

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

UWG § 1

"Abwehrblatt"

Zur Frage der Beurteilung von Preisunterbietungen
im Wettbewerb zwischen Anzeigenblättern, von denen
eines - als "Abwehrblatt" - durch Verleger von
Tageszeitungen herausgegeben wird.

BGH, Beschl. v. 28. Februar 1985 - I ZR 174/82 - OLG Düsseldorf
LG Dortmund

BUNDESGERICHTSHOF

I ZR 174/82

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
28. Februar 1985
Wolf, Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. der S [REDACTED] Zeitung V [REDACTED] und R [REDACTED] KG, GmbH & Co., vertreten durch die Firma S [REDACTED] Verlags-GmbH, diese vertreten durch ihre Geschäftsführer Wolfgang R [REDACTED] und Heinz V [REDACTED], O [REDACTED] 39, S [REDACTED],
2. der Firma V [REDACTED] KG, GmbH & Co., vertreten durch die Firma S [REDACTED] Druckgesellschaft mbH, diese vertreten durch ihre Geschäftsführer Wolfgang R [REDACTED] und Heinz V [REDACTED], O [REDACTED] 39, S [REDACTED],
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -
3. der Firma Zeitungsverlag W [REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch die Firma Zeitungsverlag W [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch ihre Geschäftsführer Erich B [REDACTED], Rechtsanwalt Günther G [REDACTED] und Hans G. M [REDACTED], F [REDACTED]straße 36-38, E [REDACTED],
4. der Firma W [REDACTED] GmbH, vertreten durch ihre Geschäftsführer Dorita S [REDACTED] und Angelika L [REDACTED]-S [REDACTED], M [REDACTED]-straße 22, H [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Beklagte und Revisionsklägerinnen,

gegen

die Firma S [REDACTED] Kurier GmbH, W [REDACTED] Straße 239, S [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführerin Joung Shim K [REDACTED], K [REDACTED] 2, K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

23

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Februar 1985 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Merkel, Dr. Erdmann, Dr. Teplitzky und Dr. Mees

beschlossen:

Der I. Zivilsenat erklärt sich für unzuständig. Die Sache wird auf den Hilfsantrag der Klägerin an den Kartellsenat des Bundesgerichtshofes verwiesen.

G r ü n d e :

I. Die Klägerin verlangt von den Beklagten als Gesamtschuldnern 1 Mio. DM nebst Zinsen als Schadensersatz, weil die Beklagten sie durch einen kartell- und wettbewerbswidrigen Vernichtungswettbewerb vom Markt verdrängt hätten.

Die Klägerin hat von Oktober 1977 bis Juni 1978 im Raum S [REDACTED] das Anzeigenblatt "S [REDACTED] Kurier" (SK) herausgegeben. Diese Unternehmung war Teil eines von Dr. K [REDACTED] betriebenen Gesamtkonzeptes, nach welchem im Bundesgebiet selbständige Verlagsgesellschaften gegründet



werden sollten, die für die Werbung der Inseratskunden und für den Vertrieb der jeweiligen regionalen Anzeigenblätter zuständig sein sollten, während Druck, Redaktion und Zahlungswesen zentral die "D[REDACTED] V[REDACTED]- und F[REDACTED]-Zeitung V[REDACTED] Dr. K[REDACTED] KG" besorgen sollte. Diese sollte auch die Titel- und Verlagsrechte vergeben und die redaktionellen Beiträge liefern. Die Anzeigenerlöse sollten zwischen den örtlichen Gesellschaften und der Zentrale in einem bestimmten Verhältnis geteilt werden.

Die Beklagte zu 1 ist Herausgeberin der Tageszeitung "S[REDACTED] Zeitung"; deren Auflage betrug im Oktober 1977 56.000 Stück. Die Beklagte zu 2 ist ihre Schwesterfirma; in der von ihr betriebenen Druckerei wird die "S[REDACTED] Zeitung" gedruckt. Die Beklagten zu 3 und 4 verbreiten im Raum S[REDACTED] Regionalausgaben der Tageszeitungen "W[REDACTED] Rundschau" und "W[REDACTED]", im Oktober 1977 mit einer Tagesauflage von zusammen 10.400 Stück.

