

12

BUNDESGERICHTSHOF

2048 047

IM NAMEN DES VOLKES

Ib_ZR_107/65

URTEIL

Verkündet am
27. September 1967
Häge,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Mietwagenunternehmerin Ursula H [REDACTED], W [REDACTED] -
[REDACTED], Am L [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den eingetragenen Verein "A [REDACTED] vorm. K [REDACTED]
[REDACTED] e.V. W [REDACTED]",
vertreten durch den Vorstand, dieser vertreten durch
die Vorstandsmitglieder Ernst W [REDACTED], W [REDACTED]
[REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED], und Adolf P [REDACTED], W [REDACTED]
[REDACTED], F [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 1967 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Dr. Sprenkman, Dr. Mösl, Alff und Prof.Dr. Bökelmann

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. Mai 1965 teilweise geändert wie folgt:

Unter Zurückweisung der Anschlußberufung des Klägers wird auf die Berufung der Beklagten Ursula H. das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Wuppertal vom 1. Dezember 1964 dahin abgeändert, daß die Klage gegen diese Beklagte im vollen Umfang abgewiesen wird, soweit sie nicht in der Hauptsache erledigt ist.

Der Kläger trägt die außergerichtlichen Kosten des zunächst an Stelle der Beklagten Ursula H. verklagten Fritz J. H. Von den außergerichtlichen Kosten der Beklagten Ursula H. in erster Instanz werden dem Kläger 4/5 und der Beklagten 1/5 auferlegt. Von den bisher entstandenen erstinstanzlichen Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten, soweit sie nicht durch das Versäumnisurteil vom 8. Oktober 1963 dem Beklagten zu 3 auferlegt worden sind, tragen der Kläger 4/10 und die Beklagte 1/10.

- 3 -

Die Kosten der Berufungsinstanz werden zu 4/5 dem Kläger und zu 1/5 der Beklagten auferlegt.

II. Die Kosten des Revisionsverfahrens hat der Kläger zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger, ein im Vereinsregister eingetragener Verein von Kraftdroschkenbesitzern, hatte Klage gegen drei verschiedene Mietwagenunternehmer wegen behaupteter Verstöße gegen das Personenbeförderungsgesetz und gegen die Regeln des lautereren Wettbewerbs erhoben. In die Berufungsinstanz ist nur mehr der Rechtsstreit gegen die Beklagte gelangt, die der Kläger zu verurteilen beantragt hatte,

es bei Vermeidung von Strafen zu unterlassen, Kunden ihres Mietwagenunternehmens oder von Kunden ihres Mietwagenunternehmens beauftragten Dritten, die sich zuvor fernmündlich zum Zwecke der Bestellung eines Mietwagens an die Beklagte gewandt hatten, einen Betrag von 0,30 DM zu zahlen oder dessen Zahlung zu versprechen, insbesondere wenn dies durch Ausgabe von Gutscheinen geschieht, die bei Vorlage durch Dritte mit jeweils 0,30 DM honoriert werden.

Nachdem die Beklagte in der mündlichen Berufungsverhandlung erklärt hatte, sie nehme nicht das Recht für sich in Anspruch, anderen Personen als Gastwirten den Betrag von 0,30 DM für eine telefonische Mietwagenbestellung zu erstatten, haben die Parteien das Klagebegehren in

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



der Hauptsache für erledigt erklärt, soweit es sich gegen die Gewährung eines Betrages von 0,30 DM an andere Personen als Gastwirte richtete.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie trägt vor, eine Vergütung von 0,30 DM hätten immer nur die Inhaber von Gaststätten erhalten, über deren Telefonanschlüsse Mietwagen bestellt worden seien. Bis Anfang März 1965 sei der Betrag in der Weise vergütet worden, daß ihre Fahrer nach fernmündlicher Bestellung dem Gaststätteninhaber einen numerierten Gutschein ausgehändigt hätten, der bei Vorlage mit 0,30 DM eingelöst worden sei; seit diesem Zeitpunkt erhielten interessierte Gastwirte Gutschriftkarten mit Raum für 50 Eintragungen, auf denen die telefonisch herbeigerufenen Fahrer die Bestellungen schriftlich bestätigten, und die mit 15,- DM eingelöst würden.

