

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

UWG § 1

"Verkauf unter Einstandspreis II"

Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung des Verkaufs eines bekannten Markenartikels unter Einstandspreis bei Verkaufsaktionen des Handels, wenn dadurch der Ruf und/oder der Absatz des Artikels und das Ansehen des Herstellers, insbesondere beim Fachhandel, nicht jedoch die Vorstellung der Verbraucher über die Qualität des Artikels, beeinträchtigt werden.

BGH, Urt. v. 6. Oktober 1983 - I ZR 39/83 - OLG Frankfurt (M)
LG Frankfurt (M)

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 39/83

URTEIL

Verkündet am

6. Oktober 1983

Schwarz

Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma B [REDACTED] Aktiengesellschaft, R [REDACTED] Straße [REDACTED],
F [REDACTED] a M [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren Vorstand,
dasselbst,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die Firma G [REDACTED]-Märkte T [REDACTED], Warenhandelsgesellschaft, W [REDACTED]-Straße [REDACTED] - [REDACTED], M [REDACTED]/R [REDACTED],
2. die Firma G [REDACTED]-Märkte Emil T [REDACTED], offene Handelsgesellschaft, O [REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED], H [REDACTED],
beide vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter Erivan Karl Ha [REDACTED], Dipl.-Volkswirt, Wi [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED],
Dr. [REDACTED] und [REDACTED] -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 6. Oktober 1983
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm
und die Richter Dr. Merkel, Dr. Piper, Dr. Erdmann
und Dr. Scholz-Hoppe

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Frankfurt am Main vom 27. Januar 1983
wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin befaßt sich mit der Herstellung von
Elektrogeräten, vor allem Trockenrasierern. Ihr Spitzen-
produkt, sowohl von der Ausgestaltung als auch von der
Darstellung in der Werbung her, ist der Trockenrasierer
"B. micron plus". Die Beklagten sind Handelsunter-
nehmen, denen unter anderem Selbstbedienungswarenhäuser
und Verbrauchermärkte angeschlossen sind. Die Beklagten
boten im Oktober 1980 in einem Werbeprospekt für ver-
schiedene Städte, darunter Wi., den Trockenrasierer
"B. micron plus" der Klägerin als "Superknüller" zu
99,-- DM an. Unstreitig lag der Einkaufspreis der Beklag-
ten höher, nämlich zwischen 100,55 und 105,-- DM.

Die Klägerin hat vorgetragen, mit dem beworbenen Mo-
dell mache sich die Beklagte den besonders hohen Werbe-
wert ihres Spitzenmodells in sittenwidriger und täuschen-



der Weise im Wettbewerb zunutze. Das Gerät, das für sie die Leitlinie ihrer Produktion bedeute und das deshalb in besonders hervorgehobener Weise von ihr beworben werde, habe sie zur Marktführerin in Deutschland gemacht. Bei den Verbrauchern verbänden sich mit dem Gerät besondere Wertvorstellungen über ihre Produkte insgesamt. Diesen Ruf nutzten die Beklagten in unzulässiger Weise aus, indem sie die Geräte unter dem Einstandspreis anböten, die im Fachhandel für 129,-- bis 139,-- DM verkauft würden. Für die Beklagten habe kein absatzwirtschaftlicher Anlaß bestanden, das Produkt zum Verkauf unter dem Einstandspreis anzubieten. Die Klägerin habe auch, wie die Bevorratung in einzelnen Betriebsstätten zeige, gar nicht den Willen gehabt, das Gerät zu diesem Preis zu verkaufen, sondern habe nur auf ihr übriges Angebot hinweisen wollen. Der Preisunterschied zwischen dem Aktionspreis der Beklagten und den Marktpreisen bei dem Fachhandel berge, wie die Klägerin durch Vorlage des Gutachtens von Prof. Ahlert näher dargelegt hat, die Gefahr verschiedenartiger, für sie schädlicher, Fehldeutungen durch die Verbraucher und Händler in sich. Die Verbraucher gingen davon aus, bei einem solch niedrigen Preis verdiene der Handel noch etwas, ferner sei nicht auszuschließen, daß für die Verbraucher ein Artikel, der in eine im Vergleich von Konkurrenzartikeln niedrigere Preiskategorie absinke, auch eine niedrigere Qualität habe. Die Facheinzelhändler, auf deren Mitarbeit sie in besonderem Maße angewiesen sei, nähmen an, daß sie, die Klägerin, Sonderkonditionen eingeräumt haben müsse, die allein derartige Preisstellungen rechtfertigen könnten. Auch dadurch trete ein Ansehensverlust ein. Ihr Absatz bei den Fachhändlern, auf deren Mitwirkung sie in besonderem Maße angewiesen sei, sei beeinträchtigt worden. Sie habe einen Umsatzausfall gegenüber ihrem Planziel im letzten Quartal des Jahres 1980 in Höhe von 20 - 30 % infolge der Aktionen der Beklagten hinnehmen müssen. Die Beklagten hätten sich auch nicht darauf