Als Anzeigenblatt erschien im Bereich S[REDACTED] bis Oktober 1977 der "S[REDACTED] Anzeiger" (SA), und zwar alle zwei Wochen in einer Auflage von 80.000 Exemplaren. Herausgeber war der Verleger T[REDACTED], der unter weitgehendem Verzicht auf Mitarbeiter die Anzeigenakquisition, den Satz und den Druck in seiner eigenen Druckerei besorgte.

Als bekannt geworden war, daß die Klägerin den SK herausbringen werde, beschlossen die Beklagten zu 1, 3 und 4 und der Verleger T[REDACTED] künftig gemeinsam ein Anzeigenblatt, den "S[REDACTED] W[REDACTED]-A[REDACTED]" (SWA) herauszugeben. Er sollte den bisherigen SA des Verlegers T[REDACTED] ersetzen und im Verbreitungsgebiet der "S[REDACTED] Zeitung"

mit einer wöchentlichen Auflage von 114.000 Stück erscheinen. Hierfür gründeten die vier Beteiligten eine Gesellschaft unter der Firma "S[REDACTED] Wochenanzeiger GmbH & Co. KG." (Vorgesellschaft), deren Eintragung ins Handelsregister jedoch zunächst unterblieb.

Mitte Oktober 1977 erschien der erste SK der Klägerin in drei Kombinationen mit einer Gesamtauflage von 119.100 Stück. Die Klägerin verlangte für einen Anzeigen-Millimeter in der Gesamtkombination von den ortsansässigen Inserenten 3,20 DM (Ortspreis). Aus ihm ergab sich ein sogenannter Tausenderpreis von Dpf 2,69. Die Vorgesellschaft brachte den ersten SWA am 20. Oktober 1977 in vier Kombinationen zu einem Ortspreis von 2,10 DM = Tausenderpreis von 1,84 Dpf heraus. Die Klägerin senkte zum 1. Januar 1978 - unter gleichzeitiger Kürzung der Auflage wegen Beschränkung des Verbreitungsgebietes - ihren Ortspreis auf 2,00 DM = Tausenderpreis von 2,17 Dpf. Am 20. Januar 1978 reduzierte auch die Vorgesellschaft - unter Erhöhung der Auflage - ihren Ortspreis auf nunmehr 1,60 DM, so daß der Tausenderpreis 1,37 Dpf betrug.

Im Januar 1978 schied der Verleger T[REDACTED] aus der Vorgesellschaft aus und brachte wiederum den SA mit einer Auflage von 98.000 Stück heraus, und zwar zu einem Ortspreis von DM 1,45 = Tausenderpreis von 1,48 Dpf.

Sowohl der SK als auch der SWA arbeiteten mit Verlust. Die Klägerin sah sich gezwungen, das Erscheinen des SK Ende Mai 1978 einzustellen. Der SWA wurde weiterhin vertrieben, nach Ausscheiden der Beklagten zu 3 und 4 aus der Vorgesellschaft unter Beteiligung der Beklagten zu 2 in der Rechtsform der KG. Bis Mitte 1979 hat diese mit Verlust

gearbeitet.

Zur Begründung ihres Schadensersatzverlangens hat die Klägerin unter anderem vorgetragen, der SWA sei lediglich als Abwehrblatt zu dem Zweck herausgebracht worden, den SK vom Markt zu verdrängen. Die Vorgesellschaft habe den SK mit einem ruinösen Preiswettbewerb bekämpft, in dem sie für jede Ausgabe des SWA einen Verlust von über 11.000,-- DM hingenommen habe; diesen habe sie nur mit den Gewinnen aus den Tageszeitungen ausgleichen können. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, die Beklagten zu 1, 3 und 4 hätten auf dem Markt der Anzeigenwerbung im Raum S [REDACTED] eine marktbeherrschende Stellung innegehabt und mit ihren Anzeigenblättern die Klägerin im Sinne des § 26 Abs. 2 GWB unbillig behindert; die Kalkulation des SWA sei von vornherein nicht auf Kostendeckung angelegt, sondern lediglich von der Absicht getragen worden, die Klägerin unbillig zu behindern und zu vernichten.

