ECONSTOR
Make Your Publications Visible.

A Service of

ZBW Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Kuhr, Theodor

Article — Digitized Version

Preisbindung der zweiten Hand und Preisschleudern bei Markenwaren in Deutschland und den USA: Ein Wirtschafts- und Rechtsvergleich

Wirtschaftsdienst

Suggested Citation: Kuhr, Theodor (1951) : Preisbindung der zweiten Hand und Preisschleudern bei Markenwaren in Deutschland und den USA: Ein Wirtschafts- und Rechtsvergleich, Wirtschaftsdienst, ISSN 0043-6275, Verlag Weltarchiv, Hamburg, Vol. 31, Iss. 6, pp. 27-35

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/131325

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

Preisbindung der zweiten Hand und Preisschleudern bei Markenwaren in Deutschland und den USA.

Ein Wirtschafts- und Rechtsvergleich [1])

Dr. Theodor Kuhr, Regensburg

Die in den deutschen „Gesetzentwürfen gegen Wettbewerbsbeschränkungen" vom 20. 10. 1950 und von Mitte Januar 1951 bezüglich der Preisbindung der zweiten Hand vorgesehene Regelung ist die der Anwendung einer sozusagen positiven Methode der Zulassung unter der Bedingung der öffentlichen Kontrolle, und zwar sowohl in Form der öffentlichen Kontrolle der Handelsspanne bei Markenwaren im Vergleich zur Handelsspanne bei nichtpreisgebundenen Waren gleicher Art (anonymer Surrogate) als auch in Form eines Verbotsvorbehaltes bei volkswirtschaftlich unerwünschter Preissteigerung. Im Vergleich zur Behandlung der Preisbindungen im allgemeinen in diesen Gesetzentwürfen (Anwendung der Methode „generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt" [2]) bedeutet diese Regelung eine Sonderstellung der Preisbindung der zweiten Hand. Wenn wir annehmen, daß dieser Fortschritt in der Behandlung der Preisbindungen im allgemeinen gegenüber dem Verfahren der (durch die Gesetze 56/78 der Besatzungsmächte aufgehobenen) Kartellverordnung 1923 unter dem Einfluß des amerikanischen Rechts dieses Sachgebietes erfolgt ist und für diese Annahme des Einflusses amerikanischen Rechtes auf das deutsche Recht auch für die Preisbindung der zweiten Hand keine Ausnahme machen wollen, so würde eigentlich daraus folgen, daß die Preisbindung der zweiten Hand hinsichtlich ihrer rechtlichen Behandlung auch in den USA. eine Sonderstellung inne hat. Diese Annahme ist indessen eine irrtümliche Interpretation der — auf den ersten Blick allerdings nicht ganz eindeutigen — Rechtslage in den USA. Mit dieser Behauptung ist implicite die Behauptung aufgestellt, daß die durch den deutschen Gesetzentwurf vorgesehene Regelung zu keiner befriedigenden Lösung dieser Problematik der Preisbindung der zweiten Hand und des Preisschleuderns bei Markenwaren führt.

Das wichtigste Argument für Preisbindung der zweiten Hand, das von deutschen Interessenten geltend gemacht wird, ist das des Preisschleuderns mit Markenwaren — d. h. mit Lockartikeln. Dieses Argument kann nur an Hand amerikanischen Enquêtematerials in seiner Stichhaltigkeit überprüft werden. Deutsche Erfahrungen mit Preisschleudern bei Markenwaren stehen angesichts des in Deutschland der Preisbindung von ständiger Rechtssprechung gewährten Schutzes nur in ganz geringem Umfange zur Verfügung und geben keine ausreichende Basis für die Rechtfertigung der Annahme, daß bei Wegfall des der Preisbindung gewährten Rechtsschutzes ein sogenanntes „ruinöses" Preisschleudern eintreten würde. Dagegen stehen reiche Erfahrungen hierüber in den USA. zur Verfügung, da dort mangels rechtlich geschützter Preisbindung (zu Miller Tydings Act 1937 vergl. S. 3) diese Geschäftsmethode sich ungehindert ausbreiten konnte. Das reiche Tatsachenmaterial ist in vorbildlicher Weise durch zwei große Enquêten erfaßt worden: eine amtliche, von der Federal Trade Commission durchgeführte, deren Ergebnisse in dem „Report on resale price maintenance", Teil I, 1929, Teil II, 1931, publiziert sind, sowie durch eine private Enquête, deren Ergebnisse in der Publikation „Seligman and Love, Price cutting and price maintenance", New York 1932, mitgeteilt sind. Dieses Argument des Preisschleuderns auf deutscher Seite ist, angesichts seiner unzulänglichen empirischen Basis in Deutschland selbst, offensichtlich aus der amerikanischen Literatur importiert und bedeutet den Versuch einer nachträglichen Rechtfertigung des ursprünglich lediglich mit der Idee der Vertragsfreiheit begründeten Rechtsschutzes der Preisbindung der zweiten Hand. Bezeichnend ist dabei, daß in der Rechtsprechung bei dieser Argumentation niemals deutlich zum Ausdruck kommt, daß hier nur die spezielle Art des Preisschleuderns mit Lockartikeln gemeint sein kann, da nur dieses zu der behaupteten Täuschung des Publikums führt.

Es ist dabei weiterhin zu beobachten, daß aus den amerikanischen Erfahrungen in der deutschen (insbesondere rechtswissenschaftlichen) Literatur bis heute die für die Preisbindung ungünstigen Tatsachen in erstaunlichem Maße unbekannt geblieben sind, wodurch ein verzerrtes Bild der amerikanischen Verhältnisse entstanden ist. Unbekannt geblieben in Deutschland ist außer den genannten beiden Erhebungen auch nahezu die gesamte Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofes [3]), die seit den Anfängen dieser Bewegung für Preisbindung der zweiten Hand in logischer Geschlossenheit eine Klärung der Rechtslage im Sinne der Subsumtion der Preisbindung der zweiten Hand unter den Oberbegriff „Restraint of Trade" und unter die Sherman Act herbeigeführt hatte bei gleichzeitiger Abgrenzung der Preisbindung der zweiten Hand gegen das Patentrecht und das Urheberrecht [4]). Dabei ist der vertikale Charakter des „Agreement" bei der Preisbindung der zweiten Hand kein Hindernis, es unter den „Restraint of Trade" zu subsumieren. Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichts-

[1]) Vgl. Kuhr, die Preisbindung der zweiten Hand in den USA. Kartellrundschau 1932, Heft 5/8; derselbe, die Vertriebsmethoden des großkapitalistischen Einzelhandels und das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kartellrundschau 1932, Heft 9.

[2]) Vgl. Krüger, Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, Göttingen 1950; Giese u. v. Brunn, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung, Frankfurt/M. 1950. — Von beiden Autoren wird allerdings diese Methode des Gesetzentwurfes angefochten.

[3]) Eine Ausnahme machen die Veröffentlichungen von Dr. A. Gleiss, Berater in Dekartellierungsfragen, Stuttgart.

[4]) Daß auch die Dekartellierungsgesetze der Besatzungsmächte (56/78) bezüglich der Preisbindung der zweiten Hand auf der Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofes fußen, geht aus den Veröffentlichungen von Dr. Gleiss hervor.

hofes ist „horizontal" ein notwendiges Attribut nur bei dem „Restraint of Trade", der allerdings nur zwischen Angehörigen derselben Wirtschaftsstufe bestehen kann, nicht bei dem „Agreement", denn der illegale „Restraint" kann auch — wie bei der Preisbindung der zweiten Hand — durch ein vertikales „Agreement" bewirkt werden.