Das Landgericht hat die Klage, soweit der Klageantrag jetzt noch im Streit ist, abgewiesen; das Oberlandesgericht hat die Beklagte verurteilt, es zu unterlassen,

Inhabern von Gaststätten, die von Gästen zur Bestellung eines Mietwagens beauftragt wurden und die sich zum Zwecke der Bestellung eines Mietwagens fernmündlich an die Beklagte gewandt haben, einen Betrag von 0,30 DM zu zahlen oder dessen Zahlung zu versprechen, insbesondere wenn dies durch Ausgabe von Gutscheinen oder Gutschriftkarten geschieht, die bei Vorlage honoriert werden.

Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht in tatsächlicher Hinsicht davon aus, daß die Beklagte solchen Gastwirten, die bei ihr fernmündlich einen Mietwagen für einen Gast bestellt haben, den Betrag von 0,30 DM bezahlt oder zu zahlen verspricht; dies geschehe nach den eigenen Angaben der Beklagten, um sich von den Gastwirten gegen Erstattung der Unkosten für Telefongespräche Kunden zu führen zu lassen, also zu Zwecken der Werbung und des Wettbewerbs. Dabei sei die Beklagte zunächst so verfahren, daß ihre Fahrer nach fernmündlicher Bestellung dem Gastwirt einen Gutschein über 0,30 DM ausgehändigt hätten; später habe sie den interessierten Gastwirten Gutschriftkarten ausgehändigt, auf denen die telefonisch herbeigerufenen Fahrer die Bestellungen schriftlich bestätigt hätten und die nach 50 Eintragungen mit 15,- DM eingelöst worden seien.

1. Für die rechtliche Beurteilung dieses Verhaltens hat das Berufungsgericht verschiedene Fälle unterschieden.

a) Es ist zunächst von dem Fall ausgegangen, daß der von einem Gast um die Bestellung eines Mietwagens gebetene Gastwirt dem Gast das Telefongespräch nicht berechnet, so daß im Endergebnis der Gast, in dessen Auftrag der Wirt handelte, der Begünstigte ist. Diesen Fall hat es so behandelt, als ob die Beklagte den Betrag von 0,30 DM unmittelbar an den Fahrgast als den Besteller zahlen würde, und hat darin für den Regelfall, daß nämlich der Fahrpreis bis zu 10,- DM betrage, einen Verstoß gegen das Rabattgesetz erblickt.

Das Rabattgesetz, so führt der Berufungsrichter aus, hindere den Unternehmer nicht an freier Preisgestaltung und verwehre es auch der Beklagten nicht, die mit der Bestellung eines Mietwagens normalerweise verbundenen Telefonkosten etwa in der Weise zu übernehmen, daß sie ihren Tarif allgemein um 0,30 DM senke. Dies dürfe aber nicht in einer Weise geschehen, daß der werbewirksame Eindruck entstehe, als gewähre die Beklagte einen Nachlaß von mehr als 3 v.H. auf den Preis, den sie als ihren Normalpreis gegenüber dem Letztverbraucher kenntlich mache oder in der Mehrzahl der Fälle verlange. Das Publikum sei daran gewöhnt, daß es die mit der Bestellung eines Mietwagens verbundenen Telefonkosten selbst zu tragen habe; wenn die Beklagte einen Betrag von 0,30 DM verspreche und zahle, dann sei dies als Nachlaß auf den "eigentlich" geschuldeten Normalpreis anzusehen, der in aller Regel die gesetzlich zugelassene Höchstgrenze von 3 v.H. übersteige, nämlich bei allen Fahrten bis zu einem Fahrpreis von 10,- DM. Nach der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei ein Rabattverstoß nicht dadurch ausgeschlossen, daß zwischen dem Gewährenden (der Beklagten) und dem Begünstigten (dem Fahrgast) ein Dritter (der Gastwirt) eingeschaltet sei und daß der Preisnachlaß in Form der Freistellung von einer an sich geschuldeten Zahlung gewährt werde.

b) Diese Darlegungen halten, wie der Revision zugeben ist, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Es trifft zwar zu, daß bei der Auslegung des Rabattgesetzes auch wirtschaftliche Gesichtspunkte mit zu be-

rücksichtigen sind; das bedeutet indessen nicht, daß unterschiedslos jede Regelung dem Rabattverbot unterstellt werden dürfte, durch die ein Käufer oder Verbraucher auch nur im wirtschaftlichen Endergebnis vorteilhafter eine Ware oder Leistung erwerben kann als ein anderer Letztverbraucher. Das gesetzliche Verbot richtet sich nicht schlechthin gegen jede Vergünstigung, die ein Letztverbraucher zu erlangen vermag; untersagt ist vielmehr, eine solche Vergünstigung auf einem bestimmten Wege zu gewähren oder dies anzukündigen, nämlich auf dem Wege, daß ein Unternehmer, der die Ware veräußert, von dem angekündigten oder in seinem Geschäft allgemein geforderten Preise dem Letztverbraucher einen Nachlaß von mehr als 3 v.H. oder unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 RabG einen Sonderpreis einräumt (BGH NJW 1967, 391, 392 - BSW).

