit margin“ and their competitors an „appropriate scope for manoeuvre“¹⁰⁶. An interpretation of this formula must take the distribution of spare part into consideration. Here manufacturers and appointed dealers themselves take care to lower the cost of stock-keeping. Overnight deliveries in the case of slow-moving parts demonstrate this¹⁰⁷. Reliable information about the cost incurred by appointed dealers on account of their stock-keeping obligation is difficult to obtain. In his dissenting opinion in the Crash Parts Decision Commissioner Pertschuk argued that the evidence available in respect of the „special burdens“ on appointed dealers justifies a price differential of not more than 2 %¹⁰⁸. This no doubt speculative figure cannot be used as a criterion. Under the Block Exemption Regulation it would have been possible, however, to link the exemption of exclusive distribution arrangements (Art. 2) and the ban on resale of contract goods (Art. 3 No 10) to a requirement for non-discrimination against independent workshops. Such an anti-discrimination rule would not affect the selective distribution systems and consequently would not increase the cost of distribution. It would also be compatible with a remuneration of those expenses incurred by appointed dealers as a result of their functioning as wholesalers. However, this would presuppose that upon reselling appointed dealers could only withhold a discount commensurate with the expenses incurred by them.

The only reaction of the Regulation to the competitive disadvantages encountered by non-authorized workshops is contained in Art. 6 No 2 which ensures the freedom of authorized dealers to „exceed stated rates of trade discount“. There may be a slight chance that some authorized dealers will make use of this opportu-

104 Cf. the findings of the Federal Trade Commission (*supra* note 56) at 22, 237.

105 Cf. *supra* 1.2.

106 This has been argued by the Commission in the Hugin Case (*supra* note 59) at 1876.

107 Cf. ch. 2, 4.3.

108 *Supra* note 56, at 22, 344 *seq.*

nity. In the light of the principles advanced in the Hugin Decision, however, this vague possibility does hardly suffice to justify the Regulation's provisions on captive parts.

5. Dealer Protection

As emphasized in recital 17, the terms of Block Exemption Regulation governing the manufacturer-dealer relationship are to form the basis of the appointed dealers' entrepreneurial freedom and hence are to promote intrabrand competition¹⁰⁹. This is especially true for the restrictions on the manufacturers' possibilities of appointing additional dealers or to alter the contract territory (Art. 5 (2) No 1 (b)), the (limited) protection from unwarranted termination as well as the minimum term of the contractual relationship (Art. 5 (2) No 2) and the period of notice in terminating the agreement (Art. 5 (2) No 3).

It is not in the least surprising that the provisions protecting dealers aroused critical comments from the advocates of the economic approach to antitrust law¹¹⁰. If vertical restraints are to be conducive to a manufacturer's distribution policy, if these restraints are declared to be legitimate for the very sake of their importance in interbrand competition, then any restriction on the manufacturers' rights must basically appear as a threat to the efficiency of the distribution system and hence as a threat to allocative efficiency. The arguments against this kind of reasoning need not be repeated here¹¹¹.

Another question is whether the provisions protecting the dealer are an adequate means to fulfil their presupposed competitive functions. The above mentioned restrictions of the manufacturers' right to terminate the dealer agreement, for example, not only protect the dealer against terminations motivated by unwanted competitive activities but also protect him in cases where his performance does not comply with the manufacturers expectations. The provisions protecting the dealer's interest in representing a second brand (Art. 5 (1) No 2 (a)) and his expectations as to the profitability of his firm (Art. 5 (2) No 1 (b)) primarily aim at ensuring some reciprocity of the manufacturer-dealer relationship; whether this protection will at the same time further the dealer's competitive activity seems at the least doubtful.

109 Cf. Stöver, Wichtige Regelungen der geplanten Kommissions-Verordnung zu den Kraftfahrzeug-Vertriebsverträgen, *Das Autohaus* 1983, 1243, 1340, 1342.

110 Cf. Davidow, *The Draft Regulation from the Point of an American Lawyer*, in: *Bulletin of the International Institute for Commercial Competition*, Special Number: Symposium of 20 May 1983, 1984, 39.

111 Cf. *supra* 1.3.3.

Thus the only provision which can be unreservedly be justified by competition policy objectives turns out to be the anti-discrimination rule contained in Art. 5 (4), whereas all the other pertaining provisions attempting „to prevent the dealer from becoming economically over-dependent on the supplier“ (recital 17) primarily seem to afford some sort of social protection. The tension between competition policy objectives and such protective measures cannot be discussed here in detail¹¹². Suffice it to state that the Block Exemption Regulation has embarked upon rather delicate and unsettled issues.

6. Price differentials in the car sector

The most controversial provisions of the Draft Regulation of 24 June 1983 are not within the scope of this study since both the famous 12 % clause (Art. 7 (1), including its qualifications in para. 2) and the availability clause in Art. 5 (6) related to the sale of new vehicles. However, in view of the links between the sale of new cars and of spare parts and pursuant to the extension of the pertaining provisions in the final Regulation to spare parts (Art. 10 No 3), the issue cannot be totally ignored.

6.1. *The shift in the Commission's position*

Although the differentials in prices for new cars have diminished in recent years¹¹³, they are still considerable and provide incentives for „personal“ and „parallel“ imports. The reasons for justifications of these differentials have been vigorously debated. Exchange rates for national currencies are unstable, the differences in taxation affect pre-tax car prices as do price controls within Member States; last but not least, the pricing policy of manufacturers is adjusted to consumer „preferences“, dealer margins, and other competitive factors; in short: the common market cannot be called a unified market and the differences in prices reflect or take advantage of these diversities.

The legal issues arising from these diversities are complex. Should European competition policy insist upon free trade principles regardless of the lack of uniformity? Should the Commission try to differentiate between State interventions and other distortions of competition¹¹⁴? Is it consistent to accept the

112 For a more comprehensive discussion cf. Joerges, *Relational Contract Theory in a Comparative Perspective: Tensions Between Contract and Antitrust Law Principles in the Assessment of Contractual Relations Between Automobile Manufacturers and their Dealers in Germany*, *Wisconsin Law Review* 1985 (forthcoming).

113 Cf. Locksley (note 53), 18 *seq.*

114 Cf. Steindorff, *Preisdifferenzierung im Gemeinsamen Markt*, in: IX. Internationales EG-Kartellrechtsforum, 1982, 80.

legitimacy of non-price competition but condemn *a priori* any territorial price differentiation? Should we forget about all the efforts to use competition law as a means of unifying the common market and consider market segmentation by private undertakings as a right inherent to freedom of competition¹¹⁵? Do we have to reconsider the welfare effects attributed to a free exchange of goods and accept that „dynamic barriers“ may have positive effects on research and development¹¹⁶? Can European competition policy disregard industrial policy objectives or effects on the level of employment within a Member State?

The search for explanations of the price differences has revealed surprisingly clear results. Gareth Locksley, in his study on the UK car prices¹¹⁷, has demonstrated that neither inflationary pressures nor currency movements explain adequately the development of the differential; instead, the strongest influence is exerted by the pricing decisions of the leading British manufacturers¹¹⁸. These findings do not, of course, dispose of the legal issues summarized above. Pursuant to the Commission's revision of its original draft most of these issues are now of minor importance but new ones have arisen.

The argument that extreme tax rates as well as national price controls should not be given „extraterritorial“ effects by means of the competition rules of the Treaty had already been accepted by Art. 7 (3) of the 1983 Draft¹¹⁹. In its final Regulation the Commission waived the linkage between the legality of the restrictions concerning the sale to non-authorized dealers and the absence of differences in recommended prices exceeding 12 %; such differentials *may* now, according to Art. 10 (3), lead to an investigation aiming at a withdrawal of the benefits of the group exemption pursuant to Art. 7 of Regulation No 19/65/EEC, but the Commission would then have to prove that price differences are „chiefly due to obligations exempted“ by its regulation¹²⁰.

115 Cf. Baden Fuller, *Economic Analysis Relating to Property Rights in Trademarks: Export Bans, Differential Pricing, Restrictions on Sale and Repacking*, *European Law Review* 6 (1981), 162.

116 Cf. Schellhaas, Stumpf, *Price Regulation in the European Pharmaceutical Industry: Benefits and Costs*, in: J. Finsinger (ed.), *Economic Analysis of Regulated Markets*, 1983, 151.

117 *Supra* note 53.

118 *Ibid.*, 52 *seq.*, 77 *seq.*; cf. the statements of the British Leyland representatives in the Report of the House of Lords' Select Committee (note 2) 114 *seq.*; see also Ashworth, Kay, Sharpe, *Differentials between Car Prices in the United Kingdom and Belgium* (Institute for Fiscal Studies Report Series No. 2) 1982, 3.

119 Cf. the Notice of 12 December 1984 (note 1) section II, para. 1 b; but see Art. 7 of the first draft of the Regulation (IV/158/82).

120 Notice of 12 December 1984 (note 1), section II.

The waiver of the 12 % clause is complemented by a modification of the provisions on parallel imports. According to Art. 3 No 9 (b) of the 1983 Draft authorized dealers were in a position to sell new cars to intermediaries acting on behalf of a final consumer. Art. 3 No 11 now demands that the „intermediary has prior written authority to purchase a specified motor vehicle and, as the case may be, to accept delivery thereof ...“ To be sure, the „traditional“ safeguards¹²¹ ensuring intra-community trade have been confirmed: Art. 6 (2) prohibits resale price maintenance and Art. 3 No 10 (a) guarantees an intra-network trade. However, the effect of these safeguards has never been clarified by empirical research. In the case of highly organized distribution system the dominant role of the manufacturer (and the „social ostracism“ which can be expected to operate within dealer networks) seem to render this effect quite unlikely. At any rate, the Commission, in its Ford Decision¹²², observed that despite the dealer's right to place orders in other Member States and notwithstanding the considerable incentives to do so, imports within the Ford network simply did not occur.