beschränkt, die Geräte nur in einer einmaligen Sonderaktion anzubieten, sondern bis zum Mai 1981 seien auf einzelnen Märkten die Geräte zu diesem Preis angeboten worden, wobei allerdings der Schwerpunkt in der Zeit vom November bis Februar 1981 gelegen habe.

Die Klägerin hat beantragt,

1. den Beklagten bei Meidung von Ordnungsgeld bis zu einem Betrag von 500.000,-- DM, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollstrecken an ihren persönlich haftenden Gesellschaftern, für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu untersagen, den Trockenrasierer "B[REDACTED] micron plus" in ihren G[REDACTED]-Märkten zum Preis von 99,-- DM anzubieten und/oder zu verkaufen;
hilfsweise, wie vorstehend, sofern die Anpreisung in der im Anschluß an die Klageanträge wiedergegebenen Form (nämlich nach Maßgabe der konkreten Ankündigungen) erfolgt;
2. festzustellen, daß die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die unter 1. bezeichneten Handlungen entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie bestreiten das Vorbringen der Klägerin und weisen darauf hin, daß auch andere Verbrauchermärkte die Rasiergeräte zu einem erheblich niedrigeren Preis als zu 129,-- bis 139,-- DM abgegeben hätten. Sie haben ferner vorgebracht, die Verkaufsaktion sei eine einmalige überregionale Sonderaktion gewesen. In dem Verkauf unter Einstandspreis liege auch keine Ruf- oder Absatzschädigung. Die B[REDACTED]-Rasiergeräte-Reihe unterscheide sich nur unwesentlich von anderen Schwingkopfrasierern und werde von den meisten Versandhäusern und Kaufhäusern vertrieben, so daß die

Klägerin eine Exklusivität des Absatzes nur über den Fachhandel nicht für sich in Anspruch nehmen könne. Den Verbrauchern sei auch bewußt, daß die Artikel bei solchen Aktionsverkäufen besonders niedrig kalkuliert seien, und sie stuften deshalb Waren nicht güte- und qualitätsmäßig niedriger ein. Eine Irreführung über die Preisgestaltung ihres Gesamtangebotes habe sie dadurch ausgeschlossen, daß sie das Angebot als "Superknüller" bezeichnet habe, so daß erkennbar werde, daß es sich um ein besonders günstiges Angebot handele.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen (veröffentlicht WRP 1983, 344). Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht führt unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes aus, ein Verkauf unter Einstandspreis sei grundsätzlich nicht sittenwidrig. Von diesem Grundsatz sei auch beim Verkauf von Markenartikeln auszugehen. Besondere Umstände, die das Unwerturteil der Sittenwidrigkeit rechtfertigen könnten, lägen bei dem Angebot der Beklagten nicht vor.

Soweit die Klägerin geltend mache, bei den Verbrauchern würden ihre durch besondere Gestaltung und technischen Fortschritt bekannten Geräte, insbesondere ihr Spitzenmodell, aber auch ihr Unternehmen als solches, durch die Unter-Einstandspreis-Angebote der Beklagten in ihrem Ruf gefährdet, sei darauf zu verweisen, daß nach Aufhebung

der Preisbindung in den Verkaufsgewohnheiten ein Wandel eingetreten sei. Die These von der Verknüpfung von Preis und Güte in der Vorstellung der Verbraucher sei wirklichkeitsfremd geworden. Auch stehe die Bezeichnung als "Superknüller" im Streitfall einer Abwertung des Produkts in den Augen der Verbraucher entgegen. Denn dies schließe Vorstellungen dahin aus, das Erzeugnis sei deshalb so billig, weil es nicht mehr vollwertig sei oder nicht mehr dem neuesten Stand der Technik oder des Marktes entspreche.