Die Beklagten haben dies in Abrede gestellt; mit ihrer Kalkulation hätten sie sich nicht an den Preisen der Klägerin, sondern allein an den Möglichkeiten des örtlichen Anzeigenmarktes orientiert. Die Preissenkung vom Januar 1978 habe dem Zweck gedient, das bis auf etwa eine Seite pro Ausgabe herabgesunkene Anzeigenvolumen zu steigern. Zwar habe der SWA in der Anlaufphase bis Mitte 1979 mit Verlusten gearbeitet. Mit der unveränderten Preisliste vom Januar 1978 habe der SWA jedoch ab zweitem Halbjahr 1979 die Gewinnschwelle überschritten und seit 1980 fortlaufend Gewinne erbracht. Die Kalkulation des SWA sei nach ordnungsgemäßen kaufmännischen Grundsätzen erfolgt. Der Mißerfolg des Anzeigenblattes der Klägerin habe auf Fehlern im Konzept des SK beruht.

Das Landgericht hat die auf die §§ 26, 35 GWB, 826 BGB gestützte Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat der Kartellsenat des Oberlandesgerichts die Klage aufgrund der §§ 22 Abs. 2, 26 Abs. 2 Satz 1 GWB dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Dagegen wenden sich die Revisionen der Beklagten, mit denen diese ihren Klageabweisungsantrag weiter verfolgen. Die Klägerin beantragt, die Rechtsmittel zurückzuweisen.

II. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagten zu 1, 3 und 4 und die von ihnen und T [REDACTED] gegründete Vorgesellschaft hätten ein marktbeherrschendes Oligopol im Sinne des § 22 Abs. 2 GWB gebildet. Der hierfür relevante Markt sei örtlich durch den gesamten Raum Siegen und gegenständlich durch die Anzeigengeschäfte in den insoweit als Einheit anzusehenden Anzeigenblättern und Tageszeitungen zu umschreiben. Auf diesem Markt seien die Beklagten zu 1, 3 und 4 und die Vorgesellschaft weder untereinander noch gegenüber Dritten einem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt gewesen. Die Vorgesellschaft habe mit dem SWA die Klägerin im Sinne des § 26 Abs. 2 Satz 1 GWB unbillig behindert.

III. Der Rechtsstreit ist zuständigkeitshalber an den Kartellsenat des Bundesgerichtshofes zu verweisen (§ 281 ZPO). Es handelt sich um eine Kartellrechtssache im Sinne des § 87 GWB, für die in der Revisionsinstanz ausschließlich der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes zuständig ist (§§ 96, 95 GWB).

1. Zwar bedarf es dann keiner Abgabe einer Kartellsache an den Kartellsenat, wenn der Klageantrag sowohl auf eine kartellrechtliche wie auf eine nicht-kartellrechtliche Anspruchsgrundlage gestützt wird und die Sache auch ohne Eingehen auf den kartellrechtlichen Anspruch

spruchreif ist, also abschließend entschieden werden kann. Das ist hier nicht der Fall. Denn die Aufhebung des angefochtenen Urteils mit der Folge der Klageabweisung wäre ohne Prüfung der §§ 26 Abs. 2, 35 GWB nicht möglich. Auch eine Zurückweisung der Revision, die ohne Prüfung des kartellrechtlichen Anspruchs allein denkbare Entscheidung, kommt nach Lage des Falles nicht in Betracht. Die aus dem Gesichtspunkt des § 1 UWG erforderliche Zurückverweisung wiederum kann nicht erfolgen ohne vorherige Prüfung, ob die Sache, wie das Berufungsgericht angenommen hat, aus dem kartellrechtlichen Gesichtspunkt im Sinne der Klägerin spruchreif ist bzw. ob die kartellrechtlichen Revisionsangriffe begründet sind. Dafür aber ist ausschließlich der Kartellsenat zuständig; es liegt kein Fall vor, in dem der Nicht-Kartellspruchkörper ausnahmsweise selbst über die kartellrechtlichen Fragen entscheiden kann (vgl. BGHZ 64, 342, 346 - Abschleppunternehmen; BGH vom 21.04.1975, WuW 1397, 1398 - Flugasche).