The impact of all these changes seems obvious. The Commission has assigned the function of integrating the common market to the final consumer.

6.2. Safeguards for personal imports

Whereas the opportunities for professional arbitragers to engage in intra-community trade have been drastically impaired, the provisions ensuring personal imports have been upheld and even improved. Customer restrictions must not be imposed (Art. 3 No 11), guarantees have to be honoured (Art. 5 (1) No 1 (b)) and, last but not least, a foreign customer may order „a model within the contract programme ... which is marketed by the manufacturer or with the manufacturer's consent in the Member State in which the vehicle is to be registered“ (Art. 5 (1) No 2 (d)). The Commission may react to continuous or systematic obstructions (Art. 10 No 2) and it may likewise initiate an investigation under Art. 7 of Regulation No 19/65/EEC where price differentials for corresponding passenger car models „are not objectively justifiable“¹²³.

The practical difficulties in administering the last mentioned provisions are foreseeable. They should be resolved partially by the right of authorized workshops to modify contract goods now provided for in Art. 3 No 1. This new provision, however, will not dispose of the problems of British consumers in view of the costs of conversion of left-hand to right-hand drive cars¹²⁴. It may be worth noting that the Commission did not take up the proposal that modifica-

121 Cf. the Commission's Kodak Decision, O.J. L 147/1970/24.

122 O.J. L 29/1975/14; Case 26/75 – General Motors, 1975 E.C.R. 1367.

123 Cf. the Commission's Ford Decision, O.J. L 327/1983/31.

124 But see Ashworth *et al.* (note 118), 28.

tions may be performed by independent workshops¹²⁵ although such a provision suggested itself if one recalls the Commission's Zanussi Decision¹²⁶.

6.3. Industrial policy, competition policy and consumer interests

An evaluation of the changes in the provisions pertaining to intra-Community trade has to pay particular attention to the gradual replacement of competition and integration policy objectives by industrial policy considerations which may be called the rationale of the approach finally adopted by the Commission. To be sure, the Commission has confirmed „the European consumer's basic right to buy a motor vehicle and to have it maintained or repaired wherever prices and quality are most advantageous to him“¹²⁷. However, individual consumers are not in a position to substantially further the integration of the common market¹²⁸. The Report of the House of Lords' Select Committee which is in favour of such a „cautious“ approach, has also approved of the view taken by the Office of Fair Trading that subsidising the British producers „by levying a tax on every consumer who buys a car – whether it be British-made or not – is about the least economic and most wasteful way of subsidising the U.K. industry that can be devised“¹²⁹. The use of restrictions on competition and on the arbitrage mechanism appears to be a rather questionable means to achieve the objectives they pretend to serve. The most problematic implication of these restrictions in terms of competition policies, stems from the imperfections of competitive conditions in the car market noted above¹³⁰. It is therefore important to note that the Commission has, by means of Art. 10 No 1, reserved for itself the right to withdraw the benefit of the Group Exemption Regulation „where, in the common market or a substantial part thereof, contract goods or corresponding goods are not subject to competition from products considered by consumers as similar by reason of their characteristics, price and intended use“. Whether the Commission will ever make use of this opportunity remains to be seen.

7. Price differentials in the spare parts market

The animated discussion about how to ensure the free movement of goods in the case of new vehicle sales has so far disregarded the supply of spare parts. This is

125 Cf. the second opinion of the Consumers Consultative Committee (note 94), section II, para. 3.a.

126 O.J. L 322/1978/36.

127 Notice of 18 December 1984 (note 1), section I, para. 1.

128 Cf. the Report of the House of Lords' Select Committee (note 2), para. 54.

129 *Ibid.*, 210 and para 21; see also Ashworth *et al.* (note 118), 36.

130 *Supra* 2.3.1.

understandable because the ultimate consumer's ability to react is very limited. Consumers and consumer organizations fail to notice price differences and practically they cannot make up for them even if aware of them. Yet, all the evidence available points to the fact that there are striking differences in prices. In a comparison of random sample prices of spare parts in the producer country with those in Switzerland, the Schweizerische Kartellkommission (Swiss Cartel Commission) has already noticed differences ranging between 2.9 % and 35 % and, in addition, considerable differences in prices between Member States of the EC¹³¹. In the controversy in the United States concerning the Mercedes-Benz distribution system, the parallel import of identical parts and the differences in prices between original parts and identical parts provided a topic for discussion¹³². The most important data available at present originate from a survey carried out by the European insurance companies (CEA)¹³³. Although this survey has not yet been completed we have been able to draw some preliminary conclusions: (1) The considerable differences in spare parts prices can first of all be correlated with the car's make. (2) Prices are generally cheaper in the manufacturer's home State than in other Member States. (3) The U.K. once again is the price leader but, interestingly enough, the Netherlands and Belgium hold the second and the third position. (4) An accurate interpretation of the data has to distinguish between countries where manufacturers face the competition of the supply industry and a second line of distribution and importing countries where prices are substantially higher. The samples of spare parts selected by the CEA does not correspond with the distinction between competition and captive parts. It is safe to conclude from the data available that competition between different distributions systems favours consumers. But further suggestions have, for the time being, to rely on our general observations on pricing policies and on conceptual deliberations.

7.1. Competitive parts

The constitution of dealer networks in the Member States forms part of the efforts to penetrate new markets which are considered imperative by motor vehicle manufacturers. This is why the manufacturers' arguments for „territorial“ price differentiation in the sale of new vehicles basically apply *mutatis mutandis* to the supply of spare parts. Higher promotional costs in a Member State and the increased cost of distribution connected with those costs may suggest price differentiation; the free parallel import of original parts and their use in authorized workshops then, in the manufacturer's view, appear to be a case of free riding. Thus, the differences in prices of spare parts can-

131 Schweizerische Kartellkommission (note 45), 160 *seq.*

132 Cf. the Technical Learning Case (note 48).

133 Comité Européen des Assurances, Etude comparative du prix des pièces de rechange, 1983 (cf. ch. 2, annex B).

not be expected to merely compensate for different costs but, in line with the pricing policy in the sale of new vehicles, may simply be geared to the conditions of competition obtaining in the country of destination, i.e. may amount to a discrimination against consumers.

The pertinent provisions of the Regulation follow the pattern of the present practice in European competition policy¹³⁴. Art. 3 No 10 (b) ensures free movement of goods within the distribution networks, but protects the network against outsiders who act as resellers in the country of destination. The terms of Art. 3 No 10 (a) also include spare parts so that, since resale is permitted, ultimate consumers may in principle take advantage of price differences. Art. 3 No 10 (a) also enables authorized dealers to supply independent workshops¹³⁵.

Whether these provisions will suffice to start the mechanism of arbitrage seems doubtful. The appointed workshops' business relations in the countries of destination for exports concentrate in any event on the importer. They themselves are unlikely to engage in buying activities in other Member States. There is even less likelihood of direct purchases arranged by authorized intermediaries or direct purchases by untied workshops.

In our interviews with representatives of the independent wholesalers (Freier Großhandel) and with those wholesalers handling the products of specific supply companies on an exclusive basis (Werksvertreter) we could not obtain reliable information on current export activities and on possible effects of national licensing regulations governing spare parts. Even less are we able to predict whether any relaxation of exclusive purchasing obligations will stimulate the trade in spare parts or whether such an effect may be brought about by the publication of the insurers' survey data on differences in prices of spare parts in the Member States.

Our investigations on pricing policies pursued by manufacturers had revealed that there are significant differences in the price developments concerning competitive parts and captive parts and that, in addition, manufacturers allow especially generous discounts on competitive parts¹³⁶. As these observations in West Germany also hold true for imported vehicles, they may well often be a factor in the pricing policy of German manufacturers outside Germany. A high pricing policy by manufacturers in respect of original parts, however, offers component manufacturers and their wholesalers good prospects regarding exports. These prospects become all the more important the less manufacturers can enforce exclusive purchasing obligations in relation to appoin-

134 Cf. *supra* note 121.

135 Cf. Art. 6 No 2 as well as recital 5.

136 Cf. ch. 2, annex A.

ted dealers and the greater the competition appointed workshops have to face from independent workshops. These arbitrage mechanisms may interfere with the manufacturers' interests. But they are part of the „rules of the game“ of the common market which a strategy of product differentiation must not invalidate.

7.2. *Captive parts*

The likelihood of strengthening price competition in the case of captive parts is much more problematical. Here, too, the precautionary measures taken under the Block Exemption Regulation seem to be insufficient to function as an incentive for arbitrage within the appointed dealer networks, and the competitive pressure that may be exerted by independent wholesalers and parallel imports in the case of competitive parts is not available as an instrument of control. The pricing policy of the manufacturers is subject to Art. 86 of the Treaty and thus to the principles announced in the *United Brands Judgement*¹³⁷. These principles and the difficulties of their application shall not be discussed here. Suffice it to state that they confirm our critique of the Commission's disregard of the competitive disadvantages of independent workshops¹³⁸. In the light of these principles it might even have been necessary to ensure the availability of captive parts for independent wholesalers.

137 Case 27/76 – *United Brands* 1978 E.C.R. 207.

138 *Supra* 4.3.3.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Für die hier nicht aufgeführten Abkürzungen wird verwiesen auf Kirchner: Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 3. Aufl., Berlin 1983.