Soweit die Klägerin vortrage, die Preispolitik der Beklagten führe für sie zu einer Rufschädigung und Absatzbehinderung beim Fachhandel, möge zwar dem Gutachten Ahlert darin zu folgen sein, daß die Klägerin wegen der Art ihrer Produkte auf die Mitarbeit des Fachhandels besonders angewiesen sei, und daß dieser zu einer Zusammenarbeit nur schwer bereit sei, wenn die Klägerin den Beklagten Verkäufe zu so abweichenden Preisen gestatte oder zumindest in Verdacht gerate, dies durch ihre Konditionen zu ermöglichen. Da aber nach Aufhebung der Preisbindung jeder Händler in seiner Kalkulation, die auch eine Mischkalkulation sein könne, freigestellt sei, die Klägerin auch keine Vertriebsbindung eingeführt habe, müsse sie eine solche Preispolitik und deren Folge für die Beziehung zum Fachhandel hinnehmen.

Die Klägerin habe auch nicht etwa wiederholt und planmäßig in der beanstandeten Art geworben, was das Berufungsgericht im einzelnen darlegt. Auf eine etwaige Nachahmungsgefahr schließlich und auf mögliche Auswirkungen auf das Marktgeschehen könne sich die Klägerin aus tatsächlichen Gründen nicht berufen.

Das Berufungsgericht hält den Klageantrag auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Irreführung (§ 3 UWG) für begründet, was es näher ausgeführt hat.

II. Die dagegen gerichtete Revision hat keinen Erfolg.

1. Der Bundesgerichtshof hat die hier anstehende Frage, ob ein nicht durch betriebswirtschaftliche oder wettbewerbliche Zwänge veranlaßter Verkauf eines bekannten Markenartikels unter Einstandspreis gegen § 1 UWG verstößt, wenn damit eine Ruf- und Absatzschädigung des Herstellers und seines Markenartikels verbunden ist, bisher nicht entschieden. Soweit die Revision den Senatsurteilen Elbe-Markt (GRUR 1978, 649) und mini-Preis (GRUR 1978, 652) eine Vorentscheidung dahin entnehmen zu können glaubt, daß, wenn ganz allgemein eine Ruf- und/oder Absatzschädigung dargelegt und bewiesen ist, ein Verstoß gegen § 1 UWG vorliege, dann findet das in jenen Urteilen keine hinreichende Grundlage. Das Elbe-Markt-Urteil befaßt sich der Sache nach lediglich mit der Anwendung des § 3 UWG; das mini-Preis-Urteil betraf eine Aktion von so geringem Ausmaß, daß schon die Darlegung der Interessenverletzung nicht ausreichend war. Bei dieser Sachlage hat es der Senat dahingestellt gelassen, ob und evtl. unter welchen weiteren Voraussetzungen derartige Aktionen als sittenwidrig zu beurteilen sind (aaO S. 654 mini-Preis).

2. Im Urteil vom 31. Januar 1979 (GRUR 1979, 321 - Verkauf unter Einstandspreis) bestand kein Anlaß, die beanstandete Vertriebsmethode unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung der Interessen des Markenartikel-Herstellers zu prüfen. Gegenstand des Angebots war eine Ware (Mineralwasser), für die ein besonderer Ruf als Markenartikel nicht geltend gemacht worden war. Die Klage war auch unter dem Aspekt des Schutzes von Mitbewerber- und nicht von Herstellerinteressen erhoben worden. Auf die in jenem Verfahren der Beurteilung im Hinblick auf eine etwa wettbewerbswidrige Behinderung zugrundege-