In Deutschland dagegen wird meist die Miller Tydings Act 1937 in den Vordergrund gerückt, welches Gesetz eine Legalisierung der Preisbindung der zweiten Hand unter gewissen Voraussetzungen bewirkte, das als ein Überraschungserfolg von Interessenten aus Händlerkreisen zu charakterisieren ist, das in schroffem Gegensatz zur ständigen Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofes steht und von prominenten Nationalökonomen in den USA. scharf kritisiert und abgelehnt wird [5]).

Für eine Analyse der Problematik der Preisbindung der zweiten Hand ist eine unerläßliche Voraussetzung, daß man sich darüber klar ist, daß Preisbindungen im allgemeinen im Gegensatz zum dynamischen Charakter der Wirtschaft des modernen Hochkapitalismus stehen, wie er durch die Konjunkturschwankungen und Strukturwandlungen bedingt ist. Nur durch Anerkennung dieses Prinzips gewinnt die Frage der Preisbindung der zweiten Hand überhaupt erst ihre wirtschaftliche und rechtliche Problematik. Angesichts der Notwendigkeit der Preiselastizität durch Preiskonkurrenz im Handel zur Anpassung an wirtschaftliche Wechsellagen kann die Preisbindung der zweiten Hand nur durch ein diese Notwendigkeit der Preiselastizität sozusagen überkompensierendes Spezialargument gerechtfertigt werden [6]).

DIE UNZULÄNGLICHKEIT DER REGELUNG DER PREISBINDUNG IM DEUTSCHEN GESETZENTWURF

Zu den durch die Dekartellierungsgesetze nicht außer Kraft gesetzten und auch unter dem deutschen Gesetzentwurf noch auf die Preisbindung der zweiten Hand anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen gehören die §§ 138 und 826 BGB: Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die gegen die guten Sitten verstoßen. Die Anwendung des Legalbegriffs der guten Sitten auf die Preisbindung der zweiten Hand enthält in sich (ebenso wie die Regelung des Gesetzentwurfes) einen Verbotsvorbehalt.

Diese Methode bezüglich der Preisbindung der zweiten Hand sowohl im Gesetzentwurf als in bisheriger Gesetzgebung und Rechtsprechung (generelle Erlaubnis plus Verbotsvorbehalt) entspricht der bisherigen Behandlung der Preisbindungen im allgemeinen. Das bedeutet, daß der im Gesetzentwurf bezüglich der Preisbindungen im allgemeinen erzielte Fortschritt (durch Entwicklung zur Methode des generellen Verbots plus Erlaubnisvorbehalt) nicht auch auf die Preisbindung der zweiten Hand ausgedehnt worden ist.

Die Preisbindung wird bei „künstlicher unbilliger Hochhaltung der Preise" [7]) und bei „lebensnotwendigen bzw. nicht ersetzbaren Waren" [8]) für nichtig und sittenwidrig gehalten. Die Beweislast für das Vorhandensein einer solchen unbilligen Preissteigerung liegt auf dem Schleuderer. Einer solchen Regelung kam angesichts des Fehlens eines objektiven Kriteriums für Vorhandensein einer unbilligen künstlichen Preishochhaltung, sowie insbesondere einer verwaltungsmäßigen Kontrolle zur Feststellung einer solchen unbilligen Preishochhaltung sowieso nur theoretische Bedeutung zu. Zweifellos besteht keine Garantie für eine ausreichend wirksame Kontrolle, wenn nur die Klagefälle erfaßt werden. Unseres Wissens ist noch in keinem Falle durch das Reichsgericht eine Nichtigkeitserklärung der Preisbindung der zweiten Hand erfolgt.

Zu der Bedingung der Lebensnotwendigkeit und Nichtersetzbarkeit ist kritisch folgendes zu sagen: wenn für jede ersetzbare Ware die Preisbindung zugelassen wird, so ergibt sich mit der Zeit, daß überhaupt keine ersetzbare Ware mehr ohne Preisbindung zu haben ist, womit die Rechtfertigung für Zulassung der Preisbindung bei ersetzbaren Waren illusorisch wird.

Die Notwendigkeit der Feststellung, ob die Preisbindung der zweiten Hand eine „unbillige Preissteigerung" bewirke, führt zum Problem der angemessenen Handelsspanne, die ihrerseits mit der Idee der Kostendeckung in Zusammenhang gebracht wird. Da die Kosten selbstverständlich nicht bei jedem Händler die gleichen sind, taucht die Frage nach den Kosten des „Grenzhändlers", d. h. des für Bewältigung einer erforderlichen Verteilungsleistung eben noch notwendigen teuersten Händlers, auf. Der Begriff des Grenzhändlers setzt also eine zu bewältigende Verteilungsmenge als gegeben voraus; diese Verteilungsmenge aber hängt, wegen der Elastizität der Nachfrage, vom Einzelhandelsverkaufspreis ab, der seinerseits wiederum in seiner Höhe u. a. von der Einzelhandelsspanne bestimmt wird. M. a. W.: Der Versuch, die angemessene Einzelhandelsspanne durch die Kosten des Grenzhändlers zu bestimmen, begeht einen Zirkel.

Weiterhin bedeutet es für die öffentliche Kontrolle eine völlig unlösbare Aufgabe, alle Faktoren, die bei freier Konkurrenz Variationen des Groß- oder Einzelhandelsverkaufspreises veranlassen, bei Festsetzung des Wiederverkaufspreises und der Handelsspanne zu berücksichtigen. Solche Preisvariationen werden erforderlich durch wechselnde Marktlage, außerdem werden Unterschiede in der Kostengestaltung der Händler und in der Einkommensgestaltung der letzten Konsumenten Ursachen für Preisvariationen in räumlicher Hinsicht [9]).

[5]) So spricht Prof. M. Watkins, New York, in der „American Economic Review" Mai 1948, S. 205 von „some notable blunders now on the statute books such as the Miller Tydings Amendment". Auch das 1940 gegründete Temporary National Economic Committee des Kongresses empfiehlt Aufhebung der Miller Tydings Act. (Monograph Nr. 21: Competition and monopoly in American industry, Washington 1941, S. 217).

[6]) Krüger (Grundgesetz und Kartellgesetzgebung, S. 7) ist im Irrtum hinsichtlich seiner Behauptung, daß der Gesetzgeber in Deutschland in der Vergangenheit keine Entscheidung für das System der Konkurrenz getroffen habe. Diese Entscheidung ist eindeutig getroffen worden bereits in der Stein'schen Gewerbeordnung von 1808 (vgl. Passow, Die Kartelle, S. 171), nach welcher auch die Preußisch-Deutsche Gewerbeordnung 1869/71 zu interpretieren ist.

[7]) Vgl. Reichsgerichtsurteil 24. Januar 1928, RGZ 120, 47.

[8]) Vgl. Reichsgerichtsurteil 6. Oktober 1931, RGT 133, 331.

[9]) Konkretes Material über Preisvariationen s. bei: Murchison, Resale price maintenance, S. 78/9 und 101/3; Federal Trade Commission, Report on resale price maintenance, II 1931.

Das für Preisbindung der zweiten Hand oft vorgebrachte Argument der Erhaltung des Mittelstandes im Handel ist nicht stichhaltig. Zunächst ist anzumerken, daß der berechtigte Kern dieser Idee, nämlich den Mittelstand vor der Überschätzung der Vorteile des Großbetriebes zu schützen, kein Argument für die Preisbindung der zweiten Hand liefert. Das aus der Literatur belegbare Vordringen der nicht preisgebundenen konkurrierenden Händlermarken und anonymen Surrogate als Wirkung der Preisbindung der zweiten Hand bei Herstellermarken beweist, daß den großkapitalistischen Organisationsformen im Handel immer noch genügend Mittel zur Ausbreitung durch Preiskonkurrenz zur Verfügung stehen [10]) und daß insoweit die Preisbindung der zweiten Hand kein taugliches Mittel zur Erhaltung des Mittelstandes im Handel darstellt.

