

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

UWG § 1; GWB § 26 Abs. 3

"Unentgeltliche Übernahme
der Preisauszeichnung"

Zur Frage von Beweiserleichterungen, wenn der Kläger im Wettbewerbsprozeß geltend macht, ihm bzw. den hinter ihm stehenden Unternehmen sei es wegen der Gefahr wirtschaftlicher Repressalien nicht zumutbar, die Identität dieser Firmen preiszugeben.

BGH, Urt. v. 22. April 1982 - I ZR 66/80 - OLG Saarbrücken
LG Saarbrücken

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 66/80

URTEIL

Verkündet am
22. April 1982
Mehrhof
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., ver-
treten durch ihr geschäftsführendes Vorstandsmitglied
Dr. Marcel K[REDACTED], L[REDACTED]straße [REDACTED], B[REDACTED] v.d.H.,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Firma G[REDACTED] - H[REDACTED] L[REDACTED], Dr. Walter B[REDACTED] GmbH &
Co. KG, L[REDACTED], H[REDACTED]straße, vertreten durch die persönlich
haftende Gesellschafterin, in Firma Dr. Walter B[REDACTED] GmbH,
diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Dr. Walter B[REDACTED],
St. W[REDACTED]-U[REDACTED], H[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. April 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Zülch und Dr. Teplitzky

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Saarbrücken vom 5. März 1980 wird auf
Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist ein Verband zur Förderung gewerblicher Interessen im Sinne des § 13 Abs. 1 UWG, dessen satzungsgemäße Aufgabe in der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs besteht. Die Beklagte betreibt einen Verbrauchermarkt. Sie gehört als Gesellschafterin einer größeren Einzelhandelsgruppe an, die durch eine Koordinationsstelle gemeinsam einkauft. Für die Einkäufe wurde das mehrseitige Formular einer "Konditionsvereinbarung und -bestätigung" verwandt, in dessen Spalten die vereinbarten Preise, Boni und Vertragsbedingungen einzutragen bzw. anzukreuzen waren. In Position 8.1 a war anzukreuzen, ob die Ware "SB-ausgezeichnet" zu liefern war. Die Beklagte hat über die Koordinationsstelle mit zahlreichen Lieferanten nach diesem Formular Vereinbarungen abgeschlossen, so auch am 2.12.1975 mit der Firma VLG S., wobei die Position zu 8.1 a angekreuzt wurde.



Die Klägerin hat behauptet, für die Preisauszeichnung werde den Lieferanten von der Beklagten kein Entgelt gewährt. Sie hat die Ansicht vertreten, das Verlangen und Vereinbaren einer unentgeltlichen Preisauszeichnung durch die Beklagte verstoße gegen § 1 UWG, unter anderem unter dem Gesichtspunkt unzulässiger Ausnutzung von Nachfragemacht, es sei aber auch als Verstoß gegen die Zugabeverordnung zu werten.

Nachdem die Klägerin im Verfügungsverfahren ihren Anspruch durchgesetzt hat (vgl. OLG Saarbrücken WRP 1977, 364), hat sie im vorliegenden Hauptverfahren beantragt,

der Beklagten zu verbieten, von Lieferanten der von ihr verkauften Waren die unentgeltliche, stückweise Auszeichnung von Waren mit den von der Beklagten geforderten Endverkaufspreisen zu verlangen oder dies mit den Lieferanten zu vereinbaren.

Die Beklagte hat bestritten, daß die Preisauszeichnung unentgeltlich erfolge. Sie hat dazu behauptet, die Auszeichnung sei Bestandteil der Hauptleistungspflicht der Lieferanten entsprechend der Konditionsvereinbarung. Das Entgelt sei in den jeweils vereinbarten Preisen enthalten. Durch diese würden der Warenwert und die Dienstleistungen abgegolten. Lieferanten, die die Preisauszeichnung nicht vornähmen, gewährten einen größeren Rabatt oder räumten andere Vorteile ein. Eine mißbräuchliche Ausnutzung von Nachfragemacht liege nicht vor. Gegenüber den großen Lieferfirmen habe sie keine solche Machtstellung. Sie zeichne z.T. auch bei kleineren Lieferanten selbst die Preise aus, obwohl sie dort ihre Position als großer Nachfrager zur Geltung bringen könnte.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Auf die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht nach Beweiserhebung das Urteil des Land-

gerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der diese den Klageantrag weiterverfolgt. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht führt aus, es halte trotz der (teils zustimmenden, teils ablehnenden) Kritik an seinem Urteil vom 6.4.1977 im Verfügungsverfahren daran fest, daß die durch den Warenlieferanten vorgenommene unentgeltliche oder nicht voll vergütete Einzelpreisauszeichnung gegen § 1 UWG verstoße, wenn der Einzelhändler diese durch Einsatz seiner Nachfragemacht erreiche und die damit verbundene Aufgabenverlagerung von einer Wirtschaftsstufe auf die andere zu einer Ungleichbehandlung von weniger marktmächtigen Mitbewerbern führe, die das nicht erlangen können. Eine solche Ausnutzung der Marktmacht sei auch dann wettbewerbswidrig, wenn sie sich darin auswirke, daß die Aufnahme von Waren in das Sortiment davon abhängig werde, daß der Lieferant die Ware unentgeltlich stückweise auszeichne. Gleichwohl habe die Klage keinen Erfolg, weil die Klägerin die Unentgeltlichkeit der Preisauszeichnung nicht nachgewiesen habe. Zwar habe der vernommene Zeuge, der Anfang 1979 im Auftrage des Markenverbandes einen repräsentativen Querschnitt von Lieferanten der Beklagten aus der Lebensmittel-, Körperpflege-, Waschmittel- sowie Putzmittel- und Pflegemittelbranche befragt habe, ob diese Lieferanten die Preisauszeichnung durchführten, ob eine Vergütung gewährt werde, und wenn nicht, ob die Frage der Gegenleistung nicht angesprochen oder ein Entgelt von der Beklagten abgelehnt worden sei, bekundet, von den 18 Firmen, die geantwortet hätten, hätten 13 erklärt, daß sie die Preisauszeichnung bei der Beklagten durchführten, und zwar unentgeltlich.

Hierbei sei von einem Teil berichtet worden, daß Versuche, von der Beklagten ein Entgelt zu erlangen, vergeblich gewesen seien. Demgegenüber hätten jedoch die Zeugen, die im Auftrag der Handelsgruppe die Konditionsvereinbarungen mit den Lieferanten getroffen hätten, ausgesagt, daß sie zu keiner Zeit die unentgeltliche Preisauszeichnung verlangt hätten, daß es den Lieferanten vielmehr freigestanden habe, diese selbst durchzuführen, und daß sich die Übernahme jeweils wertmäßig entweder bei den Werbekostenzuschüssen, den Mengenrabatten oder dem Nettopreis niedergeschlagen hätte. Das stimme mit der Aussage des Lieferanten O. [REDACTED] überein, wonach dieser die von ihm angebotene Preisauszeichnung im Angebotspreis berücksichtigt habe. Auch deuteten die vorgelegten Preiskonditionen dreier weiterer Firmen, nach denen für die Preisauszeichnung jeweils ein konkreter Gegenwert gefordert werde, darauf hin, daß die Preisauszeichnung bei der Beklagten nicht unentgeltlich erfolgt sei und erfolge. Danach sei der Nachweis der Unentgeltlichkeit nicht erbracht, zumal der von der Klägerin benannte Zeuge lediglich Informationen Dritter habe weitergeben können, was seinen Bekundungen nur geringeres Gewicht verschafft habe.

Das Berufungsgericht führt weiter aus, eine Verkürzung oder Umkehr der Beweislast der Klägerin komme nicht in Betracht. Der Klägerin, der auch das Ergebnis der vom Markenverband veranlaßten Umfrage im einzelnen bekannt sei, sei es ohne weiteres möglich, ihre Informanten und die des Markenverbandes als Zeugen zu benennen. Wenn sie von diesem Beweismittel - aus welchen Gründen auch immer - keinen Gebrauch mache, so könne sich dies jedenfalls nicht durch eine Beweislastverkürzung oder -umkehr zu ihren Gunsten auswirken. Danach entfalle sowohl die Anwendbarkeit des § 1 UWG als auch der Zugabeverordnung.