legten Gesichtspunkte - ob das Unter-Einstandspreis-Angebot die Zielsetzung habe oder dahin führen könne, die Mitbewerber vom Markt zu verdrängen und dadurch den Wettbewerb auf dem Markt nahezu oder völlig aufzuheben, oder ob damit zu rechnen sei, daß Mitbewerber solche Preisaktionen in einem Maße nachahmten, daß es zu einer gemeinschaftsschädlichen Störung des Wettbewerbs kommen könne (aaO S. 323) - hat sich die Klägerin im vorliegenden Verfahren nicht berufen, dazu auch keine Tatsachen vorgetragen. Die Beurteilung des vorliegenden Streitfalles ist auf die Frage der Interessenverletzung des Markenartikelherstellers unter dem Gesichtspunkt der Ruf- und/oder Absatzschädigung durch Unter-Einstandspreis-Angebote beschränkt. In jenem Urteil ist ausgesprochen worden, daß derartige Angebote, sofern keine besonderen Umstände vorlägen, jedenfalls wenn die Selbstkosten nur zeitweilig oder gelegentlich unterschritten würden, grundsätzlich nicht als sittenwidrig anzusehen seien (aaO S. 322). Soweit demgegenüber Sack (WRP 1983, 63, 70 f) geltend gemacht hat, dieser Grundsatz müsse zur Erleichterung der Darlegungs- und Beweislast der Betroffenen dahin umgekehrt werden, daß Unter-Einstandspreis-Angebote grundsätzlich als wettbewerbswidrig behandelt würden (ähnlich Bunte, GRUR 1981, 397; so schon Becher, BB 1954, 297), bedarf es im Streitfall keiner Stellungnahme, weil das Berufungsgericht Behauptungen der Klägerin über eine Ruf- und Absatzschädigung im wesentlichen als richtig unterstellt hat, die den zu stellenden Anforderungen entsprechen, so daß es hier auf die Frage einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast nicht ankommt.

3. Die Revision rügt hinsichtlich des zugrundegelegten Sachverhalts zunächst, das Berufungsgericht habe sich mit dem ins einzelne gehenden Vorbringen der Klägerin zu den Auswirkungen der Preisaktionen der Beklagten auf ihre Interessen nicht näher befaßt, insbesondere nicht mit dem von ihr eingereichten betriebswirtschaftlichen Gutachten des Prof. A■■■■■, habe auch diese Interessenverletzungen nur isoliert und nicht in einer Gesamtbetrachtung beurteilt.

Es ist allerdings richtig, daß das Berufungsurteil die von der Klägerin geltend gemachten Beeinträchtigungen eher pauschal unter dem Begriff Ruf- und Absatzschädigung abgehandelt hat und auf die von der Klägerin durch Vorlage des Gutachtens eingehend spezifizierten Auswirkungen des beanstandeten Verhaltens nicht näher eingegangen ist.

Doch läßt das Urteil erkennen, daß das Berufungsgericht - mit einer Ausnahme - die wesentlichen geltend gemachten Nachteile zugrundegelegt hat. Als unzutreffend hat es lediglich die Klagebehauptung behandelt, daß dem Markenartikel der Klägerin durch die beanstandete Vertriebsmethode in den Augen der Verbraucher eine Verminderung des Qualitätsimages drohen könne, weil das Publikum verbreitet vom Preis auf die Qualität der Ware schließe, also einen zum Niedrigpreis angebotenen Artikel auch für geringwertig halte. Soweit das Berufungsgericht dem entgegengehalten hat, nach Aufhebung der Preisbindung sei die These von der Verknüpfung von Preis und Güte in der Vorstellung der Verbraucher wirklichkeitsfremd geworden (so auch Reimer, GRUR 1974, 568; Kraft, WRP 1975, 38; a.A. Gaedertz, GRUR 1980, 613) mag das in dieser Allgemeinheit nicht unbedenklich sein. Das Be-

4

rufungsgericht hat aber seine Feststellung auch damit begründet, daß die konkrete Gestaltung der Werbung, insbesondere die Bezeichnung der Ware als "Superknüller" der Vorstellung, es handele sich wegen des Niedrigpreises um eine geringwertige Ware, hinreichend entgegenwirke. Das kann im Streitfall, jedenfalls im Zusammenhang mit der weiteren Feststellung, daß die Ware der Klägerin allgemein einen guten Ruf genießt, aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Denn das Publikum erwartet erfahrungsgemäß bei bekannten und geschätzten Markenartikeln in der Regel auch dann eine Ware von gewohntem Qualitätsstandard, wenn diese unter Umständen, wie sie hier festgestellt worden sind, zum Niedrigpreis angeboten wird. Umstände, die hier eine andere Feststellung rechtfertigen könnten, sind nicht vorgetragen worden.