Von einer Verweisung kann auch unter dem Gesichtspunkt der Vermeidung eines unnötigen Umweges nicht abgesehen werden. Denn es liegt nicht ohne weiteres auf der Hand, daß auch die kartellrechtliche Beurteilung nur zu einer Zurückverweisung führen könnte. Ob die insoweit maßgeblichen Begriffe der "guten Sitten" und der "unbilligen Behinderung" deckungsgleich sind, hat der Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden. Insbesondere für den Fall der Preisunterbietung wird die Annahme vertreten, nach § 26 Abs. 2 GWB seien an ein unterbietendes marktbeherrschendes Unternehmen strengere Anforderungen zu stellen, als sie im Rahmen des § 1 UWG gelten (vgl. dazu P. Ulmer, AfP 1975, 870, 882, 883 - li.Sp. vor e; Munzinger, Mißbräuchliche Preise etc. nach § 22 GWB Seite 145; siehe auch für die parallele Frage des Verhältnisses des § 1 UWG zu § 37 a Abs. 3 GWB Hitzler in Anm. zum Beschluß des Kartellsenats des Bundesgerichtshofes vom 20. März 1984 -

BB 1985, 417, 420 unter 4 c). Hinzu kommt, daß im Falle der Zurückverweisung auf der Grundlage des § 1 UWG das Berufungsgericht für den Fall einer Verneinung der Sittenwidrigkeit für die dann erneut zu prüfende kartellrechtliche Frage im Rahmen des § 26 Abs. 2 GWB nicht darüber im unklaren gelassen werden kann, ob seine Beurteilung des relevanten Marktes und der Marktbeherrschung der rechtlichen Nachprüfung standhält. Diese Frage ist, wie die Revisionsbegründungen zeigen, nicht unproblematisch. Als unnötiger Umweg kann daher die Abgabe auch in dieser Hinsicht nicht angesehen werden.

2. Der im Rahmen der Zuständigkeitsregelung dem Senat allein offenstehenden Zurückweisung der Revisionen stehen unter dem Gesichtspunkt des § 1 UWG durchgreifende Bedenken entgegen.

a) Allein die Gründung eines "Abwehrblattes" durch die Beklagten läßt sich noch nicht als wettbewerbswidrig beanstanden. Auch den Verlegern von Tageszeitungen ist es grundsätzlich nicht verwehrt, mit besonderen Anzeigenblättern auf dem Markt zu erscheinen (vgl. BGH GRUR 1977, 668, 669 WAZ-Anzeiger). Der Umstand, daß der SWA dazu dienen sollte, im Wettbewerb mit dem SK das typischerweise auf Anzeigenblätter dieser Art entfallende Anzeigenaufkommen an sich zu ziehen, macht dessen Herausgabe noch nicht wettbewerbswidrig. Dagegen könnte in der gezielten Preisunterbietung, verbunden mit der überlegenen Finanzkraft der Beklagten eine wettbewerbswidrige Behinderung der Klägerin liegen, wenn diese darauf gerichtet ist, die Klägerin unter Mißachtung kaufmännischer Grundsätze aus dem Markt zu drängen und in ihrer Existenz zu vernichten. Doch kommt es insoweit auf die Gesamtumstände an (vgl. BGH GRUR 1979, 321 - Verkauf unter Einstandspreis).

b) Im Streitfall befanden sich beide Anzeigenblätter nach den Feststellungen im Einführungsstadium. Daß das Berufungsgericht schon in diesem Stadium, das auch nach Ansicht der Klägerin bei Anzeigenblättern erfahrungsgemäß jedenfalls nicht unter sechs Monaten liegt, volle Kostendeckung verlangt, ist unter dem Blickpunkt des § 1 UWG rechtsfehlerhaft. Denn das würde voraussetzen, daß ein Anzeigenblatt von Anfang an so viele Inserenten haben müßte, daß der Preis kostendeckend ist. Das wird nur in Ausnahmefällen zutreffen, die der rechtlichen Beurteilung nicht zugrundegelegt werden können. Derartige Unternehmen benötigen in der Regel eine Anlaufphase, bis es zu kostendeckenden Umsätzen kommt. Das muß jedenfalls für den Streitfall gelten, in dem dem örtlichen Markt dieses Anzeigenvolumen zusätzlich zum bisherigen Anzeigenaufkommen der Tageszeitungen abverlangt wurde, und das zudem gleichzeitig für zwei neue Anzeigenblätter. Demgegenüber steht nach dem Parteivortrag fest, daß die vollen Kosten, wie Druck, Papier, Anzeigenwerber, Geschäftsstelle etc. im wesentlichen sämtlich schon in der Anlaufphase anfallen.