ABl. C	Amtsblatt. Mitteilungen und Bekanntmachungen
ADAC	Allgemeiner Deutscher Automobilclub
ABl. L	Amtsblatt. Rechtsvorschriften
adm.	administrativ
A.G.I.R.	Association des Grossistes Interprofessionnels Régionaux
AIPPI	Association internationale pour la protection de la propriété industrielle
et al.	et alia (und andere)
ams	auto, motor und sport
B.E.U.C.	Bureau Européen des Unions de Consommateurs
BL	British Leyland
B.O.C.C.	Bulletin Officiel de la Concurrence et de la Consommation
bspw.	beispielsweise
Cass. Crim.	Cour de Cassation Criminelle
C.L.C.A.	Comité de liaison de la construction automobile (deutsch: Verbindungsausschuß der Automobilindustrie der EWG-Länder)
Cmnd.	Command-Paper
C.M.L.R.	Common Market Law Review
C.S.N.R.A.	Chambre Nationale du Commerce et de la Réparation Automobile
D.	Dalloz
D. Cal.	District Court of California
D. Md.	District Court of Maryland
DAT	Deutsche Automobil-Treuhand GmbH
DBAG	Daimler-Benz AG
DEKRA	Deutscher Kraftfahrzeug-Überwachungs-Verein e.V.

DGFT	Director General of Fair Trading
D.I.Y.	Do It Yourself
E.C.J.	Court of Justice of the European Communities
E.C.R.	European Court Reports
ECU	European Currency Unit
EIU	The Economist Intelligence Unit
FEDA	Fédération des Syndicats de la Distribution Automobile
FIGIEFA	Fédération Internationale des Grossistes, Importateurs et Exportateurs en Fournitures Automobiles
FIEV	Fédération des Industries des Equipements pour Véhicules
F.N.C.A.A.	Fédération Nationale du Commerce et de l'Artisanat de l'Automobile
FS	Festschrift
FTA 1973	Fair Trading Act 1973
FTC	Federal Trade Commission
GA	Generalanwalt
GD	General-Direktion
GM	General Motors
GMPD	General Motors Part Division
G.N.C.R.	Groupement National des Carrossiers Réparateurs
HC	House of Commons
HCP	House of Commons Papers
HMSO	Her Majesty's Stationary Office
i.a.R.	in aller Regel
ifo	Institut für Wirtschaftsforschung
i.g.S.	im gleichen Sinne
IGWV	Interessengemeinschaft der Werksvertreter e.V.
i.J.	im Jahre
JAK	Junioren-Arbeitskreis der FIGIEFA
JbS	Jahrbuch für Sozialwissenschaft
JCP	Journal of Consumer Policy
J.O.	Journal Officiel de la République Française
LMB	Lippische Metallwarenfabrik GmbH

MB	Mercedes-Benz
MBD	Maschinelle Bestandsführung und Dispositon
MBNA	Mercedes-Benz of North America Inc.
MMC	Monopolies and Mergers Commission
OEM	Original Equipment Manufacturers
OFT	Office of Fair Trading
para.	Paragraph
Rd. / Rdnr. / Rn.	Randnummer
resp.	respektive
Rev.Trim.Com.	Revue Trimestrielle de Droit Comercial
RKG	Reichsverband des Kraftfahrzeugteile-Großhandels e.V.
RKI	Reichsverband der Kraftfahrzeugteile-Industrie e.V.
RPA	Resale Prices Act
RTPA	Restrictive Trade Practices Act
SMMT	Society of Motor Manufacturers and Traders
S.R.A.	Sécurité et Réparation Automobiles
TF	Télévision Francaise
UBC	United Brands Company
UPE	Unverbindliche Preisempfehlung
U.S.C.	United States Code
VDA	Verband der Automobilindustrie e.V.
VKG	Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V.
WM / WPM	Wertpapier Mitteilungen
WuW/E-EWG/MUV	Wirtschaft und Wettbewerb Entscheidungssammlung zum Kartellrecht – Gerichte der Europäischen Gemeinschaften
ZdK	Zentralverband des Kraftfahrzeuggewerbes
ZfBW	Zeitschrift für Betriebswissenschaft
ZFP	Marketing. Zeitschrift für Forschung und Praxis
ZVK	Zentralverband der Kraftfahrzeug-Handwerker
ZVP	Zeitschrift für Verbraucherpolitik

Abgekürzt zitierte Schriften

House of Lords. Select Committee on the European Communities, The distribution, servicing and pricing of motor vehicles, Session 1983–84, 27th Report, London 1984.

Meier, Ch. J., Der selektive Vertrieb im EWG-Kartellrecht, Band I: Absatzpolitik/ Vertragsgestaltung/Wettbewerbspolitische Grundlagen; Band II: Kartellrechtliche Bestimmungen des EWG-Vertrages, Dissenhofen 1979.

Monopolies and Mergers Commission, Car Parts. A Report on the matter of the existence or the possible existence of a complex monopoly situation in relation to the wholesale supply of motor car parts in the United Kingdom (HC 318), London 1982.

Schmitt, J.J., Selektiver Vertrieb und Kartellrecht. Der Automobilabsatz als Beispiel für die Behandlung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen im deutschen GWB und im amerikanischen Antitrustrecht, Stuttgart 1975.

Schweizerische Kartellkommission, Die Bedeutung der Alleinvertriebsverträge für den Wettbewerb in der Autobestandteilbranche, Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission, 13. Jg., Heft 2/3, Zürich 1978.

Tietz, B., Der Gruppenwettbewerb als Element der Wettbewerbspolitik. Das Beispiel der Automobilwirtschaft, Köln-Berlin-Bonn-München 1981.

Verband der Kraftfahrzeugteile- und Zweirad-Großhändler e.V./ Interessengemeinschaft der Werksvertreter für Kfz-Teile e.V. (Hrsg.), Monopolisierungstendenzen am Markt für Kraftfahrzeug-Ersatzteile. Eine Dokumentation des Arbeitskreises „Freier Kfz-Teile-Markt“, Ratingen-Nürnberg 1979.

- Abbot, L., *Qualität und Wettbewerb*, Berlin-München 1958.
- Abbott, A.F.: Paradox Regained: Towards a „New Economic Approach“ to Vertical Restraints Policy, in: *George Washington Law Review* 48 (1980), 565 ff.
- Ahlert, D.: Absatzstrategien des Konsumgüterherstellers auf der Grundlage vertraglicher Vertriebssysteme mit dem Handel, in: ders. (Hrsg.): *Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel*, Wiesbaden 1981, 43 ff.
- ders.: Probleme und wechselseitige Abhängigkeiten einer betriebswirtschaftlichen, rechtlichen und volkswirtschaftlichen Beurteilung vertraglicher Vertriebssysteme, in: ders. (Hrsg.): *Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel*, Wiesbaden 1981, 21 ff.
- Allen, D.: *Managing the Common Market: The Community's Competition Policy*, in: Wallace, H., Wallace, W., Webb, C., *Policy Making in the European Community*, 2. Aufl., Chichester-New York-Brisbane-Toronto-Singapore 1983, 209 ff.
- Altschuller, S.: *Sylvania, vertical restraints, and dual distribution*, in: *The Antitrust Bulletin* 1980, 32 ff.
- Akerlof, G.A.: The Market for „Lemons“: Quality Uncertainty and the Market Mechanism, in: *Quarterly Journal of Economics* 84 (1970), 488 ff.
- Ashworth, M.H., Kay, J.A., Sharpe, T.A.E.: *Differentials between Car Prices in the United Kingdom and Belgium* (The Institute for Fiscal Studies, Report Series No. 2), Oxford 1982.
- Assmann, H.-D.: Konstruierte Rabattverstöße im Neuwagenhandel – Zur rabattrechtlichen Beurteilung der Verwendung unverbindlicher Preisempfehlungen von Kraftfahrzeugherstellern durch den Handel, in: *BB* 1983, 2079 ff.
- ders.: *Rabattgesetz und unverbindliche Preisempfehlungen im Neuwagenhandel*, in: *BB* 1984, 1973 ff.
- Azéma, J.: *Le droit français de la concurrence*, Paris 1982.
- ders.: La distribution sélective ou l'ambivalence du droit français de la concurrence, *La Semaine Juridique (C.I.)* 1983, II, 14089, 5788 ff.
- Baden Fuller, C.W.: Article 86 EEC: Economic Analysis of the Existence of a Dominant Position, in: *European Law Review* 4 (1979), 423 ff.
- ders.: Economic Analysis Relating to Property Rights in Trade Marks: Export Bans, Differential Pricing, Restrictions on Sale and Repacking, in: *European Law Review* 6 (1981), 182 ff.
- ders.: Price variations – The Distillers case and article 85 EEC, in: *Comparative Law Quarterly Review* 28 (1979), 128 ff.