Die bei den Interessenten und Freunden der Preisbindung der zweiten Hand übliche Bagatellisierung der preissteigernden Wirkung durch Hinweis auf die Konkurrenz der Markenwaren untereinander wie auch auf die Konkurrenz der anonymen Surrogate (vgl. hierzu den Gesetzentwurf: Kontrolle der Handelsspanne bei Markenwaren im Hinblick auf die Handelsspanne bei nicht preis- und absatzgebundenen Waren gleicher Art) ist nicht stichhaltig. Wesentlich ist hier die Feststellung des deutschen Enquêteausschusses, daß die Konkurrenz zwischen Markenwaren sich meist „in geregelten Formen vollzieht" [11]), indem die Markenfabrikanten bei der Preisfestsetzung bereits gegenseitig Rücksicht aufeinander nehmen. Aber auch wenn man eine wesentliche Wettbewerbsbeschränkung unter den Markenwaren nicht anerkennen wollte, so würde dennoch eine preissteigernde Wirkung der Preisbindung der zweiten Hand aus folgenden Gründen anzunehmen sein: Die Preisbindung der zweiten Hand beseitigt die Preiskonkurrenz der Händler im Vertrieb einer Ware. Diese Ausschaltung der Preiskonkurrenz in der Verteilungsstufe wirkt kostensteigernd für den Vertriebsaufwand, da eine Auslese in der Verteilungsstufe verhindert wird. Da nun vermöge der Wirksamkeit der Preisschutzverbände praktisch fast alle Markenwaren mit Preisbindung der zweiten Hand vertrieben werden, haben alle Markenwaren, insbesondere aber auch solche, die als gegenseitige Konkurrenten in Frage kommen, im Vergleich zu den ohne Preisbindung vertriebenen Waren einen erhöhten Verteilungsaufwand, so daß die Konkurrenz der Markenwaren untereinander nicht die Wirkung haben kann, das Preisniveau in der Verteilungsstufe auf Konkurrenzniveau herabzudrücken.

Wesentlicher ist die Frage der Konkurrenz der einer Preisbindung nicht fähigen anonymen Surrogate. Die Frage, ob diese Konkurrenz eine preissteigernde Wirkung der Preisbindung der zweiten Hand verhindern kann, ist für die einzelnen Markenbranchen nicht einheitlich zu beantworten, und zwar aus dem Grunde, weil diese Konkurrenz zum Teil durch das auf ein „unwirtschaftliches Verhalten" [12]) des Konsumenten zurückzuführende „Meinungsmonopol" der Markenwaren geschwächt ist. So ist z. B. die Konkurrenz anonymer Surrogate auffallend schwach bei Zigaretten, Drogen und Arzneimitteln entwickelt, andererseits ist sie stärker entwickelt in der Kolonialwarenbranche, wo der Markenartikel nicht die gleiche Bedeutung besitzt.

Die hieraus erkennbare geringe Aufmerksamkeit, die von der Rechtsprechung der Preisbindung der zweiten Hand und ihren Wirkungen gewidmet wurde, steht in charakteristischem Gegensatz zu der großen Aufmerksamkeit, die dem sogenannten „Preisschleudern" (Nichtinnehaltung eines festgesetzten Wiederverkaufspreises) gewidmet wurde. Der „Schleuderer" wurde in ständiger Rechtsprechung verurteilt aus § 1 UWG unter der Voraussetzung des Vorhandenseins eines lückenlosen Reverssystems. Diese Bedingung steht mit dem anderen Argument der Täuschung des Publikums durch das Preisschleudern in gar keinem Zusammenhang, ja beide schließen einander aus. Aus der Bedingung des lückenlosen Reverssystems ist die Vertragsfreiheit (pacta servanda sunt) als Argument für die Preisbindung zu erkennen, denn bei einem solchen lückenlosen Reverssystem ist Preisschleudern nur bei gleichzeitigem Vertragsbruch — eigenem oder fremdem — möglich. Bei einer nachgewiesenen Täuschung des Publikums wäre aber der Preisschleuderer auch o h n e solche einschränkende Bedingung zu verurteilen. In Wahrheit bestätigt dieses Ergebnis die bereits ausgesprochene Vermutung, daß das Argument der Vertragsfreiheit das eigentlich ursprüngliche Argument der Rechtsprechung war und daß das Argument der Täuschung des Publikums (Lockartikel!) erst nachträglich aus der amerikanischen Literatur importiert wurde, wahrscheinlich um der steigenden Kritik an dem ersten Verfahren zu begegnen. Verwunderlich ist dabei, daß die Rechtsprechung sich das bekannte und vom deutschen Schrifttum aufgegriffene Argument der amerikanischen Interessenten, das der Vernichtung der Markenware durch das Preisschleudern, nicht zunutze gemacht hat.

Das Argument des (unsittlichen) Vorsprungs des vertragsbrüchigen Schleuderers vor dem vertragstreuen Konkurrenten ist kein Argument gegen die g e n e r e l l e Illegalisierung der Preisbindung der zweiten Hand. Der deutsche Gesetzentwurf enthält keine Bestimmungen bezüglich der Behandlung des Preisschleuderns [13]).

[10]) Enquête-Ausschuß, Grundlagen der Handelsenquête, III. Unterausschuß, 9. Arbeitsgruppe, Bd. VIII: Konsumvereine S. 61 F., 34, 272, 345, 608, 685; vgl. auch Herzberger, Der Markenartikel in der Kolonialwarenbranche S. 86 ff.; Reichswirtschaftsratdrucksache Nr. 373 S. 6-7 (Anteil der preisgebundenen Markenartikel am Gesamtabsatz verschiedener Warengruppen und Unternehmungsarten), Enquête-Ausschuß, I. Unterausschuß, 5. Arbeitsgruppe, Bd. IX: Die deutsche Seifen- und Parfümerieindustrie.

[11]) Enquête-Ausschuß, I. Unterausschuß, 5. Arbeitsgruppe, Bd. IX: Die deutsche Seifen- und Parfümerieindustrie S. 185.

[12]) Pollert, Die Preisbildung bei Markenartikeln, S. 38-43 u. 87-88.

[13]) Zu den wenigen deutschen Gerichten, die gegen die Preisbindung der zweiten Hand Front gemacht haben, gehört das Badische Oberlandesgericht Karlsruhe (Urteil vom 13. Juni 1928) in einem Verfahren gegen den Börsenverein deutscher Buchhändler, betreffend das Adreßbuch des deutschen Buchhandels (vgl. Kartellrundschau 1928, S. 676 ff). Der Verstoß gegen das Ladenpreissystem wurde dort nicht als Verstoß gegen die guten Sitten betrachtet.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß bisher das erforderliche, die allgemeine Notwendigkeit der Preiskonkurrenz überkompensierende Spezialargument gegen Preisschleudern und für Preisbindung der zweiten Hand nicht erbracht ist. Der ungerechtfertigte Vorsprung des vertragsbrüchigen Schleuderers vor dem vertragstreuen Konkurrenten ist, wie gesagt, kein Argument gegen allgemeine Illegalisierung der Preisbindung der zweiten Hand. Was das zweite Argument der Täuschung des Publikums durch Preisschleudern (mit Lockartikeln) anbelangt, so hat diese Argumentation angesichts ihrer ungenügenden empirischen Fundierung, soweit deutsche Verhältnisse in Frage kommen, irrealen Charakter: d. h. sie behauptet, daß etwas eintreten würde, wenn etwas anderes eingetreten wäre. Die Stichhaltigkeit dieses Argumentes kann nur durch Analyse der amerikanischen Verhältnisse nachgeprüft werden, da hier allein das Preisschleudern in dem behaupteten Sinne (mit Lockartikeln) in größerem Umfange Wirklichkeit gewesen ist.