Die Ansicht des Berufungsgerichts hätte auch zur Konsequenz, wie die Revisionen geltend machen, daß nach jeder Ausgabe der Anzeigenpreis neu - kostendeckend - festgesetzt werden müßte, je nach dem Erfolg der letzten Ausgabe. Demgegenüber wird mit Recht geltend gemacht, daß ein Anzeigenblatt unter kaufmännischen Gesichtspunkten schon im Einführungsstadium einen auf Dauer berechneten Preis haben muß. Nur damit kann es werben und sinnvoll tätig sein. Davon sind auch beide Parteien ausgegangen.

Beide haben, wie insbesondere die Beklagten behaupten und evtl. zu beweisen haben, ihre Preise im Hinblick auf ein längerfristiges Umsatzziel gewählt, das kalkulatorisch kostendeckend bzw. gewinnbringend war und das sie für erreichbar hielten, wenn auch unter dem Vorbehalt, es je nach der Reaktion des Marktes zu korrigieren.

Unter dem Gesichtspunkt des § 1 UWG kommt es danach darauf an, ob die Beklagten im Januar 1978 für den SWA einen nachhaltig erzielbaren Preis gewählt haben, der kaufmännisch im Hinblick auf das angestrebte Umsatzziel vertretbar war, oder ob sie ihrer Kalkulation eine zu diesem Preis ersichtlich nicht vertretbare Umsatzerwartung zugrundegelegt haben, die lediglich als Vorwand dienen sollte, einen gegen die Klägerin gezielten wettbewerbswidrigen KampfpPreis zu verdecken bzw. den Preis als kaufmännisch gerechtfertigt hinzustellen. Unter diesem Blickpunkt deutet die behauptete Erreichung der Kostendeckung des SWA Mitte 1979 darauf hin, daß die Wahl des - herabgesetzten - Preises am 20. Januar 1978 nicht wettbewerbswidrig war. Insoweit bedarf es jedoch noch der Feststellung darüber, ob die von den Beklagten seit 20. Januar 1979 geforderten Anzeigenpreise unter Berücksichtigung der konkreten wettbewerblichen Verhältnisse nach kaufmännischen Grundsätzen vertretbar waren, insbesondere ob ein gewissenhaft kalkulierender Kaufmann erwarten durfte, das zur Kostendeckung erforderliche Umsatzziel zu diesen Preisen erreichen zu können; ferner, ob die Kalkulation selbst kaufmännischen Grundsätzen entsprach, insbesondere ob der Druck des SWA bei der Beklagten zu 2 mit den variablen Kosten und einem Fixkostendeckungsbeitrag kaufmännisch vertretbar kalkuliert worden ist. Die weiter von der Klägerin geltend gemachten Umstände (Gründung des SWA als "Abwehrblatt", störende Verbandsaktivitäten, überlegene Finanzkraft der Beklagten) können nach Lage des Falles für sich allein die

Zurückweisung der Revision auf der Grundlage des § 1 UWG nicht rechtfertigen; sie können lediglich im Rahmen der Gesamtwürdigung von Bedeutung werden.

Das Berufungsgericht müßte deshalb, wenn die Verurteilung auf § 1 UWG gestützt werden soll, den von beiden Seiten angebotenen Sachverständigenbeweis erheben. Da der Rechtsstreit danach auf der Grundlage des § 1 UWG noch nicht spruchreif ist, bedarf es zunächst der Prüfung der Revisionsangriffe unter dem Gesichtspunkt des § 26 Abs. 2 GWB, für die der Kartellsenat ausschließlich zuständig ist.

IV. Der Senat hat im Interesse der Verfahrensbeschleunigung von der Möglichkeit einer Abgabe im Sinne des Geschäftsverteilungsplanes des Bundesgerichtshofes, die eine zusätzliche Anhörung erforderlich gemacht hätte, abgesehen und den Weg der Verweisung gemäß § 281 ZPO gewählt. Den insoweit erforderlichen Antrag hat der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin in der mündlichen Verhandlung

zwar nicht ausdrücklich gestellt. Der Senat hat seine Ausführungen im Rahmen der Erörterungen der Zuständigkeit des Kartellsenats aber in ihrem Zusammenhang dahin verstanden, daß die Klägerin für den Fall, daß der I. Zivilsenat zur Entscheidung über die Revisionen nicht zuständig sein sollte, hilfsweise die Verweisung an den Kartellsenat beantragt. Der nunmehr dazu gestellte Berichtigungsantrag des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin war zurückzuweisen, da der Senat die Voraussetzungen des § 319 ZPO nicht als gegeben ansieht.

v. Gamm

Merkel

Erdmann

Teplitzky

Mees