- van Bael, I.: Heretical Reflections on the Basic Dogma of EEC Antitrust: Single Market Integration, in: Schweizerische Zeitschrift für Internationales Wettbewerbsrecht 10 (1980), 45 ff.
- Baker, T.A.: The Supreme Court and the *Per Se* Tying Rule: Cutting the Gordian Knot, in: Virginia Law Review 66 (1980), 1235 ff.
- Baldi, M.: Die Freistellung vom EWG-Kartellverbot, Bern 1972.
- Bauer, H.H.: Hersteller-Handels-Beziehungen im Wandel – Auf dem Weg zu einer dualen Marketing-Führerschaft im Absatzkanal, in: Markenartikel 10 (1982), 428 ff.
- Baumgartner, D.: Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem französischen Recht, in: DVBl. 1977, 70 ff.
- Baxter, W.F.: Vertical Restraints and Resale Price Maintenance: A „Rule-of-Reason“ Approach (Schreiben vom 6.8.1982 an die American Retail Foundation), in: Antitrust Law and Economics Review 14 (1982), 14 ff.
- Beaux, L.: La validité des clauses d'exclusivité au regard du droit communautaire et du droit interne français, in: Revue de Jurisprudence Commerciale 1970, 271 ff.
- Behrens, P.: Die ökonomischen Grundlagen des Rechts. Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz, Habil.-Schr. Hamburg 1982 (unveröffentlicht).
- ders., Korb-Schikaneder, F.: Europäisches Wettbewerbsrecht vor französischen Gerichten, in: RabelsZ 1984, 457 ff.
- Belke, R.: Kundenbeschränkung und Verkaufsverweigerung im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten, Stuttgart 1967.
- ders.: Relevanter Markt und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen im EWG-Kartellrecht am Beispiel der Alleinvertriebs- und Gebietsbindungen, in: ZHR 130 (1968), 239 ff.
- ders.: Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen nach der Kartellgesetznovelle 1973, in: ZHR 138 (1974), 226 ff.
- Berg, H.: Die Automobilindustrie der Bundesrepublik Deutschland: Marktstruktur, Marktverhalten, Marktergebnis, in: Oberender, P. (Hrsg.): Industriestruktur und Wettbewerb, München 1984.
- Berthmann, K.: Der Ersatzteilstreit in der Kraftfahrzeugindustrie, in: Kartell-Rundschau 10 (1936), 683 ff.
- Bhaskar, K.: The Future of the U.K. Motor Industry, London 1979.
- Biedenkopf, K.H.: Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1968.
- Blair, R.D., Finci, J.: The Individual Coercion Doctrine and Tying Arrangements: An Economic Analysis, in: Florida State University Law Review 10 (1983), 531 ff.
- Bohling, W.F.: A Simplified Rule of Reason for Vertical Restraints: Integrating Social Goals, Economic Analysis, and Sylvania, in: Iowa Law Review 64 (1979), 460 ff.
- Bork, R.H.: The Rule of Reason and the *Per Se* Concept: Price Fixing and Market Division, II, in: Yale Law Journal 75 (1966), 377 ff.

- ders.: *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, New York 1978.
- ders.: *Vertical Restraints: Schwinn Overruled*, in: *Supreme Court Review* 171 (1981), 18 ff.
- Boyle, S.E.: *Restructuring the Automobile Industry: „Exclusive Dealing“ as an Unfair Method of Competition Under the FTC Act*, in: *Antitrust Law and Economics Review* 1970, 19 ff.
- Brault, D.: *Les contrats de distribution – Avec ou sans exclusivité*, *Journée d'Etude*, 14. mai 1979, in: *Gazette du Paris* 2 (1979), 647 ff.
- ders.: *Bilan d'activité de la commission de la concurrence*, in: *Revue de Jurisprudence Commerciale. Numéro spécial, Actualité du droit français de la concurrence* 1980, 19 ff.
- Brüggemeier, G.: *Produzentenhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB*, in: *WPM* 1982, 1294 ff.
- ders.: *Die vertragsrechtliche Haftung für fehlerhafte Produkte und der deliktsrechtliche Eigentumsschutz nach § 823 Abs. 1 BGB*, in: *VersR* 1983, 501 ff.
- Brühl, R.: *Das kartellrechtliche Preis- und Konditionenbindungsverbot*, Berlin 1982.
- von Brunn, J.H.: *Wettbewerbsprobleme der Automobilindustrie*, Köln-Berlin-Bonn-München 1979.
- Budczies, M.: *Der Automobilvertrags Händler in Deutschland, den USA und Frankreich. Eine rechtsvergleichende Studie*, Diss. jur. Köln 1959.
- Buchanan, J.M.: *In Defense of Caveat Emptor*, in: *University of Chicago Law Review* 38 (1970), 64 ff.
- Buhagiar, T.: *Doit-on créer un statut légal des concessionnaires de vente exclusive?* in: *La Semaine Juridique, Comm. et Ind.* (1, 11636) 1975, 45 ff.
- ders.: *L'avenir des contrats de concession de vente exclusive*, in: *La Semaine Juridique, Comm. et Ind.* (1, 12138) 1976, 373 ff.
- ders.: *Reflexions sur la jurisprudence en matière de contrats de concession de vente exclusive*, in: *La Semaine Juridique, Comm. et Ind.* (1, 12612) 1978, 37 ff.
- ders.: *La concession exclusive dans la branche automobile*, in: *La Semaine Juridique* (II, 13438) 1980, 677 ff., 684 ff.
- Buijs, C.: *Annotation zum AEG-Urteil des EuGH, C.M.L.R. 21 (1984)*, 567 ff.
- Bulletin der Europäischen Gemeinschaften: *Die europäische Automobilindustrie, Stellungnahme der Kommission*, Beilage 2/81.
- Bunte, H.-J.: *Das Urteil des BGH zur Gestaltung von Automobilvertrags Händlerveträgen*, in: *NJW* 1985, 620 ff.
- Burst, J.J., Kovar, R.: *La distribution sélective et le droit communautaire de la concurrence*, in: *Revue trimestrielle de droit commercial* 1978, 549 ff.
- Bussmann, K.: *Warenzeichen, Originalersatzteile und Ausschließlichkeitsverträge*, in: *WuW* 1953, 131 ff.
- Butler, H.N., Baysinger, B.D.: *Vertical Restraints of Trade as Contractual Integration: A Synthesis of Relational Contractions Theory, Transaction-Cost Economics, and Organization Theory*, in: *Emory Law Journal* 32 (1983), 1009 ff.

- Carreau, D.: Droit communautaire et droits nationaux: concurrence ou primauté
– La contribution de l'arrêt Simmenthal, in: Revue trimestrielle de droit européen 1978, 15 ff.
- Carstensen, P.C.: Vertical Restraints and the *Schwinn* Doctrine: Rules for the Creation and Dissipation of Economic Power, in: Case Western University Law Review 26 (1976), 771 ff.
- ders.: Annual Survey of Antitrust Developments: 1976–1977, in: Washington and Lee Law Review 35 (1978), 1 ff.
- Champaud, C.: La concession commerciale, in: Revue trimestrielle de droit commercial 1963, 451 ff.
- Chard, J.S.: The economics of exclusive distributorship arrangements with special reference to E.E.C. competition policy, in: Antitrust Bulletin 1980, 405 ff.
- ders.: The Economics of the Application of Article 85 in Selective Distribution Systems, in: European Law Review 7 (1982), 83 ff.
- Chitty, J., Contracts, Bd II: Specific Contracts, 25. Aufl., London 1983.
- Comanor, W.S.: Vertical Territorial and Customer Restrictions: White Motor and its Aftermath, in: Harvard Law Review 81 (1968), 1419 ff.
- Comment: A New Approach to the Legality of Franchising Tie-ins, in: Pennsylvania Law Review 129 (1981), 1267 ff.
- Conrad, K.: Advertising, Quality and Informationally Consistent Prices, in: ZgS 138 (1982), 680 ff.
- de Corail, J.L.: Les droits de la défense et la commission de la concurrence, in: Revue de Jurisprudence commerciale. Numéro spécial, Actualité du droit français de la concurrence 1980, 25 ff.
- Craswell, R.: Tying Requirements in Competitive Markets: The Consumer Protection Issues, in: Boston University Law Review 62 (1982), 661 ff.
- Creutzig, J.: Rabattgesetz und Autokauf – Ein Überblick über die Rechtsprechung, in: DB 1984, 171 ff.
- Dardis, R., Gieser, N.: Price and Quality of Durable Goods: Are They More Closely Related in the Seventies than in the Sixties, in: ZVP/JCP 4 (1980), 238 ff.
- Davidow, J.: The Draft Regulation from the Point of View of an American Lawyer, in: Bulletin of the International Institute for Commercial Competition (Special Number: Symposium of the 20th May 1983), Brüssel 1984, 39 ff.
- Deringer, A.: Ungelöste Fragen der Preisbildung im Gemeinsamen Markt, in: FS Robert Fischer, Berlin, 1979.
- Deutsche Automobil-Treuhand: DAT-Kundendienst-Report 1981/82. Die Kundendienstgewohnheiten der deutschen Autofahrer, Stuttgart 1982.
- Deutscher Kraftfahrzeug-Überwachungs-Verein e.V.: Entwicklung der Reparaturkosten unfallbeschädigter PKW, in: DEKRA-Fachschriften-Reihe 17 (1982).