DAS PREISSCHLEUDERN MIT LOCKARTIKELN

Das die Prüfung des Argumentes für Preisbindung der zweiten Hand (des Preisschleuderns mit Lockartikeln) ermöglichende Tatsachenmaterial aus der amerikanischen Wirtschaft wird überwiegend von den beiden Berichten der Federal Trade Commission (1929 und 1931), daneben von einer privaten Enquête und schließlich der einschlägigen wissenschaftlichen Literatur geliefert. Auf Grund dieses Materials ergibt sich folgendes:

Der Versuch, die Preisbindung der zweiten Hand durch das „leader price cutting" (Preisschleudern mit Lockartikeln) zu rechtfertigen, argumentiert etwa folgendermaßen: Der Fabrikant einer Markenware hat durch umfassende Reklametätigkeit den Ruf seiner Erzeugnisse über das ganze Land verbreitet; diesen Ruf (Good will) machen sich gewisse Händler dadurch zunutze, daß sie dieses Erzeugnis unter dem üblichen Preis und unter Umständen sogar unter den Selbstkosten — als „leader" (Lockartikel) — verkaufen, nur zu dem Zweck, um für ihr eigenes Geschäft Reklame zu machen und dadurch angelockte Käufer zum Kauf auch anderer Waren zu veranlassen. Infolge dieser Ausbeutung des „Good will" der Markenware durch den „price cutter" werden andere Händler, die sich an den Standardpreis halten, außerstande gesetzt, diese Ware weiterhin zu führen; der Absatz des Fabrikanten erfährt durch diese Weigerung der übrigen Händler, mit ihm zu arbeiten, einen mehr oder weniger großen Rückgang [14]).

Das zentrale Argument ist mithin das des Verlustes der Mitarbeit der Händler (loss of dealer cooperation) für den Fabrikanten durch das „leader price cutting", und zwar nicht nur durch die Weigerung der Konkurrenten des „price cutter", die im Preise gedrückte Ware weiterhin zu führen, sondern auch durch das Phänomen der „Substitution": d. h. der Händler (manchmal auch der aggressive Schleuderer) sucht anstelle des „leader", an dem er wenig oder nichts verdient oder sogar verliert, dem voraussichtlichen Käufer eine Ersatzware zu verkaufen, an der er mehr verdient. Durch diesen Streik der Händler in bezug auf die vom „price cutting" erfaßte Ware wird der Absatz des Fabrikanten mehr oder weniger verringert und der Fabrikant geschädigt. Der Fabrikant habe daher — so wird behauptet — ein Anrecht auf die Preisbindung. Eine Schädigung der Konkurrenten des Schleuderers unter den Händlern erscheint tatsächlich dann gegeben, wenn ein Konkurrent aus Gründen stärkerer Spezialisierung die Methode des „leader price cutting" nicht mit gleichem Erfolge anwenden kann, da er den Verlust an dem „leader" nicht in der gleichen Weise wie der Schleuderer am Verkauf der übrigen Waren wieder hereinholen kann; was z. B. bei den unabhängigen Einzelhändlern eher der Fall sein wird als bei Warenhäusern, Kettenläden usw., deren Lager in der Regel eine größere Zahl von Warenarten enthält. Am meisten wird, unter Voraussetzung des Erfolges dieser Vertriebsmethode, aber das Publikum geschädigt, auf dessen Täuschung diese Methode von vornherein berechnet ist.

Bei einer Gegenüberstellung des Preisschleuderns (im Sinne der Abweichung von dem vom Fabrikanten vorgeschlagenen Wiederverkaufspreis) bei bekannten Markenwaren einerseits und weniger bekannten Konkurrenzmarkenwaren andererseits ergibt das Material der Erhebung der Federal Trade Commission (Report on resale price maintenance II, pp. 59, 67/8, 75/6) folgendes Bild:

Warengattung	Bekannte Markenware: Verkauf zu niedrigerem Preis	Bekannte Markenware: Verkauf zu vorgeschl. Wiederverk.-Preis	Weniger bekannte Konkurrenzmarkenware: Verkauf zu niedrigerem Preis	Weniger bekannte Konkurrenzmarkenware: Verkauf zu vorgeschl. Wiederverkf.-Preis
	(in Zahl der Verkäufe)			
Drogen (51 Art.)	273	645	128	697
Kolonialwaren (43 Art.)	276	512	111	408

Aus vorstehenden Zahlen ist ersichtlich, daß bei den bekannten Markenwaren der Prozentsatz der eingehaltenen von den vom Fabrikanten angegebenen Wiederverkaufspreisen kleiner ist als bei den Konkurrenzmarkenwaren, d. h. erstere werden stärker „geschleudert". Das bedeutet nicht notwendig, daß sie zu einem niedrigeren Einzelhandelsverkaufspreis als die Konkurrenzmarkenwaren angeboten werden, vielmehr können die stärkeren Abweichungen von dem vom Fabrikanten angegebenen Wiederverkaufspreis bei den bekannten Markenwaren ihre Ursache darin haben, daß dieser vom Fabrikanten angegebene Wiederverkaufspreis bei den bekannten Markenwaren wesentlich höher liegt (vermöge der Kosten der Fabrikantenreklame) als bei den weniger bekannten Konkurrenzmarkenwaren gleicher Qualität.

Zu dem Phänomen der „substitution" ist folgendes zu sagen: Aus dem vorliegenden Zahlenmaterial ergibt sich, daß die geringere Rentabilität der bekannten, durch Fabrikantenreklame angepriesenen Markenware, die die Ursache der Substitution bildet, auch auf

[14]) Murchison, Resale price maintenance S. 38.

übermäßiger Steigerung des Einkaufspreises für den Händler, nicht, wie das Argument der „leader policy" annimmt, auf übermäßiger Senkung des Verkaufspreises beruhen kann. In diesem Sinne ist die Substitution möglich, ohne einen Beweis für die „leader policy" zu bedeuten. Zur Entscheidung dieser Frage ist die Angabe der absoluten Einzelhandelseinkaufs- und -verkaufspreise für konkurrierende Fabrikate erforderlich; hierzu vergleiche die folgenden Zahlen (Report on resale price maintenance II, pp. 174, 176, 177/8):

Einkaufspreis in $		Durchschnittlicher Verkaufspreis		Handelsspanne in % des Verk.-Preises	
bekannte Markenware	Konkurr.-Markenware	bekannte Markenware	Konkurr.-Markenware	bekannte Markenware	Konkurr.-Markenware
Drogen (Preissumme von 53 Art.)					
20,91	13,29	30,4	25,5	30,6	47,9
Kolonialwaren (Preissumme von 45 Art.)					
7,2	6,32	9,23	8,42	22,0	24,9
Kurzwaren (Preissumme von 22 Art.)					
37,7	32,8	57,1	50,9	33,9	35,5