Voraussetzung für einen Rabattverstoß ist demnach, daß dem Letztverbraucher überhaupt erkennbar wird, ihm werde von dem Unternehmer ein Preisvorteil eingeräumt. Daran fehlt es im vorliegenden Fall aber in zweierlei Hinsicht. Zum einen überläßt es die Beklagte der freien Entscheidung des Gastwirts, ob er den ihm gewährten Ersatz der Telefonunkosten an den Gast weitergeben und diesem gegenüber auf die Bezahlung des Gesprächs verzichten wolle; läßt er sich aber das Gespräch von dem Gast nicht bezahlen - und nur für diese Fälle nimmt das Oberlandesgericht einen Rabattverstoß an -, dann wird er nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils "in die Lage versetzt, auf eine Erstattung der Telefongebühren zu verzichten und seinem Gast gegenüber großzügig aufzutreten, der von der Erstattungsvereinbarung meist nichts wissen wird".

Danach ist davon auszugehen, daß die Beklagte schon keinen Einfluß darauf nimmt, ob der Letztverbraucher in den Genuß des erstatteten Betrages von 0,30 DM kommt, und daß ferner in den Fällen, in denen der Gast das Telefongespräch nicht berechnet bekommt, für ihn in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle nicht ersichtlich ist, daß ihm diese Vergünstigung im wirtschaftlichen Ergebnis von der Beklagten gewährt wird. Somit kommt es nur im doppelten Ausnahmefall zu der Gewährung einer für den Fahrgast erkennbar von der Beklagten herrührenden Vergünstigung: einerseits geht das Berufungsgericht von der nach der Lebenserfahrung als naheliegend anzusehenden Gefahr aus, daß die Gastwirte von den Gästen in den in Rede stehenden Fällen die Telefongebühr verlangen und die von der Beklagten erstatteten 0,30 DM als reine Werbepremie für sich behalten; geben die Wirte aber - ausnahmsweise - den Vorteil weiter, dann tun sie das wiederum in der Regel in der Form, daß sie ihren Gästen gegenüber großzügig auftreten und den Anschein erwecken, als ob sie selbst die Telefongebühr trügen. Die Beklagte braucht daher allenfalls damit zu rechnen, daß nur in einer verschwindenden Minderheit von Fällen dem Fahrgast ein Preisvorteil von mehr als 3 v.H. gewährt wird, der für den Gast erkennbar auf die Beklagte zurückgeht. Dazu kommt aber vor allem, daß nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils die Beklagte in den noch im Streit befindlichen Fällen die Erstattung von jeweils 0,30 DM nicht den Fahrgästen, sondern lediglich den Gastwirten verspricht, über deren Telefon ihre Mietwagen bestellt werden. Das tut sie, um sich von den Gastwirten Kunden zuführen zu lassen, also zu Zwecken der Werbung und des Wettbewerbs. Danach hat die Beklagte weder ein Interesse daran, daß die Gastwirte die in

Rede stehende Vergünstigung an die Fahrgäste weitergeben, noch tut sie von sich aus etwas dazu, daß die Fahrgäste von der Erstattung der Telefongebühr an die Wirte erfahren oder gar in ihren Genuß kommen. Nach dem Willen der Beklagten sollen vielmehr die Gastwirte den Betrag von 0,30 DM als Anreiz dafür erhalten, daß sie auch in weiteren Fällen die Wagen der Beklagten bestellen. Bei dieser Sachlage kann nicht davon gesprochen werden, daß die Beklagte den Fahrgästen entgegen § 1 RabG einen Preisnachlaß auf den normal geschuldeten Fahrpreis ankündige oder gewähre.