- Diller, H.: Der Preis als Qualitätsindikator, in: Die Betriebswirtschaft 37 (1977), 219 ff.
- Dunnet, P.J.S.: The Decline of the British Motor Industry, London 1980.
- Druesme, G.: Le conseil constitutionnel et le droit communautaire – A propos de la décision du 15 janvier 1975, in: Revue du Marché commun 1975, 285 ff.
- ders.: La primauté du droit communautaire sur le droit interne – L'arrêt de la Cour de Cassation du 24 mai 1975 (Dir. gén. des douanes c. Soc. des cafés Jacques Vabre et Sarl J. Weigel), in: Revue du Marché commun 1975, 378 ff.
- Durand, P.: Réflexions sur la concession automobile, in: La Semaine Juridique (II, 13785) 1982, 273 ff.
- Easterbrook, F.H.: Vertical Arrangements and the Rule of Reason, in: Antitrust Law Journal 53 (1984), 135 ff.
- Ebel, H.-R.: Wirtschaftsrechtliche Rahmenbedingungen für mittelständische Unternehmen in der Kfz-Branche, in: VKG Nachrichten 6 (1982), 34 f.
- Ebenroth, C.-Th.: Absatzmittlungsverträge im Spannungsverhältnis von Kartell- und Zivilrecht, Konstanz 1980.
- Ehlermann, C.-D., Die Rolle des Rechts und der Juristen in der Europäischen Gemeinschaft, in: Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Diskussions-Papier 7/1983 (Eröffnungsveranstaltung des ZERP am 21./22.4.1983), 45 ff.
- Eichler, H.H., Meyerhöfer, W., Singer, E.: Der Absatzmarkt des Kraftfahrzeug-Ersatzteile- und Zubehör-Großhandels in der Bundesrepublik Deutschland, Schriftenreihe des VKG 13, Ratingen 1978.
- Emmerich, V.: Kartellrecht, 3. Aufl., München 1979.
- Engelhardt: Qualitätspolitik, in: Tietz, B. (Hrsg.), Handbuch der Absatzwirtschaft, Stuttgart 1984, 1800 ff.
- Ferrier, D., Burst, J.-J.: Appartenance de la clientèle et clause de non concurrence – Face à Face, in: La Semaine Juridique, Cahiers de droit de l'entreprise 11 (1983).
- Fikentscher, W.: Wirtschaftsrecht, Bd. 1, Weltwirtschaftsrecht und Europäisches Wirtschaftsrecht, München 1983.
- Finkelstein, ..: Legislative and Judicial Regulation of Exclusive Distribution Agreements in France, in: International Lawyer 539 ff.
- Firgau, W.: Wenn im Auto-Puzzle etwas fehlt, in: ADAC motorwelt 7 (1984), 34 ff.
- Fischötter, W.: Selektiver Vertrieb, in: IX. Internationales EG-Kartellrechts-Forum, München 1982, 139 ff.
- Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb: Neue Entwicklungen des Antitrustrechts zu vertikalen Beschränkungen (FIW-Dokumentation, Heft 5), Köln-Berlin-Bonn-München 1984.
- Frank, J.: Markt versus Staat. Zur Kritik einer Chicago-Doktrin, in: Jb. f. Ökonomie und Gesellschaft, Bd. 1, Frankfurt (Main) 1983, 257 ff.
- Frigiani, A.: Das 'Selektive Vertriebssystem' in der EWG: Eine falsch ausgelegte und schlecht gelöste Frage, in: WuW 1978, 365 ff.

- ders.: Zur Behandlung der Ersatzteile im Entwurf einer Freistellungsverordnung der EG über den Vertrieb von Kraftfahrzeugen, GRUR Int. 1984, 19 ff.
- v. Gamm, O.-F.: Kartellrecht: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zur Art. 85, 86 EWGV, Köln 1979.
- ders.: Das Verbot einer unbilligen Behinderung und einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung, in: NJW 1980, 2489 ff.
- Geck, H.-M., Petry, G.: Nachfragemacht gegenüber Zulieferern, Köln-Berlin-Bonn-München 1983.
- Genth, M.: Qualität und Automobile, Frankfurt a.M.-Bern 1981.
- Gerhart, P.M., The „Competitive Advantages“ Explanation for Intra-brand Restraints: An Antitrust Analysis, in: Duke Law Journal 1981, 417 ff.
- Gijlstra, D.J. (Hrsg.): Competition Law in Western Europe and the U.S.A., Band B, Deventer 1977.
- Gleiss, A., Hirsch, M.: Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1978.
- Goldberg, V.P., The Law and Economics of Vertical Restrictions: A Relational Perspective, in: Texas Law Review 58 (1979), 91 ff.
- Goroncy, J.: Integrierte Qualitätssicherung bei Bosch, in: Autohaus 1982, 508 ff.
- Gotthold, J.: Neuere Entwicklungen der Wettbewerbstheorie, in: ZHR 145 (1981), 286 ff.
- Graupner, R.: Alleinvertriebsverträge im englischen Recht und rechtsvergleichende Probleme, in: AWD 1970, 49 ff.
- von der Groeben, H., Boeckh, H., Thiesing, J.: Handbuch des europäischen Rechts, 6. Aufl., Baden-Baden 1983.
- Grossekettler, H.: Ist die neoklassische Theorie wirklich nur l'art pour l'art, in: Jahrbuch für Sozialwissenschaft 1977, 1.
- ders.: Der Fall „Deutsche SB-Kauf kontra adidas“, WRP 1978, 619 ff.
- ders.: Die gesamtwirtschaftliche Problematik vertraglicher Vertriebssysteme, in: Ahlert, D. (Hrsg.), Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, Wiesbaden 1981, 255 ff.
- ders.: Die volkswirtschaftliche Problematik von Vertriebskooperationen. Zur wettbewerbspolitischen Beurteilung von Vertriebsbindungs-, Alleinvertriebs-, Vertragshändler- und Franchise-Systemen, in: ZfgG 28 (1978), 325 ff.
- Guyenot, J.: Etude juridique et économique des Conventions d'exclusivité de vente, in: Droit social 1965, 1 ff., 78 ff.
- ders.: Les contrats de concession commerciale. Droit français et communautaire de la concurrence, Paris 1968.
- ders.: La franchise commerciale – Etude comparée des systèmes de distribution interentreprises constitutifs de groupements de concessionnaires, in: Revue trimestrielle du droit commercial 1973, 161 ff.
- Hagenauer, L.: Die Bedeutung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für die Absatzorganisation der Automobilindustrie, Diss. jur. Mainz 1963.

- Hart, D., Joerges, Ch., Verbraucherrecht und Marktökonomik: Eine Kritik ordnungstheoretischer Eingrenzungen der Verbraucherpolitik, in: Assmann, H.-D., Brüggemeier, G., Hart, D., Joerges, Ch., Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Königstein 1980, 83 ff.
- Hart, D., Silberer, G., Werbung mit Testergebnissen der Stiftung Warentest, in: GRUR 1983, 691 ff.
- Hauser, H.: Qualitätsinformationen und Marktstrukturen, in: Kyklos 32 (1979), 739 ff.
- Havenkamp, H.: Tying Arrangements and Class Actions, in: Vanderbilt Law Review 36 (1983), 213 ff.
- Heidrich, H.: Konsumentenwissen und Wettbewerb. Die Marktprozesse bei dauerhaften Konsumgütern am Beispiel neuer und gebrauchter Personenkraftwagen, Freiburg 1981.
- Heidsiek, G.: La notion de concurrence déloyale dans le droit de la promotion des ventes, in: La Semaine Juridique, Cahiers de droit de l'entreprise 11 (1983).
- Hitzler, G., Einstweilige Anordnungen der EG-Kommission in Verfahren nach Art. 85 und 86 EWG-Vertrag nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, in: WuW 1985, 189 ff.
- Hogsen, K.: Strategy for revival as seen through the eyes of a component supplier, in: The Economist Intelligence Unit/Kearney Conference Proceedings, The Automotive Industry of the 1982s: Strategy for Revival, London 1983, 22 ff.
- Hofer, K.: Bei Daimler Benz ist man der Meinung: Ersatzteilversorgung ist mehr als Teileverkauf, in: Autohaus 1981, 24 ff.
- Hoppmann, E.: Behinderungsmissbrauch, Tübingen 1980.
- ders.: Wettbewerb und Werbung, WuW 1983, 776 ff.
- Howe, M.: The Competition Act: Early Case Law, European Competition Law Review 1982, 331 ff.
- Hutzel, J.W.: Große und kleine Zulieferer – Eine Untersuchung zur Nachfragemacht industrieller Abnehmer, Tübingen 1981.
- Immenga, U.: Selektive Vertriebssysteme im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Immenga, U., Markert, K., Schaper, H., Wichmann, W., Selektiver Vertrieb und SB-Warenhäuser, Frankfurt 1982, 57 ff.
- ders., Mestmäcker, E.-J.: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981.
- Institut für Technische Betriebsführung im Handwerk: Reparatur- und Wartungsverhalten der deutschen Autofahrer, Schorndorf 1977.
- Interessengemeinschaft der Werksvertreter: Automobilhersteller wollen ihr Teilegeschäft durch wettbewerbshindernde und leistungsfremde Maßnahmen absichern, in: Autohaus 1978, 522 ff.
- Jagusch, H.: Straßenverkehrsrecht, 25. Aufl., München 1980.
- Joerges, Ch.: Verbraucherschutz als Rechtsproblem, Heidelberg 1981.