Die vorstehenden Zahlen zeigen, daß die geringere Rentabilität der bekannten Markenware für den Händler, die Ursache der Substitution, n i c h t, wie das Argument der „leader policy" annimmt, verursacht ist durch unnormal niedrige Verkaufspreise der bekannten Markenwaren, denn diese liegen durchweg noch über den Verkaufspreisen der gleichwertigen, aber weniger bekannten Konkurrenzfabrikate. Die Abweichungen der Verkaufspreise der bekannten Markenwaren von dem vom Fabrikanten vorgeschlagenen Wiederverkaufspreis können also zwanglos als durch Konkurrenzdruck verursacht erklärt werden, ohne im geringsten das Argument der „leader policy" zu bemühen. Vielmehr liegt die geringere Rentabilität der bekannten Markenware am höheren Einkaufspreis, der durch die hohen Reklamekosten des Fabrikanten verursacht ist. Es ist mithin unbestreitbar, daß an dem Verlust der Mitarbeit der Händler, wie er sich in dem Phänomen der Substitution offenbart, ausschließlich die Fabrikanten selber schuld sind. Das „Preisschleudern" bei Markenwaren ist also lediglich Folge der Tatsache, daß die Festsetzung der Wiederverkaufspreise durch die Fabrikanten in ganz mechanischer Weise ausschließlich vom Standpunkt der Kostendeckung aus erfolgte, ohne Berücksichtigung der Marktlage, insbesondere der Konkurrenz der Ersatzmarkenwaren, wodurch sich nicht durchzusetzende Einzelhandelsverkaufspreise ergaben.

Hinsichtlich der Wirkung des Preisschleuderns stellt die Federal Trade Commission in ihrem Berichte fest, daß die von den Fabrikanten behauptete Wirkung der Verdrängung der Markenware vom Markte durch das Preisschleudern in keinem Falle festzustellen war [15]). Eine skeptische Beurteilung erfährt dieses Argument auch bei Murchison, der die Schwierigkeit hervorhebt, die Verdrängung von Unternehmern und Markenwaren vom Markte mit dem „leader price cutting" in einen eindeutigen Kausalzusammenhang zu bringen [16]); Nystrom ist der Auffassung, daß die Umsatzsteigerung sich meist auf den „leader" (Lockartikel) beschränken werde [17]). Bemerkenswert ist weiterhin, daß nach dem Bericht der Federal Trade Commission [18]) diejenigen Fabrikanten, die für Preisbindung eintreten, überwiegend Unternehmungen mit den größeren Gewinnen repräsentieren, wodurch es diesen Fabrikanten unmöglich wird, ihre Einstellung mit dieser angeblichen Wirkung der „leader policy" zu begründen.

Die folgende Tabelle (in vereinfachter Form entnommen aus „Seligman and Love, Price cutting and price maintenance" 1932 S. 392-393) unterrichtet über den Geschäftserfolg der sogenannten „periodical special sales" bei einem Kettenladensystem der Drogenbranche in mehreren Städten, d. h. von periodisch wiederkehrenden Sonderverkäufen gewisser Artikel zu herabgesetzten Preisen während der drei letzten Wochentage.

Nr. des Ladens	Größe des Ladens	Preise der „specials" in % des a) regulären Preises	b) Listenpreises	Umsatz der „regulars" in % des durchschn. Wochend-Umsatzes
1	klein	66,6	55,6	72,0
2	groß	71,3	54,0	98,6
3	mittel	70,0	50,0	102,0
4	mittel	68,8	56,5	60,8
5	klein	76,5	56,5	93,1
6	mittel	77,2	56,3	99,5
7	mittel	80,1	—	85,0
8	mittel	66,2	—	95,7
9	mittel	70,0	—	59,0
10	groß	81,5	61,3	62,2

List price = der vom Fabrikanten vorgeschlagene Wiederverkaufspreis.
regular price = der tatsächliche durchschnittliche Wiederverkaufspreis a u ß e r h a l b des „special sale".
special price (leader) = im *Durchschnitt etwa* der *Einkaufspreis* (the cost of the merchandise [19]).

Hier haben wir es offenbar mit echtem „leader price cutting" zu tun, da die Preise der „specials" zweifellos mindestens überwiegend die Selbstkosten unterschreiten in dem Sinne, daß sie zur Deckung der Handlungsunkosten nichts oder fast nichts beitragen. Die letzte Spalte zeigt den Umsatz der „regulars" während der drei Sonderverkaufstage im Verhältnis zum durchschnittlichen Umsatz während der drei entsprechenden Tage bei Normalverkäufen (letztere = 100 %). Es zeigt sich, daß der Umsatz der regulären Waren, von einem einzigen Falle abgesehen (Laden Nr. 3), unter der Normalhöhe liegt; da aber die regulären Waren allein Profit bringen, ist der eigentliche Geschäftserfolg des Sonderverkaufs, soweit sein Zweck war, den Umsatz auch der „Regulars" zu steigern, nicht erreicht worden.

Hierbei ist noch folgendes zu beachten:
Wenn der Anteil der „specials" am Gesamtumsatz in der Woche des „special sale" einen bestimmten Prozentsatz überschreitet, dann k a n n ein Umsatz der

[15]) Report on resale price maintenance II, pp. 4, 140-41, 142, 162; S. 4: „The commission has been at some pains to find instances of such price cutting which were sufficiently severe to result in a permanent and material reduction of the manufacturers volume of business, but without discovering any instances in which it could be satisfactorily shown that decreased volume was primarily due to dealer price cutting."

[16]) Resale price maintenance S. 39.
[17]) Economics of retailing I, S. 258-259.
[18]) Teil II, S. 32.
[19]) Seligman and Love, a. a. O. S. 396.

übrigen, nicht im Preise herabgesetzten Waren (der „regulars"), ausgedrückt in Prozent des Umsatzes des durchschnittlichen Wochenendes, in Höhe von z. B.

98 (Laden Nr. 2)
102 (Laden Nr. 3) (siehe in der obigen Tabelle)
99,5 (Laden Nr. 6)

allerdings bedeuten, daß der Umsatz dieser regulären Waren in der Woche des „special sale" im Vergleich zum Umsatz derselben Waren am durchschnittlichen Wochenende in der Tat gesteigert ist. Würde nun, rein theoretisch angenommen, der Gesamtumsatz lediglich aus diesen „regulars" bestehen, so wäre doch der Gesamtgewinn im Vergleich zum Gewinn des durchschnittlichen Wochenendes annähernd konstant, denn auch der Gesamtumsatz der „regulars" wäre annähernd konstant, verglichen mit dem Umsatz des durchschnittlichen Wochenendes. Da auf der anderen Seite die „specials", wie gesagt, zur Deckung der Handlungsunkosten im allgemeinen nichts beitragen, ändern sie insofern auch nichts an dem Gesamtgewinn, der also auch bei dieser Geschäftspolitik b e s t e n f a l l s konstant bleibt. Wenn aber, wie hier meist der Fall (siehe Tabelle), der Gesamtumsatz der im Preise nicht herabgesetzten „regulars" geringer ist im Vergleich zum Umsatz derselben Waren am durchschnittlichen Wochenende, dann ist das Ergebnis zweifellos eine S e n k u n g des Gesamtgewinnes [20]).

Im ganzen ergibt sich, daß das eigentliche Preisschleudern in dem Sinne, wie es als Argument für Preisbindung der zweiten Hand gemeint ist, entweder nicht erwiesen ist, da die Einzelhandelsverkaufspreise der geschleuderten Markenwaren durchweg noch über den entsprechenden Preisen der Konkurrenzfabrikate liegen; oder aber, daß dort, wo echtes „leader price cutting" vorliegt, es erfolglos bleibt, so daß seine weite Verbreitung unwahrscheinlich ist [21]).