2. a) Für die rechtliche Beurteilung des Falles, daß der Gastwirt die von der Beklagten erstatteten 0,30 DM als Werbeprämie für sich behält, geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Einsatz Dritter als Werbevermittler und die Zahlung einer Vergütung für diese Vermittlertätigkeit nicht ohne weiteres unlauter sei; jedoch bestünden im vorliegenden Fall Besonderheiten, die den Vorwurf wettbewerbswidrigen Verhaltens (§ 1 UWG) rechtfertigten. Diese Besonderheiten sieht das Oberlandesgericht darin, daß der Gastwirt gegenüber seinem Gast zumeist nicht offen als bezahlter Vermittler der Beklagten in Erscheinung trete; der Gast vertraue vielmehr darauf, daß der um die Bestellung eines Wagens gebetene Wirt uneigennützig denjenigen Unternehmer auswählen werde, den er für empfehlenswert halte. Auch wenn es dem Gast nicht wesentlich darauf ankomme, wer die Fahrt durchführe, nehme er jedenfalls nicht an, daß die Auswahl durch Zahlungen beeinflusst werde. Die heimliche Gewährung solcher Zahlungen führe zu einer Verzerrung des Leistungswettbewerbs und sei unvereinbar mit guten kaufmännischen Gepflogenheiten.

b) Auch diese Darlegungen greift die Revision zu Recht an.

aa) Für die rechtliche Betrachtung hat die - an sich nach der Lebenserfahrung nicht fernliegende - Gefahr außer Betracht zu bleiben, daß einem Gast, der eine Kraftdroschke (Taxi) wünscht, auf die hier in Rede stehende Weise ein Mietwagen vermittelt wird, ohne daß er über den Sachverhalt aufgeklärt wird; daß ein solches Verhalten wettbewerbswidrig ist, hat der erkennende Senat schon mehrfach entschieden (BGH GRUR 1965, 361 - Taxi-Bestellung; 1965, 607 - Funkmietwagen). Solche Fälle werden jedoch von dem angefochtenen Urteil nicht erfaßt, das nur verbietet, Inhabern von Gaststätten, die von Gästen zur Bestellung eines Mietwagens beauftragt wurden, die hier streitige Vergütung zu zahlen. Ob der diesem Urteilsspruch zugrunde liegende Klageantrag (Verbot an die Beklagte, "... von Kunden ihres Mietwagenunternehmens beauftragten Dritten, die sich zuvor fernmündlich zum Zwecke der Bestellung eines Mietwagens an die Beklagte gewandt hätten", die Vergütung zu zahlen) eine demgegenüber weitere Auslegung des Inhalts zugelassen hätte, daß der Auftrag des "Kunden" - also des Gastes, der erst durch die in Rede stehende Vermittlung des Gastwirts Kunde der Beklagten wurde - an den "Dritten" - den Gastwirt - auch auf Bestellung eines Taxis gelaute haben könnte, muß dahingestellt bleiben; denn selbst wenn der Klageantrag so auszulegen wäre, dürfte der Entscheidung des Revisionsgerichts, da nur die Beklagte Revision eingelegt hat, nur die engere Fassung der Urteilsformel zugrunde gelegt werden. Danach ist es dem Revisionsgericht verwehrt, das Verhalten der Beklagten unter dem rechtlichen Gesichtspunkt

zu würdigen, ob es die Wirte dazu ermuntern könnte, auch solchen Gästen, die nicht schon von sich aus einen Mietwagen bestellen wollen, sondern Auftrag zur Bestellung eines Taxis oder schlechthin eines "Wagens" erteilen, einen Mietwagen der Beklagten aufzudrängen.

bb) Für den so eingeschränkten Gegenstand der rechtlichen Würdigung ist der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts zutreffend, daß die Einschaltung von nicht berufsmäßigen Kundenwerbern gegen Gewährung von Werbeprämien nicht wettbewerbsfremd ist (BGH GRUR 1959, 285 - Bienenhonig). Geht man von diesem Grundsatz aus, dann bietet der vorliegende Fall entgegen der Meinung des Berufungsgerichts keine Besonderheiten, die ausnahmsweise eine andere Beurteilung rechtfertigten. Weder ist die Werbeprämie unverhältnismäßig hoch noch sind sonstige Umstände ersichtlich, die die ernstliche Gefahr von Mißständen heraufbeschwören könnten. Dabei ist davon auszugehen, daß von der Urteilsformel nur die Fälle erfaßt werden, in denen der Gastwirt tatsächlich ein Telefongespräch geführt hat, und daß die Vergütung von 0,30 DM dem Betrag entspricht, der in Gaststätten üblicherweise für ein Ortsgespräch verlangt wird. Unter diesen Umständen stellt die Tatsache, daß der Wirt dem Gast die Gewährung der "Prämie" von 0,30 DM nicht offenbart, noch keine die Wettbewerbswidrigkeit begründende Besonderheit dar; denn die Gewährung von Werbeprämien ist nicht nur dann zulässig, wenn sie dem geworbenen Kunden bekannt ist; vielmehr wird sie in vielen Fällen unbekannt bleiben, sei es, weil derwerbende keinen Anlaß hat, die Tatsache, daß er eine Prämie erhält, zu offenbaren, sei es, daß dem Geworbenen die Gewährung einer Prämie gleichgültig ist oder ohnehin naheliegend erscheint. Dafür, daß die Wirte wegen der