II. 1. Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist für die Wettbewerbswidrigkeit einer für den Einzelhandel vorgenommenen Preisauszeichnung durch den Warenlieferanten entscheidend, daß die Preisauszeichnung unentgeltlich (oder jedenfalls nicht voll vergütet) vorgenommen wird, der Einzelhändler dies durch Einsatz seiner Nachfragemacht erreicht und dadurch weniger marktmächtige Mitbewerber des Einzelhändlers von den Lieferanten ungleich behandelt werden oder auch der Warenbezug des Einzelhändlers davon abhängig werde, daß eine solche unentgeltliche Preisauszeichnung vorgenommen werde.

Dieser Ausgangspunkt wird von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen. Die Revisionserwiderung wendet zwar ein, es handle sich um eine zulässige Verlagerung tatsächlich anfallender Arbeitsabläufe mit einem kalkulierbaren Kostenfaktor und damit um ein Teilelement des gesamten, individuell vereinbarten Leistungsaustausches, der wertungsmäßig in der Aushandlung der Gesamtkonditionen Berücksichtigung finde. Damit wird die Revisionserwiderung dem Berufungsurteil jedoch nicht voll gerecht. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Klägerin die von ihr beanstandete Unentgeltlichkeit der Einzelpreisauszeichnung nicht habe nachweisen können. Das Berufungsgericht ist also davon ausgegangen, daß die Verlagerung der Preisauszeichnung vom Einzelhandel auf die Lieferanten wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstandender Teil der Gesamtvertragskonditionen sein kann, wenn diese Leistung im freien Aushandeln und in der freien Bewertung der Gegenleistung ihren Niederschlag findet. Dementsprechend hat es das Berufungsgericht als entscheidend angesehen, ob Leistung und Gegenleistung frei ausgehandelt worden sind oder ob - durch sittenwidrigen Einsatz von Nachfragemacht - die Preisauszeichnung durch die Lieferanten als unentgeltliche Sonderleistung erbracht worden ist. Letzteres hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß als nicht nachgewiesen erachtet.

2. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsverstoß davon ausgegangen, daß die Klägerin für die behauptete unentgeltliche Vornahme der Einzelhandelspreisauszeichnung durch die Lieferanten der Beklagten im einzelnen darlegungs- und beweispflichtig ist.

Die Revision macht insoweit geltend, die Klägerin sei im Streitfall zu weiterer Darlegung und Beweisführung nicht genötigt, weil die Beklagte den dahingehenden Vortrag der Klägerin nicht substantiiert bestritten habe. So habe sich die Beklagte nicht zu den Fällen erklärt, die die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 9. April 1979 Seite 13 unter Nennung der 16 Lieferanten vorgetragen hatte. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Klägerin hatte insoweit vorgetragen, die Gesamtheit der befragten Mitarbeiter dieser Firmen habe übereinstimmend bestätigt, daß man bei der Handelsgruppe, der die Beklagte angehöre, die Preisauszeichnung unentgeltlich vornehme bzw. vornehmen müsse und daß in keinem Falle auch nur die Möglichkeit einer Verhandlung über eine Preisauszeichnungsvergütung von den Einkäufern der beklagten Gruppe eingeräumt worden sei. Da dieser Vortrag weder nach Ort, Zeit, Person der Verhandelnden noch im Hinblick auf Einzelheiten solcher Besprechungen mit bestimmten Firmen und über bestimmte Waren substantiiert worden war, brauchte die Beklagte sich nicht im einzelnen zu diesen angeblichen Vorfällen zu erklären, um ihrer prozessualen Mitwirkungspflicht zu genügen. Sie konnte sich vielmehr mit der in ihrem Schriftsatz vom 15.5.1979 enthaltenen allgemeineren Darlegung begnügen, wie und mit welchem die Annahme der Unentgeltlichkeit ausschließlichen Inhalt solche Verhandlungen allgemein von ihren Einkäufern nach ihren Weisungen abgewickelt worden seien, ohne Zeit, Ort und Person der an den Verhandlungen Beteiligten im einzelnen darzulegen.

3. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht auch angenommen, die Beweiserhebung über die Unentgeltlichkeit sei nicht schon durch die Berufung der Klägerin auf das vorgelegte Formular der "Konditionenvereinbarung" entbehrlich geworden, das nicht ausdrücklich ein Entgelt für die Preisauszeichnung vorsieht und im Falle der Firma VLG S. auch ein solches nicht enthält. Zwar kann das Fehlen einer gesonderten Ausweisung ein Indiz für die Klagebehauptung darstellen. Es hätte im Streitfall dadurch verstärkt werden können, daß sich nach dem Inhalt des Formularvertrages alle Konditionen auf die Originalpreislisen der Lieferer bezogen. Dies hätte aber vorausgesetzt, daß diese Listen lediglich die reinen Warenpreise enthalten hätten. Das Berufungsgericht hat das aber ohne Rechtsverstoß nicht als ausreichend dargelegt, bzw. als nicht nachgewiesen angesehen. Das ergibt sein Hinweis auf die Aussage des Zeugen O., er habe die Kosten der Preisauszeichnung bereits in seinem Angebotspreis berücksichtigt. Ersichtlich geht das Berufungsgericht dabei davon aus, daß die Forderung der Preisauszeichnung durch die Beklagte deren Lieferanten nicht unbekannt geblieben ist und daß diese jedenfalls die Möglichkeit hatten, sich darauf einzustellen und die Kosten einzukalkulieren. In einem solchen Falle kann aber im Sinne des hier in Rede stehenden Tatbestandes nicht von einer Unentgeltlichkeit gesprochen werden. Gerade die im Streitfall vorgelegte Vereinbarung mit der Firma VLG S. war geeignet, diese Bedenken zu verstärken, weil darin auf eine gesonderte Preisvereinbarung vom 16.2.1976 verwiesen worden ist. Allerdings kann es anders beurteilt werden, wenn der Preisvereinbarung allgemeine Preislisten der Hersteller zugrundegelegt werden und festgestellt werden kann, daß in diese die Kosten der Preisauszeichnung nicht einkalkuliert sind, wofür sprechen könnte, daß diese Listen auch dann verwandt werden, wenn Preisauszeichnungspflichten nicht übernommen

werden. Da im Streitfall dazu vom Berufungsgericht nichts festgestellt werden konnte, ist es kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht das Fehlen einer ausdrücklichen Entgeltvereinbarung für sich allein nicht als hinreichenden Sachvortrag, jedenfalls aber nicht als ausreichenden Beweis für die Unentgeltlichkeit der Übernahme der Preisauszeichnung angesehen hat.

4. Der Hauptangriff der Revision richtet sich dagegen, daß das Berufungsgericht die Klägerin wegen der Nichtbenennung von Zeugen für den Ablauf konkreter Vertragsverhandlungen als beweisfällig behandelt hat. Auch insoweit hat die Revision keinen Erfolg. Sie verkennt nicht, daß bei Klagen aus § 1 UWG und §§ 1, 2 ZugabeVO die Beweislast für das wettbewerbswidrige Handeln grundsätzlich den Kläger trifft. Sie rügt aber die Auffassung des Berufungsgerichts, im Streitfall sei es der Klägerin ohne weiteres möglich gewesen, ihre Informanten und die des Markenverbandes als Zeugen zu benennen und so von sich aus eine abschließende Klärung herbeizuführen. Dabei sei verkannt worden, daß die Klägerin Umstände vorgebracht habe, die eine solche Benennung unmöglich, jedenfalls aber unzumutbar gemacht hätten, nämlich die auf der Furcht vor wirtschaftlichen Repressalien beruhende Weigerung der betroffenen Firmen, Beweismittel zur Verfügung zu stellen. Diese besonderen Umstände müßten zu einer Beweiserleichterung ähnlich der in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes für besondere Fallgestaltungen gewährten führen.

Dem kann für die im Streitfall festgestellten Umstände nicht zugestimmt werden. Der Bundesgerichtshof hat zwar wiederholt Beweiserleichterungen bei besonderen Fallgestaltungen für geboten angesehen (vgl. BGH GRUR 1963, 270 = WRP 1962, 404 - Bärenfang; GRUR 1961, 356 = WRP 1961, 158 - Pressedienst; GRUR 1975, 78 = WRP 1974, 552 - Preisgegenüberstellung).