RECHTLICHE KONSEQUENZEN

Die Prüfung der für Preisbindung der zweiten Hand vorgebrachten Argumente: 1. Ungerechtfertigter Vorsprung des Schleuderers vor seinen Konkurrenten; 2. Täuschung des Publikums durch die Verkaufsmethode der Lockartikel; 3. Verdrängung der Markenware vom Markt — hat ergeben, daß keines dieser Argumente sich als stichhaltig erwiesen hat. Nunmehr können aus diesen wirtschaftlichen Feststellungen die rechtlichen Konsequenzen gezogen werden, wobei wir uns im hohen Maße auf die Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtshofes stützen können.

1. Zunächst ist das Verbot der (echten) Preisbindung der zweiten Hand zu fordern, und zwar sowohl in Gestalt des autonomen Reverssystems als auch in der verstärkten Form der Preisschutzverbände (vergl. weiter unten). Der Wegfall der Preisbindung wird die Folge haben, daß die Konkurrenz unter den Markenwaren, die bei der Preisbindung der zweiten Hand vermöge der damit in aller Regel verbundenen Wirksamkeit der Preisschutzverbände nicht vollständig ist, sich stärker entwickelt; Preissenkungen bei Markenwaren werden die Folge sein. Dadurch werden die Fabrikanten von Markenwaren veranlaßt, ihre den Einstandspreis für den Einzelhandel verteuernde und den eigentlichen Anlaß für die Bewegung für Preisbindung der zweiten Hand bildende Reklame einzuschränken; sie werden weiterhin durch die sich entwickelnde Preiskonkurrenz wieder lernen müssen, was sie unter der Wirkung der Tätigkeit der Preisschutzverbände weitgehend verlernt haben: nämlich, daß die Gesetzmäßigkeiten der Deckung der Kosten durch den Ertrag solche auf l a n g e Sicht sind, die Gesetzmäßigkeiten der Preispolitik dagegen solche auf k u r z e Sicht; anders ausgedrückt: daß vorübergehend aus Konjunkturgründen die Preise die Kosten sehr wohl unterschreiten können. Die Einschränkung der Fabrikantenreklame bei Markenwaren wird früher oder später zu einer Korrektur des besonders in Deutschland feststellbaren „unwirtschaftlichen Verhaltens" des Konsumenten gegenüber Markenwaren durch stärkere Beachtung auch der anonymen Surrogate führen. Die dadurch wiederum verschärfte Preiskonkurrenz wird zu einer weiteren Senkung des Preisniveaus führen. Die Korrektur des „unwirtschaftlichen Verhaltens" des Konsumenten und die Entwicklung der Konkurrenz der anonymen Surrogate bringt das schon aus anderen Gründen nicht sehr starke Interesse der Fabrikanten an der Preisbindung der zweiten Hand in Wegfall, weil es in Wirklichkeit auf lange Sicht keinen Vorteil bietet. Die weitere Folge wird eine Reduzierung des Markenwesens auf ein volkswirtschaftlich berechtigtes Ausmaß sein und schließlich eine in Europa, insbesondere in Deutschland, überfällige Reform des ganzen Verteilungsapparates, wie sie z. B. in den USA. sich zwischen den beiden Weltkriegen vollzog [22]), und die vielleicht auch auf dem Wege des Kausalnexus „Preissenkung — Belebung der Nachfrage — Steigerung der Produktion — Ausweitung der Kapazität der Gesamtwirtschaft für Arbeitskraft" beitragen kann zur Lösung des schweren deutschen und europäischen Problems der Milderung und Beseitigung der Arbeitslosigkeit. Um welche Möglichkeiten es sich bei dieser in Europa überfälligen Reform des gesamten Verteilungsapparates handelt, lehrt das Beispiel des Schweizer Kaufmannes Duttweiler, der u. a. auch gegen überteuerte Markenwaren einen Feldzug führte und durch seine „fahrenden Läden" (Migros A. G.) eine drastische Verkürzung des Weges der Ware vom Produzenten über den Händler zum Konsumenten erreichte.

Die Erfahrungen in den USA. haben bestätigt, daß gar nicht der Fabrikant, sondern gewisse Händlerkreise die wirklichen Interessenten an der Preisbindung der zweiten Hand sind. Die Initiative zu dieser Bewegung war in den USA. in den Anfängen der allgemeinen amerikanischen Monopolisierungsbewegung Ausgang

[20]) Seligman and Love, a. a. O. S. 396: „The increase in sales is made up entirely of „special" items, ... and there is actually less volume at the regular price than is ordinarily the case."

[21]) Seligman and Love, a. a. O. S. 404: „The discontinuance of unprofitable advertised brands and the unethical substitution of merchandise similar to advertised brands are not widespread."

[22]) Vgl. Murphy, Merchandising through mergers, New York 1930; Thorp, The persistence of the merger movement, in: American economic review, März 1931. — Recent economic changes, New York 1929.

des 19. Jahrhunderts vom Großhandel ausgegangen, der mit dem Kleinhandel und den Fabrikanten sich zu einem Vertragssystem zusammenschloß, dessen Objekt eine Produktion und Verteilung in gleicher Weise umfassende Konkurrenzbeschränkung war. Insbesondere die Einbeziehung der Produzenten erfolgte aus dem Grunde, weil eine wirksame Bekämpfung von Außenseitern der Händlerorganisationen nur durch Mitarbeit der Produzenten in Form der Liefersperre gegenüber den Schleuderern möglich war. Dieser Preisschutzverband wurde bereits 1906 von einem untergeordneten Gerichtshof für ungesetzlich erklärt im Falle Jayne v. Loder, das autonome Reverssystem vom Obersten Bundesgerichtshof in dem richtunggebenden Präzedenzfall Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons 1911.

Der wichtigste Interessent an der Legalisierung der Preisbindung der zweiten Hand war in der Vergangenheit die „American Fair Trade League". Dessen ungeachtet war von einer Einheitlichkeit der Einstellung weder bei den Händlern noch bei den Fabrikanten zu sprechen; unter den Händlern befanden sich Opponenten wie die „National Retail Dry Goods Association" und die „National Trade Association", eine Gegengründung gegen die „American Fair Trade League". Charakteristisch für die Uneinheitlichkeit der Einstellung war weiterhin die Tatsache, daß eine von der amerikanischen Handelskammer (New York) im Jahre 1931 über diese Probleme veranstaltete Untersuchung keinen Majoritätsbeschluß fassen konnte [23]). Instruktiv für die Interessenlage ist schließlich noch die aus den Berichten der Federal Trade Commission erkennbare Abnahme des Interesses der Fabrikanten an der Preisbindung: nach dem ersten Bericht (1929) traten von 849 Fabrikanten, die auf eine Umfrage verwertbare Antworten lieferten, 72,7 % für die Preisbindung ein, während nach dem zweiten Bericht (1931) von 691 antwortenden Fabrikanten nur noch 29 % die gleiche Einstellung hatten [24]).

2. Die unechte Preisbindung der zweiten Hand (Preisbindung bei Fabrikationslizenzen und Agenturen) ist gesetzlich und gerichtlich zu schützen.

Der Inhaber einer Fabrikationslizenz hat vom Patentinhaber die patentierte Ware nicht gekauft, sondern nur das Fabrikationsrecht für die patentierte Ware erworben; es kann hier also auch nicht von „Wiederverkauf" die Rede sein. Der amerikanische Sprachgebrauch verfährt dementsprechend, indem er die Preisbindung bei Fabrikationslizenzen nicht unter „resale price maintenance" subsumiert. Der deutsche Sprachgebrauch ist hier nicht in gleicher Weise konsequent [25]), weshalb hier zur Vermeidung irrtümlicher Auffassungen die Preisbindung bei Fabrikationslizenzen als unechte Preisbindung der zweiten Hand behandelt wird [26]).