Das Revisionsgericht sieht danach, dem Gutachten A [REDACTED] folgend (vgl. dessen Inhalt in verallgemeinerter und erweiterter Form in WRP 1983, 459 ff), als teils festgestellte, teils unterstellte Urteilsgrundlage an, daß infolge der Angebote der Beklagten der Absatz der Markenartikel der Klägerin Einbußen erleiden kann, weil seine Eignung zur Befriedigung von Prestigebedürfnissen und bei Geschenken - zur Demonstration von Wertschätzung gegenüber dem Beschenkten - vermindert werden kann; ferner wird für das Revisionsverfahren davon ausgegangen, daß als Folge der Unter-Einstandspreis-Angebote der Beklagten eine Verminderung der Bereitschaft der Verbraucher eintritt nach Auslaufen der Aktion den Artikel wieder zu höheren Preisen zu kaufen, sowie, daß eine gewisse Verminderung des Kaufinteresses eintreten könnte als Folge einer nachlassenden Service-Bereitschaft des Fachhandels. Weitere Gefahren/Schädigungen sind danach für das Absatzsystem der Klägerin im Hinblick auf die mit dem Beklagten konkurrierenden Fachhandelskunden zu

besorgen, weil der Erfolg der Einzelhändler durch diese Aktionsangebote beeinträchtigt wird mit der Folge einer sinkenden Bereitschaft des Handels, den Artikel zu fördern. Als schädigend ist auch zu berücksichtigen, daß bei den Händlern der Eindruck entstehen kann, in den Einkaufskonditionen ungerechtfertigt benachteiligt worden zu sein; außerdem können zu Lasten des Fachhandels beim Verbraucher Vorurteile dahin entstehen, es würden zu hohe Preise verlangt und das ganze Fachhandelssortiment sei im Preis überhöht, was zu Vorbehalten gegenüber den Artikeln der Klägerin, sogar zu Auslistungen führen könne.

Es kann offenbleiben, ob das Berufungsgericht feststellen wollte, daß das Angebot der Beklagten sämtliche dieser Wirkungen in erheblichem Umfang mit sich bringen kann. Jedenfalls ist die Unterstellung des Berufungsurteils, die auch der Lebenserfahrung nicht widerspricht, dahin zu verstehen, daß insgesamt im vorliegenden Fall von der Gefahr erheblicher Nachteile der Klägerin für den Absatz ihrer Artikel und für ihren Ruf im Fachhandel ausgegangen werden muß.

4. Den so abgegrenzten Streitstoff hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei entschieden.

a) In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes legt das Berufungsgericht zutreffend zugrunde, daß der Kaufmann im Rahmen der bestehenden marktwirtschaftlichen Ordnung grundsätzlich frei ist in der Gestaltung seiner Preise. Der Grundsatz der freien Preisbildung gilt auch im Verhältnis zwischen Hersteller und Handel, wie zuletzt mit der Aufhebung der Preisbindung für Markenwaren durch die GWB-Novelle 1973 unterstrichen worden ist. Daß ihm wettbewerbsrechtlich besondere Bedeutung

beizumessen ist, zeigt auch die Zurückhaltung, die die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und schon des Reichsgerichts seit jeher gegenüber dem Verlangen nach Eingriffen in die freie Preisgestaltung geübt hat, soweit es sich nicht um Irreführungen oder um die Unterbietung von zulässigen Preisbindungen oder von öffentlich-rechtlichen Tarifen etc. gehandelt hat. Dementsprechend begründet auch der Umstand allein, daß ein Kaufmann durch die Preisgestaltung eines Mitbewerbers Einbußen erleidet, wettbewerbsrechtlich nicht ohne weiteres den Vorwurf der Unlauterkeit (st. Rspr., vgl. BGH aaO - Verkauf unter Einstandspreis S. 322, 323). Nichts anderes gilt für den Fall, daß ein Hersteller durch die Preisgestaltung eines Abnehmers beeinträchtigt wird. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht danach im Streitfall nicht schon allein in der Tatsache schädigender Auswirkungen der Preisaktion der Beklagten einen Verstoß gegen § 1 UWG gesehen.