Prämie die Beklagte aus unsachlichen Gründen anderen Unternehmern vorgezogen hätten, die etwa zuverlässiger oder preiswerter gefahren wären, ist weder etwas vortragen noch ersichtlich; das Berufungsgericht geht vielmehr selbst davon aus, daß es dem Gast nicht wesentlich darauf ankomme, welcher Unternehmer die Fahrt ausführe. Unter diesen Umständen wird aber der Gast nicht erwarten, daß der von ihm um Bestellung gebetene Wirt nach einem festen Turnus alle in Betracht kommenden Unternehmer der Reihe nach beauftragt, sondern er wird damit rechnen, daß ein dem Wirt bekannter und mit ihm ständig zusammenarbeitender Unternehmer gerufen wird. Darüber, ob der Wirt im Rahmen einer solchen Zusammenarbeit eine geringfügige Vergütung für die von ihm aufgewendete Mühe erhält, wird sich der Gast, wenn er die Auswahl schon dem Wirt überläßt, nach der Lebenserfahrung keine Gedanken machen.

Ferner besteht - anders als in dem Bienenhonig-Fall (BGH aaO) - unter den hier gegebenen Umständen nicht die Gefahr, daß die Gewährung der Prämie zu einer umfangreichen Werbetätigkeit und dadurch zu einer ungebührlichen Belästigung der Allgemeinheit führen könnte; denn der Wirt erhält nur dann Gelegenheit sich die "Prämie" zu verdienen, wenn er von einem Gast um die Bestellung eines Mietwagens gebeten wird, so daß keine Gefahr besteht, er werde sich durch die in Aussicht gestellte Prämie zu einer übersteigerten Werbetätigkeit verleiten lassen.

3. Nach allem ist der noch im Streit befindliche Klageanspruch abzuweisen, da das Verhalten der Beklagten weder einen Rabattverstoß noch ein wettbewerbswidriges Handeln erkennen läßt.

II. Die Revision beanstandet die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts insoweit, als die Kosten des für erledigt erklärten Teils des Rechtsstreits der Beklagten auferlegt worden sind; es handelte sich dabei um die Fragen, ob die Beklagte einerseits Fahrgästen, die bei ihr telefonisch einen Mietwagen bestellt hatten, andererseits Angestellten von Gastwirten (Kellnern, Portiers) für die Bestellung eines Mietwagens eine Vergütung von 0,30 DM gewährt hat. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die Beklagte sich so verhalten habe und hat für den ersten Fall einen Rabattverstoß, für den zweiten Fall ein wettbewerbswidriges Verhalten angenommen und dementsprechend gemäß § 91 a ZPO die Kosten insoweit der Beklagten auferlegt.

Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht für diese Kostenentscheidung eine weitere Sachaufklärung nicht für zulässig angesehen habe. Mit dieser Rüge dringt sie nicht durch. Zwar hat der Bundesgerichtshof mehrfach ausgesprochen, daß für die Entscheidung nach § 91 a ZPO eine Beweisaufnahme nicht ausgeschlossen sei (BGHZ 13, 142, 145; 21, 298, 300), doch soll grundsätzlich nicht das Verfahren fortgesetzt und Beweis erhoben werden, um noch benötigte Unterlagen für die Kostenentscheidung zu gewinnen (BGH LM ZPO § 91 a Nr. 6).

Im übrigen ist die Kostenentscheidung nach § 91 a ZPO eine Ermessensentscheidung, die nur insoweit der Nachprüfung in der Revisionsinstanz unterliegt, als das Berufungsgericht die Grenze seines Ermessens überschritten hat (BGH LM ZPO § 91 a Nr. 1); bei der Ausübung des Ermessens wird der besonders zu würdigende, nach dem bisherigen Sach- und Streitstand zu beurteilende vermut-

liche Verfahrensausgang vielfach den Ausschlag geben,
doch ist er nicht schlechthin für die Kostenpflicht
entscheidend (EGH aaO Nr. 6). Daß der Berufungsrichter
diese Grenzen seines Ermessens überschritten hätte,
hat die Revision nicht dargetan.

Krüger-Nieland

Sprenkman

Mösl

Alff

Bökelmann