Auch bei der Agentur kann, mangels eines Kaufs im eigentlichen Sinne (d. h. auf eigene Rechnung) des Agenten von seinem Auftraggeber auch von einem „Wiederverkauf" im strengen Sinne keine Rede sein. Auch hier ist der amerikanische Sprachgebrauch zweckmäßig, der den Agenturverkauf vom reinen Kaufvertrag ausdrücklich unterscheidet, wofür zahlreiche Entscheidungen des Obersten Bundesgerichtshofes angeführt werden können. Im Gegensatz hierzu steht der deutsche Sprachgebrauch: §§ 383 ff. HGB. sprechen beim Kommissionsverhältnis von „Kauf" bzw. „Verkauf", wenn auch auf fremde Rechnung.

Die von der Behandlung der echten Preisbindung der zweiten Hand abweichende Behandlung der Preisbindung bei Agenturverträgen erscheint gerechtfertigt vermöge des Umstandes, daß das durch die Preispolitik des Auftraggebers des Agenten geschaffene Absatzrisiko bei dem typischen Agenturvertrag, der Ablieferung der Bruttoerträge abzüglich Unkosten an den Auftraggeber vorsieht, von dem Auftraggeber ausschließlich getragen wird. Bei einer echten Preisbindung der zweiten Hand dagegen trägt der Händler das ganze Absatzrisiko für die Preispolitik des Fabrikanten [27]).

3. Die Abgrenzung der legalen Preisbindung bei Fabrikationslizenzen gegen das Patentrecht erfolgte seitens des Obersten Bundesgerichtshofes durch Zurückweisung des Versuches, sich die beim Lizenzvertrag gesicherte Legalität der Preisbindung in der Weise zunutze zu machen, daß für ein reines Kauf-Verkauf-Verhältnis die irreführende Ausdrucksweise gebraucht wurde „license to use" [28]). Dasselbe Verfahren wurde vom Obersten Bundesgerichtshof angewandt bei einem ähnlichen Versuch im Bereiche des Urheberrechtes [29]).

4. Ein schwieriger Fall ist das Problem der rechtlichen Behandlung der Nichtbelieferung des Schleuderers (refusal to sell).

a) Im Falle einer fehlenden Unterstützung durch die übrigen Händler (cooperation) ist diese Praxis in den USA. legal. Die Legalität der Weigerung des Verkaufs an einen Schleuderer seitens eines einzelnen Unternehmers war bereits von einem untergeordneten Gerichtshof anerkannt worden im Falle Jayne v. Loder (1906) und konnte mit Artikel V und XIV der Verfassungszusätze (Freiheit in der Eigentumsverfügung durch Verkauf) gerechtfertigt werden, vorausgesetzt, daß der Sperrung des Schleuderers nicht außerdem noch ein Kartellvertrag oder (bei der Preisbindung der zweiten Hand) ein Preisschutzabkommen zugrunde lag, sowie unter der weiteren Voraussetzung, daß nicht seitens des Fabrikanten in irgend einer Weise versucht wurde, zwecks Durchführung der Preisbin-

[23]) Seligman (Price cutting and price maintenance S. 37) spricht von einer „absence of a decisive majority on any of the points involved."

[24]) Federal Trade Commission, Report on retail price maintenance I, S. 36, II, S. 1 u. 18.

[25]) So z. B. R. Wolff, Markenwarenverordnung, S. 31, der ebenfalls hier ohne Einschränkung von „Wiederverkauf" spricht.

[26]) National Harrow Company of New York v. Bement Company 1902, 186 U. S. 70, Standard Sanitary Manufacturing Company v. United States 1912, 226 U. S. 20, 33 Sup. Ct. 9, General Electric Company v. United States 1926, 47 Sup. Ct. 192.

[27]) Dr. Miles Medical Company v. John D. Park & Sons, 1911, 220 U. S. S. 373; Bauer v. O'Donnell, 1913, 229 U. S. 1 (United States v. General Electric Company 1926, 47 Sup. Ct. 192).

[28]) Bauer v. O'Donnell 1913, 229 U. S. 1, dadurch Umstoßung von: Victor Talking Machine Company v. The Fair, 1903, 123 Fed. 424; Straus v. Victor Talking Machine Company, 1917, 243 U. S., 490; Boston Store v. American Graphophone Company 1917, 246 U. S. 8, 38 Sup. Ct. 257.

[29]) Bobbs Merrill v. Straus et al. 210 U. S. 339, 1908.

dungspolitik die Unterstützung der Konkurrenten des Schleuderers zu erlangen. Wichtig ist hier der Fall U. S. v. Colgate Company 1919, allerdings weniger durch den Tatbestand als durch die Urteilsbegründung, die die besagte Bestätigung der Legalität des „refusal to sell" durch den Obersten Bundesgerichtshof brachte. b) Unter der Bedingung der Unterstützung durch die übrigen Händler (cooperation) ist die Nichtbelieferung des Schleuderers (refusal to sell) ungesetzlich [30]).

Die Firma Beech-Nut Packing Company gab zu (1922), folgende Geschäftsmethoden (bekannt unter dem Namen „Beech-Nut Policy") gebraucht zu haben: 1. Verkauf ausschließlich an Großhändler, die nicht an Preisschleuderer verkaufen und ihrerseits die Wiederverkaufspreise aufrechterhalten; 2. Veröffentlichung bzw. Zirkulation von Preislisten mit Wiederverkaufspreisen; 3. allgemeine Bekanntmachung dieser Preispolitik unter den Händlern; 4. Einforderung von Berichten seitens der Händler und Verkaufsagenten über Preisschleuderer; 5. Anwendung von „serial numbers" zwecks Feststellung der Quelle, durch die die Schleuderer ihre Ware erhalten; 6. Gebrauch von Listen „ausgewählter" und „gestrichener" Händler; erstere werden aufgefordert, mit den Preisschleuderern nicht in Geschäftsverbindung zu treten; 7. Wiederaufnahme der Geschäftsbeziehungen mit bisherigen Preisschleuderern auf Grund von Zusagen, die festgesetzten Wiederverkaufspreise künftig innezuhalten; 8. den Großhändlern, die die festgesetzten Wiederverkaufspreise innehielten, wurden die Aufträge zugewiesen, die die Verkaufsagenten der Firma erhielten.

Die Federal Trade Commission ging gegen diese Praxis mit einem Unterlassungsbefehl (order to cease and desist) vor, dieser wurde von einem untergeordneten Gerichtshof umgestoßen mit Bezugnahme auf den Colgate-Fall. Der Oberste Bundesgerichtshof, vor den der Beech-Nut-Fall gelangte, bestätigte den Unterlassungsbefehl der Kommission einschließlich einiger Modifikationen, nach denen als endgültig illegal die folgenden Geschäftsmethoden zu betrachten waren: 1. Gebrauch von Listen mit Namen von Preisschleuderern oder von Händlern, die an Preisschleuderer verkauft hatten; 2. Gebrauch von Angestellten oder Agenten zwecks Feststellung der Fälle von Preisschleudern; 3. Bericht von Namen der Preisschleuderer an Großhändler mit der Weisung an letztere, mit dem Preisschleuderer den Geschäftsverkehr abzubrechen; 4. Belohnung der Händler, die die festgesetzten Wiederverkaufspreise innehielten, durch Zuweisung der von den Agenten der Firma hereingebrachten Aufträge an erstere; 5. Gebrauch von Seriennummern zur Feststellung der Quelle, aus der die Schleuderer ihre Ware erhielten; 6. Entgegennahme von Zusicherungen betr. Aufrechterhaltung der Wiederverkaufspreise zwecks Wiederaufnahme der Geschäftsbeziehungen zu einem ehemaligen Schleuderer. —