- ders.: Qualitätsregulierung auf Konsumgütermärkten: Theoretische Konzepte und praktische Beispiele, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Diskussions-Papier 6/1983.
- ders.: Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrechts, in: AG 1983, 57 ff.
- ders.: Selektiver Vertrieb und Wettbewerbspolitik: Eine konzeptionelle Analyse der Entscheidungspraxis von Kommission und Gerichtshof zu Art. 85 EG-Vertrag, Teil I, in: GRUR Int. 1984, 222 ff., Teil II, in: GRUR Int. 1984, 279 ff.
- ders.: The Administration of Art. 85 (3) EEC Treaty: The Need for Consultation and Information in the Legal Assessment of Selective Distribution Systems, Journal of Consumer Policy 7 (1984), 271 ff.
- ders.: Selective distribution schemes in the motor-car sector: European Competition policy, consumer interests and the draft regulation on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of motor-vehicle and servicing agreements, in: Goyens, M. (Hrsg.), E.C. competition policy and the consumer interest, Louvain-la-Neuve-Bruxelles 1985, 187 ff.
- ders.: Vertragsgerechtigkeit und Wettbewerbsschutz in den Beziehungen zwischen Automobilherstellern und -händlern: Über die Aufgaben richterlicher Rechtspolitik in „Relationierungsverträgen“, in: FS für Rudolf Wassermann, Darmstadt-Neuwied 1985, 697 ff.
- ders.: Relational Contract Theory in a Comparative Perspective: Tensions between Contract and Antitrust Law Principles in the Assessment of Contractual Relations between Automobile Manufacturers and their Dealers in Germany, in: Wisconsin Law Review 1985 (im Erscheinen).
- Jones, L.: Supply Strategy for the Aftermarket, in: The Economist Intelligence Unit, Kearney Conference Proceedings, The Automotive Industry of the 1980s: Strategy for Revival, London 1983, 83 ff.
- Jordan, R., Selektive Vertriebssysteme des Kraftfahrzeugsektors im europäischen Kartellrecht, RIW 1982, 867 ff.
- Journée d'Etude 14. Mai 1979: Les Contrats de distribution Avec ou sans exclusivité?, in: Gazette du Palais 2 (1979), 647 ff.
- Kallfass, H.H.: Die Chicago-School – eine Skizze des 'neuen' amerikanischen Ansatzes für die Wettbewerbspolitik, WuW 1980, 596 ff.
- Kantzenbach, E., Kallfass, H.H.: Das Konzept des funktionsfähigen Wettbewerbs – workable competition, in: Cox, H., Jens, U., Markert, K. (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbs, München 1981, 103 ff.
- Kapp, Th.: Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Vertriebsbindungen – Eine Studie zu § 18 GWB unter Berücksichtigung der neueren Entwicklung im US-Antitrustrecht, Baden-Baden 1984.
- Keßler, J.: Der Agenturvertrieb im Lichte des Verbots vertikaler Preisbindung – Zu den wettbewerbsrechtlichen Grenzen handelsrechtlicher Organisationsprinzipien, in: WRP 1984, 124 ff.
- Kirchner, Ch.: „Ökonomische Analyse des Rechts“ und Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (Antitrust Law and Economics), in: ZHR 144 (1980), 563 ff.

- Klein, B.: Transaction Cost Interminants of „Unfair“ Contractual Arrangements, in: *Americal Economic Review* (AEA Proceedings) 70 (1980), 356 ff.
- ders., Crawford, R.C., Alchian, A.A.: Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process, in: *Journal of Law and Economics* 21 (1978), 297 ff.
- Knibb, B.: OE Supplier Prospects in Western Europe During the 1980s, in: *The Economist Intelligence Unit, Kearney Conference Proceedings, The Automobile Industry of the 1980s: Strategy for Revival*, London 1983.
- Knöchel, D.: Preiszusammenhang und Marktsplaltung zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Diss. rer. pol. Köln 1980.
- Köhler, H.: Individualwettbewerb und Gruppenwettbewerb, in: *ZHR* 146 (1982), 580 ff.
- Kon, S.: Article 85, para 3: A case for Application by National Courts, in: *C.M.L.R.* 19 (1982), 541 ff.
- Korah, V.: „Goodbye“, Red Label: condemnation of dual pricing by Distillers, in: *European Law Review* 3 (1978), 62 ff.
- dies.: Comfort Letters – Reflections on the Perfume Cases, in: *European Law Review* 6 (1981), 14 ff.
- dies.: The Competition Act 1980: Narrow Interpretation by the Office of Fair Trading of its Function, in: *Law Society's Gazette* 78 (1981), 745 ff.
- dies.: Competition Law of Britain and the Common Market, 3. Aufl., Den Haag 1982.
- dies.: An Industry at Bay: A Study of Legal Threats to the U.K. Car Market, London 1982 (unveröffentlicht).
- dies.: Group Exemptions for Exclusive Distribution and Purchasing in the EC, in: *Common Market Law Review* 21 (1984), 53 ff.
- Krasser, R.: Die Beurteilung von Parallelimporten nach französischem Marken- und Wettbewerbsrecht, in: *GRUR Int.* 1971, 256 ff.
- Kuhlmann, E.: Effizienz und Risiko der Konsumentenentscheidung, Stuttgart 1978.
- Kurz, R., Rall, L.: Behinderungsmissbrauch: Probleme eine ordnungskonformen Konkretisierung, Tübingen 1983.
- Laleike, K.: Struktur und Wettbewerbsprobleme der Kraftfahrzeug-Teile-Wirtschaft, Diss. rer. pol. Aachen 1965.
- von Lampe, H.: Preiswettbewerb beim Neuwagenkauf, in: *DAR* 1984, 103 ff.
- Lande, R.H.: Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged, in: *Hastings Law Journal* 34 (1982), 67 ff.
- Langen, E.: Kommentar zum Kartellgesetz, begr. von E. Langen. Fortgeführt von E. Niederleithinger, 6. Aufl., Neuwied-Darmstadt 1982.
- Langer, J.: Reform des Alleinvertriebsrechts in Frankreich, in: *AWD* 1974, 450 ff.
- Lebel, C.: *Pratiques Restrictives de Concurrence en Droit Français Economica*, Paris 1981.
- Leduc, Ph.: Les contrats de distribution exclusives, in: *Les Contrats de Distribution – Avec ou sans Exclusivité, Journée d'Etude*, 14. Mai 1979, in: *Gazette du Palais* 2 (1979), 647 ff.

- Levmore, S.: Rescuing Some Antitrust Law: An Essay on Vertical Restrictions and Consumer Information, in: Iowa Law Review 67 (1982), 981 ff.
- Liebeler, W.L.: Intrabrand „Cartels“ under *GTE Sylvania*, in: University of California of Law Angeles Law Review 30 (1982), 1 ff.
- Locksley, G.: Pricing strategy of car manufacturers in the U.K. compared with some other EEC Member States. Commission of the European Communities, Evolution of Concentration and Competition Series: Collection: „Working Papers“, Nr. 66 (IV 1427/83 – EN), Brüssel 1983.
- Loussouarn, Bredin: La réglementation des ententes: le recul du contrôle judiciaire, D. 1963, Chron. 33.
- Louis, M.B.: Vertical Distribution Restraints After *Sylvania*: A Postscript and Comment, in: Michigan Law Review 76 (1977), 265 ff.
- Macaulay, S.: Law and the Balance of Power. The Automobile Manufacturers and their Dealers, New York 1966.
- Macneil, I.R.: Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neo-Classical, and Relational Contract Law, in: North Western University Law Review 72 (1978), 854 ff.
- Marfels, Ch.: Concentration, Competition, and Competitiveness in the Automobile Industries and in the Automobile Components Industries of the European Community, in: Commission of the European Communities, Evolution of Concentration and Competition Series: Collection: „Working Papers“, Nr. 57 (IV/645/82–EN), Brüssel 1982.
- Markert, K.: Frankreich: Absoluter Gebietsschutz für Alleinvertriebsverträge durch die Gerichte, in: BB 1965, 130 ff.
- ders.: Die Wettbewerbsbehinderung im GWB nach der vierten Kartellnovelle, Heidelberg 1982.
- Markovits, R.S.: Monopolistic Competition, Second Best, and The Antitrust Paradox: A Review Article, in: Michigan Law Review 77 (1978/79), 567 ff.
- Marvel, H.P.: Exclusive Dealing, in: Journal of Law and Economics 25 (1982), 1 ff.
- Mathé, M.-C.: Der selektive Vertrieb nach europäischem Wettbewerbsrecht am Beispiel der Automobilbranche, RabelsZ 48 (1984), 721 ff.
- Maurus, J. (Président de la FEDA), in der Pressekonferenz v. 8. November 1979, abgedruckt in: Le Distributeur Automobile No. 29, März 1980, 11 ff.
- Maymon-Goutaloy, M.: Contre une intervention législative en matière de concession commerciale, in: Revue trimestrielle de droit commercial 1982, 519 ff.
- Mestmäcker, E.-J.: Ausschließlichkeitsverträge, Koppelungsverträge und offene Märkte, in: JZ 1954, 621 ff.
- ders.: Europäischen Wettbewerbsrecht, München 1974.
- ders.: Vereinbarkeit von Preisregelungen auf dem Arzneimittelmarkt mit dem Recht der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Baden-Baden 1979.
- Meyerhöfer, W., Geml, R., Würl, D.: Der Markt für Kraftfahrzeug-Ersatzteile und -Zubehör unter besonderer Berücksichtigung der Großhandelsstufe, München 1971.