Voraussetzung war dabei, daß der Kläger außerhalb der für die Beurteilung der Wahrheit entscheidenden Tatumstände stand und keine Möglichkeit hatte, den Sachverhalt von sich aus aufzuklären, während der Beklagte die nötige Aufklärung ohne weiteres geben konnte und ihm das nach den Umständen auch zumutbar war. Auf den Streitfall können diese Grundsätze jedenfalls nicht unmittelbar angewandt werden, weil das Berufungsgericht festgestellt hat, daß es der Klägerin jedenfalls tatsächlich möglich war, ihre Informanten und die des Markenverbandes als Zeugen zu benennen, sie also die Möglichkeit hatte, den Sachverhalt von sich aus aufzuklären. Daß diese Feststellung rechtsfehlerhaft getroffen sei, ist nicht ersichtlich. Es ist im Prozeß wiederholt zum Ausdruck gekommen, daß die Klägerin einen Musterprozeß führt, der auch im Interesse der Industrie Klarheit über wettbewerbsrechtliche Fragen von allgemeiner Bedeutung bringen sollte, und daß sie hinsichtlich des klagebegründenden Sachverhalts Informationen von den betroffenen Herstellern erhalten hat. Bestätigt wird dies durch den Inhalt der Aussage des von der Klägerin benannten Zeugen, wonach die im Schriftsatz der Klägerin vom 9.4.1979 namentlich genannten Firmen jedenfalls gegenüber der Klägerin grundsätzlich auskunftsbereit waren.

Ob Beweiserleichterungen auch für den Fall in Betracht kommen, daß der Kläger die rechtlich erheblichen Umstände des Falles zwar darlegen und unter Beweis stellen könnte, dies aber aus Furcht vor wirtschaftlichen Repressalien gegenüber den betroffenen Lieferanten nicht für zumutbar hält, bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Denn der Streitfall ist nicht so gelagert, daß das Berufungsgericht eine Unzumutbarkeit hätte bejahen müssen. Die Klägerin hatte in der Berufungsinstanz in ihrem Schriftsatz vom 9. April 1979 Seite 13 die Firmen bereits namentlich aufgeführt, die sie über das als wettbewerbswidrig beanstandete Verhalten der

Beklagten unterrichtet hatten. Wenn das Berufungsgericht es bei dieser Lage für zumutbar gehalten hat, daß die Klägerin konkrete Beweisanträge stellt, so kann das nicht beanstandet werden. Denn damit waren die beschwerdeführenden Firmen bereits "enttarnt", so daß die Gefahr von Repressalien durch die begehrte Beweiserleichterung nicht mehr abgewendet werden konnte. Zusätzlich hätte die Klägerin lediglich noch diejenigen Personen benennen müssen, die auf Seiten der Lieferfirmen an den Verhandlungen teilgenommen haben. Wenn die Firmen sich geweigert haben sollten, die Namen ihrer Mitarbeiter zu nennen, so wäre das mit einem eigenen Schutzbedürfnis nicht zu rechtfertigen gewesen. Zum Schutz der Mitarbeiter aber war das nicht erforderlich, weil sich etwaige Repressalien nicht gegen diese Angestellten, sondern lediglich gegen die Firma selbst richten konnten. Die danach unbegründete Weigerung muß sich die Klägerin, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, nach Lage des Falles zurechnen lassen.

Im übrigen ist zu bemerken, daß unbeschadet der Frage, ob in Fällen dieser Art Beweiserleichterungen überhaupt in Betracht gezogen werden können, die Frage der Zumutbarkeit sich jedenfalls dann nicht stellt, wenn, wie im Streitfall, führende Unternehmen einer Branche lediglich Schwierigkeiten von Seiten eines nur regional bedeutenden Unternehmens unter Umständen, wie sie hier vorliegen, zu besorgen haben. Gefährdungen dieses Umfangs gehören in der Regel zu den Risiken, die marktstarken Unternehmen im Rahmen eines wettbewerbsrechtlichen Musterprozesses zugemutet werden müssen.

Die Revision war danach mit der Kostenfolge aus
§ 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

v. Gamm

Alff

Merkel

Zülch

Teplitzky