Es erhebt sich die Frage, ob die vorstehend skizzierte Regelung als vollständig gelten kann. Hierzu ist folgendes zu sagen: Eine Schädigung des Fabrikanten durch Preisschleudern ist nach unseren bisherigen Feststellungen zwar nicht gerade wahrscheinlich, aber auch nicht absolut ausgeschlossen. Es müßte daher dem Fabrikanten erlaubt sein, den Beweis für eine solche Schädigung anzutreten [31]). Diese ist nach unseren bisherigen Feststellungen nur gegeben bei der Gleichzeitigkeit von „leader price cutting" und „substitution". Dies ist statistisch erfaßbar; das Sympton ist Gleichzeitigkeit von Preissenkung und Absatzrückgang bei der betreffenden Ware. Im Falle des geglückten Nachweises müssen dem Fabrikanten noch weitergehende Maßnahmen zum Schutze vor einer solchen Schädigung gestattet sein, etwa in der von Seligman vorgeschlagenen Weise [32]) durch „distribution control contracts" als Schutz gegen „unauthorized selling" (Bezug durch Strohmänner). Bei einer solchen Regelung wäre vom Fabrikanten außerdem der Nachweis zu fordern, daß die Differenzierung unter den Händlern nicht auf Grund ihrer Stellung zur Preisbindung der zweiten Hand erfolgt ist, sondern aus anderen Gründen.

[30]) Nichtbelieferung des Schleuderers — refusal to sell — o h n e Unterstützung durch die übrigen Händler — cooperation — (legal). Great Atlantic & Pacific Tea Company v. Cream of Wheat Company 1915, 227 Fed. 46; Federal Trade Commission v. Gratz 1920, 253 U. S. 421; U. S. v. Colgate Company 1919, 250 U. S. 300; Nichtbelieferung des Schleuderers — refusal to sell — m i t Unterstützung durch die übrigen Händler — cooperation — (illegal) Beech-Nut Packing Company v. Federal Trade Commission 1922, 257 U. S. 441. —

[31]) *Die U. S. Chamber of Commerce* drückte im Jahre 1916 die Hoffnung aus, die Federal Trade Commission könnte Preisschleudern für illegal erklären auf Grund von Section 5 der Trade Commission Act. Die Kommission lehnte dies ab, es sei denn, daß der Nachweis geführt sei für eine Schädigung des Fabrikanten oder für die Schaffung eines Monopols. Vgl. Seligman and Love, Price cutting and price maintenance S. 34-35.

[32]) Seligman and Love, Price cutting and price maintenance S. 326 ff.

Summary: Price Regulations of the Second Hand and Price Cutting in the Field of Branded Articles in Germany and USA. There is a remarkable difference in the way how price regulations in general and "price regulations of the second hand" are treated in the drafts of German bills. In spite of the fact that the legal situation in the USA. in this particular case is not quite clear, there is no such difference in the jurisdiction of the United States.

Résumé: Accord sur l'établissement des prix de seconde main et vente à vils prix d'articles de marque en Allemagne et aux Etats-Unis. En comparaison du règlement général de l'accord sur l'établissement des prix prévu par les projets de loi alllemands la fixation des prix de seconde main occupe une place spéciale. Quoiqu'aux Etats-Unis la situation juridique relative ne soit pas prévisée clairement on peut dire qu'il n'y a pas de spécifications similaires.

Resumen: Acuerdos de precio de segunda mano y precios ruinosos de articulos de marca en Alemania y los EE. UU. En comparación a la fijación de precios en general según los proyectos alemanes de ley, la regulación de la fijación de precios de segunda mano ocupa una posición especial. A pesar del estado judicial un poco indistinto en los EE. UU. no se puede hablar de una posición especial en la jurisprudencia norteamericana. El autor

The author deems it necessary to give an account of both the legal situation and the jurisdiction in this field because the most important argument brought forward by interested parties in Germany who advocate price regulations of the second hand is price cutting in branded articles and this argument can be examined only on the basis of American experiences. In the opinion of the author German literature dealing with these American experiences reveals the facts unfavourable to price regulation only to a small extent. Describing the way in which the problem of price regulations is handled in the drafts of German bills the author criticizes the inadequacy of the bills in question. He examines the arguments in favour of a price regulation of the second hand and arrives at the conclusion that so far nobody succeeded in presenting an argument against price cutting and in favour of price regulation of the second hand which is stronger than the general necessity of price competition. In particular the author deals with the question of leader price cutting and supports his considerations by numerous examples of American jurisdiction. His argumentation leads to the following legal consequences: Ban on (real) price regulation of the second hand, protection of unreal price regulation of the second hand (price regulation for manufacturing licences and agencies), limitation of legal price regulations for manufacturing licences, establishing clear legal rules for the refusal to sell to the price cutter.

Selon l'auteur une description de la législation valable dans ce domaine est nécessaire parce que les intéressés allemands avancent comme argument décisif en faveur de la fixation des prix de seconde main la vente à vils prix d'articles de marque. Car cet argument peut être jugé seulement à l'aide d'expériences faites aux Etats-Unis. De plus l'auteur démontre que les faits défavorables pour la fixation des prix en tant qu'ils résultent des expériences américaines pour la plus grande partie ne sont pas mentionnés dans la littèrature allemande. Ayant examiné les modes de règlement prévus par les projets de loi allemands l'auteur en conclut à leur insuffisance. Il analyse les arguments en faveur d'une fixation des prix de seconde main pour constater que jusqu'à maintenant on manque toujours de l'argument concluant qui devait surpasser celui de la nécessité d'une concurrence des prix invoqué contre la vente à vils prix et pour l'accord sur l'établissement des prix de seconde main. L'auteur cite des exemples pris dans la jurisdiction américaine pour détailler le problème de la vente à vils prix effectuée à l'aide d'articles d'appât. Finalement il résume les conclusions juridiques résultant de son exposé come suit: Interdiction de l'accord sur l'établissement des prix de seconde main comme tel, mais protection de cet accord sous forme indirecte (fixation des prix pour licences de fabrication et agences); l'imitation des accords légaux de fixation des prix pour licences de fabrication; précision formelle de la situation juridique en cas de refus de l'approvisionnement â ceux vendant à vils prix.

considera necesaria una explicación de la jurisprudencia en este terreno, porque los interesados alemanes hacen valer como argumento más importante para los acuerdos de precio de segunda mano, el vender a mal precio articulos de marca, argumento que puede ser revisado solamente a base de experiencias americanas. Además el autor opina que los hechos des favorables para la fijación de precios, como demuestran las experiencias americanas, no son muy conocidos en la litteratura alemana. En un estudio sobre la regulación de los precios controlados según los proyectos alemanes de ley, el autor trata de poner de relieve los defectos de tal regulación. Investiga los argumentos que determinan una fijación de precio de segunda mano y llega a la conclusión, de que el argumento especial contra el malvender y para acuerdos de precio de segunda mano, que superan la necesidad general de la competencia de precio, no han sido alegados. El autor trata detenidamente el problema del malvender mediante artículos de cebo a base de numerosos ejemplos de la jurisprudencia americana. Por último trata de sacar las consecuencias legales de sus demonstraciones: Prohibición de la (legítima) fijación de precio de segunda mano; protección de la falsa fijación de precio de segunda mano (fijación de precio relativa a licencias de producción y agencias), delimitación de los acuerdos de precio legales relativos a licencias de fabricación, aclaración de la posición juridica en lo que se refiere a la falta de entrega de mercancias al malvendor.