- ders.: Der Nachrüstmarkt für Kraftfahrzeug-Ersatzteile in den USA, in: ifo-Schnelldienst 1980/27, 21 ff.
- ders.: Der Markt für Kraftfahrzeug-Ersatzteile, in: ifo-Schnelldienst 1982/1-2, 19 ff.
- Mezger, E.: Das Verbot von vertikalen Bindungen, Diskriminierungen und Lieferverweigerungen und seine Wirkung auf Exklusivverträge in Frankreich, in: AWD 1962, 216 ff.
- ders.: Frankreich: Zum Verbot der Lieferverweigerung der Alleinvertriebsverträge und zur Auslegung des EWG-Vertrages, in: AWD 1964, 361 ff.
- ders.: Entwicklung der französischen Rechtsprechung über vertikale Bindungen im Jahre 1965, in: AWD 1966, 158 ff.
- Micklitz, H.-W.: Der Reparaturvertrag, München 1984.
- Möhring, Ph.: Ersatzteile- und Zubehörhandel durch die Automobilindustrie, in: WuW 1953, 537 ff.
- Möschel, W.: Die rechtliche Behandlung der Paralleleinfuhr von Markenwaren innerhalb der EWG, Bad-Homburg-Berlin-Zürich 1968.
- ders.: Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1974.
- ders.: Umsatzbonussysteme und der Mißbrauch marktbeherrschender Stellungen, in: Marketing. Zeitschrift für Forschung und Praxis, 1981, 225 ff.
- ders.: Zur wettbewerbstheoretischen Begründung von Ausnahmereichen, in: Ordo 32 (1981), 85 ff.
- ders.: Antitrust and Economic Analysis of Law, ZgS 140 (1984), 156 ff.
- Monopolkommission: Sondergutachten 7. Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Baden-Baden 1977.
- Mousseron, J.M.: 30 ans après - Interventions publiques et structures de la distribution, in: La Semaine Juridique, Cahiers de Droit de l'Entreprise 1983, 9 ff.
- ders., Burst, J.-J., Chollet, N., Lavabre, Ch., Leloup, J.M., Seube, A.: Droit de la distribution, Paris 1975.
- Müller, H., Scholz, U., Schreven, B.: Einkaufsbedingungen auf dem Prüfstand, Band 1: Automobil-Industrie, Köln 1979.
- Nelson, Ph.: Information and Consumer Behaviour, in: Journal of Political Economy 78 (1970), 311 ff.
- Neumann, C.W.: Historische Entwicklung und heutiger Stand der Wettbewerbstheorie, Königstein 1982.
- ders.: Allgemeine Wettbewerbstheorie und Preismißbrauchsaufsicht, Neuwied-Darmstadt 1983.
- ders.: Vertical restraints under E.C. competition Law: a general study, in: Goyens, M. (Hrsg.), E.C. competition law and the consumer interest, Louvain-la-Neuve-Bruxelles 1985, 161 ff.
- O'Brian, D.P.: Competition policy in Britain: the silent revolution, in: The Anti-trust Bulletin 1982, 217 ff.

- Ohr, P.F.: Die Konzeption der französischen Kartellkontrolle in der „Rechtsprechung“ der technischen Kartellkommission, Diss, jur. Mannheim 1972.
- Ostermann, Ch. E., Heckelmann, H.: Zur rechtlichen und tatsächlichen Problematik der Normalpreisbildung und Rabattgewährung im Kfz-Handel, in: WRP 1985, 126 ff.
- Overstreet jr., Th. R.: Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence (Bureau of Economics Staff Report to the Federal Trade Commission), Washington, D.C. 1983.
- Panzer, S.: Der Markt für Pkw-Wartungs- und Reparaturleistungen in der Bundesrepublik Deutschland, Ottobrunn 1981.
- Pawilowski, Th.: Selektive Vertriebssysteme – Grenzen und Möglichkeiten einer Freistellung nach Artikel 85 Absatz 3 EWGV, Frankfurt-Bern-New York 1983.
- Pigassou, P.: La Distribution Intégrée, in: Revue trimestrielle de droit commercial 1980, 473 ff.
- Piriou, M.P.: La distribution sélective et les règles communautaires de concurrence, in: Revue trimestrielle de droit européen 1978, 602 ff. (= Selektiver Vertrieb und die Wettbewerbsregeln der Europäischen Gemeinschaft, in: GRUR Int. 1980, I: 321 ff., II: 408 ff.).
- Pitofsky, R.: The *Sylvania* Case: Antitrust Analysis of Non-Price Vertical Restrictions, in: Columbia Law Review 78 (1978), 1 ff.
- ders.: The Political Content of Antitrust, in: University of Pennsylvania Law Review 127 (1979), 1051 ff.
- ders.: In Defense of Discounters: The No-Frills Care for a *Per Se* Rule against Vertical Price Fixing, in: Georgetown Law Journal 71 (1983), 1487 ff.
- Plaisant, R., Daverat, G.: La distribution des pièces détachées pour automobiles et les lois contre les pratiques restrictives, in: Revue trimestrielle de droit commerciale et de droit économique 1983, 147 ff.
- Pollmüller, H.-D.: Vertriebssysteme in der Unterhaltungselektronik – dargestellt am Beispiel der Firma Saba, in: Ahlert, D. (Hrsg.), Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, München 1981, 317 ff.
- Posner, R.A.: Antitrust Law. An Economic Prospective, Chicago-London 1976.
- ders.: The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the *Sylvania* Decision, in: University of Chicago Law Review 45 (1977), 1 ff.
- ders.: The Chicago School of Antitrust Analysis, in: University of Pennsylvania Law Review 127 (1979), 925 ff.
- ders.: The Next Step in the Antitrust Treatment of Restricted Distribution: *Per Se* Legality, in: University of Chicago Law Review (1981), 6 ff.
- Preuske, D.: Preismißbrauchskonzepte und Marktsystem, Baden-Baden 1984.
- Price Commission: Prices, Costs and Margins in the Manufacture and Distribution of Car Parts, Report by the Price Commission under Section 11 of the Price Commission Act 1977, HC 220, London 1979.
- Pütz, D.W.: Das selektive Vertriebssystem darf keine Falle sein, in: Autohaus 1981, 20 ff.

- Raffée, H., Fritz, W.: Informationsüberlastung des Konsumenten, in: Hayos, C., Kroeber-Riel, W., von Rosenstiel, L., Stümpel, B. (Hrsg.), *Grundbegriffe der Wirtschaftspsychologie*, München 1960, 83 ff.
- Reich, N.: Neue Tendenzen des kartellrechtlichen Verbraucherschutzes in der BRD, in: *ZVP* 1 (1977), 227 ff.
- ders.: Preisempfehlungen und Preisbindungsverbot, in: Cox, H., Jens, U., Markert, K., *Handbuch des Wettbewerbs*, München 1981, 369 ff.
- ders.: La promotion des intérêts diffus par la Communauté Economique Européenne (Intégration européenne et intérêts économiques des consommateurs): ZERP-Diskussions-Papier 1985/3.
- Reinhart, G.: Die kartellrechtliche Behandlung vertikaler Verträge nach Art. 85 EWG-Vertrag, in: *AWD* 1974, 187 ff.
- Rideau, J., Gerbert, P., Torelli, M., Chevallier, R.-M. (Hrsg.): *La France et les Communautés Européennes*, Paris 1975.
- Riehle, G.: Britische Monopolkommission: Monopolisierungstendenzen am Markt für Kraftfahrzeug-Ersatzteile, in: *VKG-Nachrichten* (1982/5), S. 41 ff.
- v. Rodde, W.: Die Händler-Werk-Beziehung aus aktueller Sicht: Partnerschaft im Verdrängungswettbewerb, in: *Autohaus* 1981, 2670 ff.
- de Roux, X., Voillemot, D., Vassogne, T.: *Le droit français de la concurrence*, Paris 1975.
- de Roux, X., Voillemenot, D.: *Le droit français de la concurrence et de la consommation*, Paris 1979.
- Sandrock, O.: Vertikale Konzentration im US-amerikanischen Antitrustrecht unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbspolitik der Reagan-Administration, Heidelberg 1984.
- Secretary of State for Prices and Consumer Protection, *A Review of Restrictive Trade Practices Policy. A Consultative Document, Command Paper 7512*, London 1979.
- Seidler, E.: Die große Herausforderung — Renault 1981.
- Sélinsky, V.: Les étrennes de la Commission de la concurrence: 2.170.000 F D'amendes pour entrave à l'évolution des structures de distribution (à propos de deux avis publiés le 31 décembre 1982), in: *La Semaine Juridique, Cahiers de droit de l'entreprise* 11 (1983).
- dies.: La distribution sélective des produits de marque et la commission de la concurrence, *Cahiers de droit de l'entreprise* 1984, 175 ff.
- dies.: La Commission de la Concurrence: Bilan provisoire des travaux, in: *La Semaine juridique Cahiers de droit de l'entreprise* 10, 1985, 107 ff.
- dies.: Actualités de droit interne de la distribution sélective, zur Veröffentlichung vorgesehen im *Cahiers de droit de l'entreprise* 1985.
- Sennewald: *Kartelle und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in Frankreich*, Karlsruhe 1964.
- Sharpe, Th.: Refusal to Supply, in: *Law Quarterly Review* 99 (1983), 36 ff.
- Siragusa, M.: The competence of the Commission to adopt a sectoral exemption regulation, in: *Bulletin de l'Institut International de Concurrence Commerciale, Numéro Special: Colloque du 20 Mai 1983*, Brüssel 1984, 55 ff.
- Smith, P., Swann, D.: *Protecting the Consumer. An Economic and Legal Analysis*, Oxford 1979.