b) Ohne Erfolg macht die Klägerin geltend, eine Unter-Einstandspreis-Politik der Art, wie sie hier die Beklagten betreiben, beruhe ganz allgemein betriebswirtschaftlich nicht auf vernünftigen kaufmännischen Erwägungen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann die Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbshandlung nicht mit verfehlten betriebswirtschaftlichen Überlegungen begründet werden (BGHZ 23, 365, 375 - Suwa; BGHZ 43, 278, 283 - Kleenex; BGH GRUR 1957, 600, 601 - Westfalen-Blatt; BGH GRUR 1967, 256, 258 - Stern). Soweit sich solche Handlungen als Behinderung anderer Marktteilnehmer darstellen, hat der Senat bereits in der Entscheidung "Verkauf unter Einstandspreis" (aaO S. 322 r. Sp. vorl. Abs.) die Auffassung gebilligt, daß es im Rahmen der Preisgestaltungsfreiheit nötig sei, aber - um die für eine unzulässige Behinderung

sprechenden Indizien zu widerlegen - auch genüge, daß sich der Anbieter durch ein vernünftiges und anzuerkennendes Eigeninteresse leiten läßt. Als Wahrnehmung eines solchen Interesses ist es dort anerkannt worden, auf den Werbeeffect eines Unter-Einstandspreis-Angebots zu setzen, um sich, wie im Streitfall, durch erhöhten Umsatz eine Gewinnsteigerung zu verschaffen. Dem kann nicht entgegengehalten werden, es sei nicht mehr Ausdruck einer besonderen Leistungsfähigkeit und damit auch nicht mehr vom Leistungsprinzip gedeckt, wenn ein Kaufmann unter Selbstkosten verkaufe (P. Ulmer, GRUR 1977, 565, 572; Sack, WRP 1983, 63, 71; Bunte, GRUR 1981, 397, 401). Dem liegt die Vorstellung zugrunde, der Kaufmann müsse auf einen Stückgewinn ausgehen. Dabei wird aber vernachlässigt, daß jedenfalls in Handelsbetrieben mit breitem Sortiment, wie dem der Beklagten, das Unternehmensziel und die Preispolitik betriebswirtschaftlich nicht darauf gerichtet sein müssen, für jede einzelne Ware einen Stückgewinn zu erzielen, sondern daß dort in der Regel mit dem Absatz des gesamten Sortiments ein möglichst günstiges Betriebsergebnis erzielt werden soll (vgl. dazu Scholz, WRP 1983, 373, 375).

5. a) Mit der Verwendung des Markenartikels der Klägerin für werbende Niedrigpreisangebote nutzen die Beklagten allerdings, wie die Klägerin geltend macht, den Ruf der bekannten Marke, der wesentlich auf der Leistung der Klägerin beruht, entgegen deren Marketing-Vorstellungen für eigene abweichende Vertriebsinteressen aus. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erfährt, wie ausgeführt, der Markenartikel der Klägerin durch die beanstandete Vertriebsmethode in den Augen der Verbraucher keine Minderung in den bestehenden Qualitätsvorstellungen. Die bloße Verfolgung eines eigenen - von den Überlegungen des Herstellers abweichenden - Vertriebskonzepts kann

jedoch für sich nicht als wettbewerbswidrig angesehen werden. Die Beklagten sind schon im Hinblick auf den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Handlungsfreiheit im Wettbewerb nicht verpflichtet, sich dem Vertriebskonzept der Klägerin anzuschließen. Dieses geht, wie sich aus ihrem Vorbringen ergibt, dahin, ein technisch hochwertiges Produkt in einer Industrieform herauszubringen, die unverwechselbar ist und für die sie künstlerischen Wert in Anspruch nimmt. Das Produkt soll durch eine umfassende Werbung von gleichem Anspruch dem Publikum als ein Spitzenerzeugnis mit Prestigewert präsentiert werden und diese Vorstellung soll durch einen angemessenen Marktpreis unterstützt werden, der dem Produkt die Förderung durch den Fachhandel auf dem Gebiet des Verkaufs und der Kundendienstleistungen gewährleisten soll. Eine solche, die allgemeine Markenartikelkonzeption noch ausbauende, Unternehmenspolitik ist im Rahmen des Wettbewerbs zwar legitim, genießt aber seit Aufhebung der Preisbindung für Markenartikel durch die GWB-Novelle 1973 keinen rechtlichen Schutz gegenüber wettbewerbsrechtlichen Beeinträchtigungen durch Händler, die sich denjenigen Preisvorstellungen nicht anschließen, die nach dem Konzept der Klägerin notwendig sind, um den Ruf und den Absatzerfolg des Artikels sicherzustellen. Da die abweichende Preispolitik von Handelsformen, wie sie die Beklagten repräsentieren, wie erörtert, als kaufmännisch vertretbar im Rahmen des Wettbewerbs ebenfalls eine legitime Konzeption darstellt, kann die Klägerin durch § 1 UWG auch nicht dagegen geschätzt werden, daß die Beklagten dabei die für eine andere Vertriebskonzeption gedachten Vorleistungen der Beklagten im Rahmen ihres Vertriebs mit verwerten. Dabei geht es letztlich nicht darum, Ruf- und Absatzschäden durch ein Verbot des Unter-Einstandspreis-Verkaufs als solchen zu