- Smith II, R.L.: Franchise Regulation: Economic Analysis of State Restrictions on Automobile Distribution, in: *Journal of Law and Economics* 25 (1982), 125 ff.
- Sölter, A.: Bezugsbindungen in vertikalen Kooperationssystemen – 'VW-Original-Ersatzteile' als Beispiel –, Düsseldorf 1980.
- Spary, P. (Hrsg.): Wettbewerbspolitisches Kolloquium '82. Mehr Chancengleichheit im Wettbewerb zwischen Industrie und Handel', Bonn 1983.
- Sullivan, L.A.: Economics and more Humanistic Disciplines: What are the Sources of Wisdom for Antitrust, in: *University of Pennsylvania Law Review* 125 (1977), 1213 ff.
- ders.: *Handbook of the Law of Antitrust*, St. Paul, Minn. 1977.
- ders.: Antitrust, Microeconomics, and Politics: Reflections on Some Recent Relationships, in: *California Law Review* 68 (1980), 1 ff.
- Schapira, J.: La décision Grundig-Consten, in: *Journal du droit international* (1965), 67 ff.
- Schenk, H.-O.: *Der Preisvergleich*, Stuttgart 1981.
- Schellhaaß, H.N., Stumpf, U.: Price Regulation in the European Pharmaceutical Industry: Benefits and Costs in: Finsinger, J. (Hrsg.), *Economic Analysis of Regulated Markets*, London-Basingstoke 1983, 151 ff.
- Scherer, F.M.: *Industrial market structure and economic performance*, 2. Aufl., Chicago 1980.
- ders.: The Posnerian Harvest: Separating Wheat from Chaff, in: *Yale Law Journal* 86 (1977), 974 ff.
- ders.: The Economics of Vertical Integration, in: *Antitrust Law Journal* 52 (1983), 687 ff.
- Scherhorn, G.: Über die Bedeutung des Verbraucherverhaltens für die Funktionsfähigkeit des Marktes, in: *ZVP/JCP* 1 (1979), 20 ff.
- Scheuermann, F.S.: Common Market at Uncommon Prices? Reflections on the Kodak Decision and Price-Discrimination under Article 85 of the Rome Treaty, in: *Journal of World Trade Law* 5 (1971), 533 ff.
- Schlieder, W.Ch.: Vertriebsbindungen im Gemeinsamen Markt, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts 1979/80*, Köln-Berlin-Bonn-München 1981, 21 ff.
- Schmidt, I.: *US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht*, Berlin 1973.
- Schmidtchen, D.: Methodologische und systemtheoretische Grundlagen der Wettbewerbspolitik, in: *Wirtschaftsdienst* 1978, 467 ff.
- ders.: *Wettbewerbspolitik als Aufgabe*, Baden-Baden 1978.
- Schneider, S.P.: Comment: A Functional Rule-of-Reason Analysis for Resale Price Maintenance and its Application to *Spray-Rite v. Monsanto*, in: *Wisconsin Law Review* 1984, 1205 ff.
- Schricker, G.: Bemerkungen zum Rechtsschutz selektiver Vertriebsbindungen, in: *GRUR* 1976, 528 ff.
- Schröter, H.: Schwerpunkte der Verwaltungspraxis und der Rechtsprechung zum EG-Kartellrecht 1980/81, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts 1980/81*, Köln-Berlin-Bonn-München 1982, 67 ff.

- Schüler, A.-W.: Das französische Wirtschaftsrecht nach der Ordonnance No. 45–1484, Diss. jur. Köln 1965.
- Schüller, A.: Vermachtungserscheinungen im tertiären Sektor, in: *Ordo* 19 (1968), 171 ff.
- Schulz, R.: Gestaltung logistischer Schnittstellen aus der Sicht eines Unternehmens der Automobilindustrie, in: *Zeitschrift für Logistik* 1983, 77 ff.
- Schwanke, H.: Gebietsausschließlichkeiten im Vertrieb und Art. 85 EWG-Vertrag sowie ihre Behandlung nach französischem und deutschem Kartellrecht, Diss. jur. Münster 1969.
- Schwartz, M.: Vertikale Beschränkungen, in: *Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb, Neue Entwicklungen des Antitrustrechts zu vertikalen Beschränkungen*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1984, 15 ff.
- Staudt, E., Hinterwaller, H.: Von der Qualitätsprüfung zur Qualitätspolitik – Konzeption einer integralen unternehmerischen Qualitätspolitik, in: *ZfBW* 1982, 1000 ff.
- Stauss, B.: *Verbraucherinteressen. Gegenstand, Legitimation und Organisation*, Stuttgart 1980.
- Steindorff, E.: Preisdifferenzierung im Gemeinsamen Markt, in: *IX. Internationales EG-Kartellrechts-Forum*, München 1980, 80 ff.
- ders.: Europäisches Kartellrecht vor staatlichen Gerichten 1971–1978. Zur Entwicklung des europäischen Kartellrechts, Teil III, in: *ZHR* 146 (1982), 140 ff.
- ders.: Article 85, Para 3: No case for application by national courts, in: *C.M.L.R.* 20 (1983), 125 ff.
- ders.: Politik im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: *Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Diskussions-Papier 7/1983* (Eröffnungsveranstaltung des ZERP am 21./22.4.1983), 35 ff.
- Stöver, K.H.: Systeme von Vertriebsverträgen im Gemeinsamen Markt, in: *Das Europa der zweiten Generation: Gedächtnisschrift für Christoph Sasse*, Baden-Baden 1981, 384 ff.
- ders.: Wichtige Regelungen der geplanten Kommission-Verordnung zu den Kraftfahrzeug-Vertriebsverträgen, in: *Autohaus* 1983, 1243 ff., 1340 ff.
- Stumpf, H.: *Der Vertragshändlervertrag*, 2. Aufl., Heidelberg 1979.
- Stuyck, J.: Product differentiation – the legal situation, Deventer 1983.
- Telser, L.G.: Why Should Manufacturers Want Fair Trade?, in: *Journal of Law and Economics* 3 (1960), 86 ff.
- Tessin, C.: Zur kartellrechtlichen Zulässigkeit von Bezugs- und Verwendungsbindungen für Kfz-Ersatzteile, in: *ZGR* 4 (1982), 634 ff.
- Théard, J.: Le statut légal du concessionnaire, in: *La Semaine Juridique, Comm. et Ind.* 1, 12536, 1977, 445 ff.
- Thiesing, J.: Die Abgrenzung des relevanten Marktes in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Art. 85 und 86 EWGV, in: *Festschrift für G. Hartmann*, Köln-Berlin-Bonn-München 1976, 355 ff.

- Tietz, B., Mathieu, G.: Das Kontrakt-Marketing als Kooperationsmodell, Köln-Berlin-Bonn-München 1979.
- Toeche-Mittler, K.: Das Verbandskartell als Instrument der Wirtschaftsplanung. Die Beteiligung der französischen Wirtschaftsverbände an der Planification kartellrechtlicher Konsequenzen, Frankfurt 1969.
- Tourneau, Ph.: Des contrats de distribution sans clause territoriale, in: *Revue de Jurisprudence commerciale* 1979, 121 ff., 161 ff.
- Trüstedt, W.: Original-Ersatzteile?, in: *GRUR* 1936, 85 ff.
- Turnball, G.: Opening Address, in: *The Economist Intelligence Unit, Kearney Conference Proceedings, The Automotive Industry of the 1980s: Strategy for Revival*, London 1983, 5 ff.
- Ugonis, M., Puifferrat, J.: Le système de distribution Japonais: un obstacle pour les exportateurs européens, in: *Revue du Marché commun* 1981, 73 ff.
- Ullrich, H.: Annotation zum Urteil des EuGH vom 20.02.1984, Rs. 228 und 229/82 in Sachen Ford of Europe, Inc. und Ford Werke AG, in: *Common Market Law Review* 21 (1984), 585 ff.
- Ulmer, E., Krasser, R.: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Band IV, Frankreich, München 1966.
- ders., Graf v. Westerholt, H.: Unlauterer Wettbewerb, Bd. VI, Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Nordirland, München 1981.
- Ulmer, P.: Die Stellung des Vertragshändlers im französischen Recht, Stuttgart 1968.
- ders.: Verbraucherpreisempfehlung und Rabattverbot – Zur Problematik faktischer Bindungswirkung von Preisempfehlungen für Kraftfahrzeuge aufgrund von Preisangabenverordnung und Rabattgesetz, in: *GRUR Int.* 1981, 611 ff.
- ders., Krasser: Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Band IV, Frankreich, München 1966.
- Verband der Deutschen Automobilindustrie: Qualitätskontrolle in der Automobilindustrie – Dokumentationspflichtige Teile bei Automobilherstellern und deren Zulieferern, Frankfurt 1973.
- Vilmart, C.: Contrats de distribution sélective, arrêts de la Cour de Cassation, affaire Duo, 3 novembre 1982, in: *La Semaine Juridique, Cahiers de Droit de l'Entreprise* 11 (1983), 16 ff.
- Waibel, E.: Warenzeichenrechtliche und wettbewerbsrechtliche Fragen des Ersatzteil-, Zubehör- und Reparaturgewerbes, Köln-Berlin-Bonn-München 1977.
- White, L.J.: Vertical restraints in antitrust law: a coherent model, in: *The Antitrust Bulletin* 1981, 327 ff.
- Wild, B.: Die Praxis der Organe der Europäischen Gemeinschaften zu Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, München 1982.
- Wilde, O.: Wettbewerbsverzerrungen und Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfragermacht, Freiburg 1979.

- Williamson, O.E.: Assessing Vertical Market Restrictions: Antitrust Ramifications of the Transaction Cost Approach, in: *University of Pennsylvania Law Review* 127 (1979), 953 ff.
- ders.: Transaction—Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, in: *Journal of Law and Economics* 22 (1979), 233 ff.
- ders.: Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange, in: *American Economic Review* 73 (1983), 519 ff.
- ders.: The Economics of Governance: Framework and Implications, in: *ZgS* 140 (1984), 195 ff.
- Wimmer, F.: *Das Qualitätsurteil des Konsumenten*, Bern-Frankfurt 1975.
- Winkel, K.: *Die Alleinvertriebsverträge im französischen, deutschen und europäischen Recht*, Diss. jur. Mainz 1968.
- Zepek, E.F., Stern, L.W., Dunfee, Th.W.: A Rule of Reason Decision Model After Sylvania, in: *California Law Review* 68 (1980), 13 ff.