verhindern. Denn die Gefährdung beruht nicht auf der Unterschreitung gerade des Einstandspreises, sondern auf einer auffallenden Differenz zwischen dem Marktpreis einerseits und dem Niedrigpreis-Angebot andererseits, mag dieses über - oder unter dem Einstandspreis liegen. Im Streitfall jedenfalls ist die Differenz zwischen beiden Preisen so erheblich, daß die Beklagte auch mit Niedrigpreisen über Einstandspreis die Interessen der Klägerin in kaum geringerem Maße beeinträchtigen würde, als mit ihren geringfügig unter dem Einstandspreis liegenden Angeboten (vgl. auch die Untersagungsverfügung der Landeskartellbehörde Bayern WuW/E LKartB 223).

Die Anerkennung, daß unter Einstandspreis-Angebote der vorliegenden Art grundsätzlich gegen § 1 UWG verstoßen, würde rechtslogisch eine Rechtsprechung dahin nach sich ziehen müssen, daß Niedrigpreis-Aktionen selbst über Einstandspreis gegen diese Vorschrift verstoßen. Denn wenn es richtig wäre, daß die Unter-Einstandspreis-Politik deswegen als sittenwidrig zu beurteilen sei, weil sie zu Ruf- und Absatzschädigung des Markenartikels führt, dann wäre es zwingend, daß solche Schäden auch bei Niedrigpreis-Angeboten über Einstandspreis als sittenwidrig angesehen werden müßten. Damit würde aber (etwa mit der "Wechselschwelle" - vgl. Ahlert, WRP 1983, 467 unter 4.2 und Gutachten Anhang Tabellen 4 und 18) eine allgemeine Preisuntergrenze bei bekannten Markenartikeln kraft Richterspruch eingeführt, die dann sogar, weitergehend als eine Preisbindung, allgemeinverbindlich wäre. Die Auslegung des § 1 UWG würde sich damit in einen unververtretbaren Gegensatz zu den Gründen setzen, die den Gesetzgeber zur Aufhebung der Preisbindung für Markenwaren in der GWB-Novelle 1973 veranlaßt haben, aber auch zu den Gründen, aus denen in der UWG-Novelle 1969 auf ein Verbot von sog. Lockvogel-Angeboten außerhalb des Irreführungstatbestandes

verzichtet wurde (vgl. GRUR 1969, 338, 339). Insoweit bestehen Grenzen des Lauterkeitsschutzes (vgl. Hefermehl Festschrift für E. Ulmer, GRUR Int. 1983, 507, 511).

b) Ob eine solche Niedrigpreis-Politik unter struktur- und wettbewerbspolitischen Gesichtspunkten unzulässig oder problematisch ist, weil, wie das Bundeskartellamt in einer Untersagungsverfügung nach § 37 a GWB ausführt, mittelständische Unternehmen dazu wirtschaftlich nicht in der Lage sind (vgl. BKA Beschl. v. 5. Mai 1983 - WuW/E BKartA 2029, 2037 Co-op Bremen), ist bei der Anwendung des § 1 UWG nicht zu prüfen (vgl. BGHZ 43, 278, 283 - Kleenex, s. dazu u.a. auch Lehmann, GRUR 1977, 580 f, 633 f m.w.N.; differenzierend P. Ulmer, aaO, S. 579). Solche Umstände sind, soweit es um die Beurteilung von Preisunterbietungen geht, nur in dem Rahmen zu berücksichtigen, der im Urteil "Verkauf unter Einstandspreis" dargelegt ist, also wenn es sich um einen gezielten Verdrängungswettbewerb, eine Gefährdung des Wettbewerbs in seinem Bestand oder um gemeinschädliche Auswirkungen handelt (BGH aaO S. 323). Dazu ist, wie erörtert, im Streitfall nichts vorgetragen worden.

6. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe als einen besonderen Umstand, der gerade im Streitfall das Verbot rechtfertige, nicht rechtsfehlerfrei die Intensität und den Umfang der Aktionen gewürdigt. Sie verweist darauf, daß die Beklagte solche Angebote über einen längeren Zeitraum, jedenfalls von Oktober bis Weihnachten 1980, in einzelnen Filialen auch noch bis Mai 1981, fortgesetzt habe, also zur Hauptumsatzzeit, und auch im Sinne des Urteils "Verkauf unter Einstandspreis" (aaO S. 323 li. Sp. oben) nicht nur gelegentlich, so erworben habe. Es kann aber aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, daß das Berufungsgericht den Zeitraum

und den festgestellten Umfang der Aktion nicht als hinreichenden Grund zur Annahme einer Wettbewerbswidrigkeit beurteilt hat.

Die Frage, welche Grenzen insoweit zu ziehen sind, ist in dem genannten Urteil nicht entschieden worden. Es wurde lediglich der allgemein gehaltenen Äußerung des dortigen Berufungsurteils entgegengetreten, unter Einstandspreis-Angebote seien immer zulässig, auch wenn sie wiederholt oder ständig erfolgten. Daraus feste Regeln derart abzuleiten, daß etwa eine bestimmte Zahl von Unter-Einstandspreis-Aktionen in einem bestimmten Zeitraum unbedenklich, eine andere Zahl aber sittenwidrig sei, erscheint rechtlich bedenklich. Es kommt insoweit stets unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles darauf an, ob die Intensität des Vorgehens Schlüsse auf wettbewerbswidrige Absichten oder Auswirkungen zuläßt, wie etwa eine gezielte Behinderung oder Verdrängung oder einen Angriff auf den Bestand des Wettbewerbs (vgl. BGH aaO S. 323).

Wenn das Berufungsgericht im Streitfall in tatrichterlicher Würdigung aus dem festgestellten Umfang und zeitlichen Ablauf der Aktion keine derartigen Schlüsse gezogen hat, so ist das nicht zu beanstanden. Zwar stellte der gewählte Zeitraum im Jahresverlauf die Hauptabsatzzeit für die Geräte der Klägerin dar, und die Auswirkung der Aktion kann im Hinblick auf den Vertrieb in 28 Filialen der Beklagten und den Umfang der dafür betriebenen Werbung sowie des vom Berufungsgericht als richtig unterstellten Klagevortrags über einen (gemessen am Planziel) von vorübergehenden Umsatzrückgang von 20 - 30 % nicht als gering angesehen werden. Anhaltspunkte über das Vorliegen eines gezielten Verdrängungswettbewerbs oder eine Gefahr für den Fortbestand des Wettbewerbs auf dem Rasierermarkt mußte dem das Berufungsgericht aber aus Rechtsgründen nicht entnehmen.

III. Gegenstand des Rechtsstreits ist nur die Beurteilung des Unter-Einstandspreis-Angebots unter dem Gesichtspunkt des § 1 UWG. Soweit das Berufungsgericht den Klageanspruch auch unter dem Gesichtspunkt des § 3 UWG erörtert und verneint hat, ist es über den Streitgegenstand hinausgegangen. Denn die Klägerin hat im Prozeß geltend gemacht (Schriftsatz vom 12.10.1982 und Berufungsbegründung S. 4), daß der Anspruch auf § 1 UWG gestützt werde, und daß die Klägerin den Fall des § 3 UWG nicht meine, deshalb auch nicht angesprochen habe und darauf nicht eingehen wolle. Das stellt eine hinreichende und für das Gericht bindende Klarstellung des Streitgegenstandes dar. Es bedarf deshalb auch keines Eingehens auf die - offenbar nur vorsorglich erhobenen - Angriffe der Revision gegen diesen Teil der Urteilsgründe.

IV. Die Revision war danach, auch hinsichtlich des Hilfsantrages, zurückzuweisen. Im Hinblick auf den klagabweisenden Tenor des Berufungsurteils und die Klarstellung des Streitgegenstandes bedarf es keiner prozessualen Folgerungen, soweit das Berufungsgericht die Klage auch unter dem Gesichtspunkt des § 3 UWG abgewiesen hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

v. Gamm

Merkel

Piper

Erdmann

Scholz-Hoppe