

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

2025 087

RabattG §§ 1, 2

B S W

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Vergünstigung, die dem Käufer nicht vom Verkäufer unmittelbar, sondern von einem Dritten gewährt wird, als Nachlaß von dem vom Verkäufer angekündigten oder allgemein geforderten Preis angesehen werden kann.

BGH, Urt. v. 2. Dezember 1966 - Ib ZR 147/64 - OLG Schleswig

LG Lübeck, Kam-
mer für Han-
delssachen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 147/64

URTEIL

Verkündet am
2. Dezember 1966
Wüst, Justizhaupt-
sekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma Erich S [REDACTED], handelnd unter der Firma ihrer
Zweigniederlassung L [REDACTED], in L [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,
-Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

den E [REDACTED] e.V. in K [REDACTED],
B [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch den Präsidenten Walter
S [REDACTED] in K [REDACTED], N [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,
-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Dezember 1966 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Dr. Sprenkmann und Dr. Simon

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil des 6. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 24. Juli 1964 und das Urteil des Landgerichts Lübeck, Kammer für Handelssachen, vom 10. Dezember 1963 aufgehoben.

Der Kläger wird mit der Klage abgewiesen und verurteilt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

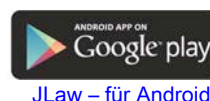
Tatbestand:

Der klagende Einzelhandelsverband nimmt die Beklagte, die Einzelhandel mit Lederwaren betreibt, auf Unterlassung von Handlungen in Anspruch, in denen er eine unzulässige Rabattgewährung erblickt.

Die Beklagte traf im Jahre 1961 mit der "Beamten-selbsthilfswerk GmbH" in Hamburg, dem "BSW", Vereinbarungen, die dazu dienen sollten, der Beklagten gegen Zahlung einer Vermittlungsprovision an das BSW Kunden zuzuführen. Das BSW ist im Jahre 1960 als Gesellschaft mit



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



beschränkter Haftung errichtet worden. Die Gesellschaft bezweckt laut § 1 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags "in einer für die von ihr wirtschaftlich Betreuten gemeinnützigen Form - und ohne selbst für sich oder ihre Gesellschafter auf wirtschaftliches Gewinnstreben ausgerichtet zu sein - die Förderung der Wirtschaft" namentlich der Mitglieder des Deutschen Beamtenbundes, der dem Deutschen Beamtenbund befreundeten Beamten-Verbände und -Organisationen sowie ihrer Angehörigen und Hinterbliebenen. Gegenstand des Unternehmens ist unter anderem auch die Vermittlung von Handelsgeschäften.

Die ursprünglichen Vereinbarungen zwischen dem BSW und der Beklagten gingen im Kern dahin, daß die Beklagte, die in den vom BSW herausgegebenen Einkaufswegweiser aufgenommen wurde, dem BSW für alle von ihm vermittelten Verkäufe eine Provision von 12,7 % auf die üblichen Einzelhandelspreise gewährte, und daß das BSW die Beklagte anwies, die Provision in Höhe von 10 % den vermittelten Käufern unmittelbar gutzubringen. Die betreffenden Käufer wiesen sich bei der Beklagten durch ihre vom BSW ausgestellte Betreuungskarte aus; für ihre Einkäufe wurden besondere Kassenschecks ausgestellt. Die Provisionsspitze von 2,7 % war monatlich, ein weiterhin vereinbarter, bei Überschreitung eines Jahresumsatzes von 20.000,-- DM fälliger Umsatzbonus jährlich von der Beklagten an das BSW abzuführen. Das BSW und die Beklagte sicherten sich gegenseitige Ausschließlichkeit zu; dem BSW war ferner ein Recht zur Einsicht in die Unterlagen der Beklagten eingeräumt. Die Beklagte hatte auch bei Verkäufen an Betreute des BSW für den vollen Einzelhandelspreis Umsatzsteuer zu entrichten, während das BSW die Provision in Höhe von 12,7 % zu versteuern hatte.

Nachdem der Beklagten auf Antrag des Klägers im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt worden war, Inhabern von Betreuungskarten des BSW Sonderpreise zu gewähren (8 Q 7/62 LG Lübeck), wurde die getroffene Regelung vom Mai 1962 ab dahin abgeändert, daß die vom BSW betreuten Käufer bei der Beklagten nunmehr den vollen Ladenpreis zu zahlen hatten und die Beklagte an das BSW dafür allmonatlich die gesamte Provision in Höhe von 12,7 (später 13) % des Einzelhandelspreises überwies; das BSW kehrte seinerseits 10 % aufgrund der Kassenzettel der Beklagten an die Käufer aus. Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Beklagte dazu ein von ihr an das BSW gerichtetes Schreiben vom 19. November 1963 überreicht, das folgenden Wortlaut hat:

"Im Hinblick auf die zwischen uns getroffenen Vereinbarungen möchten wir aus gegebener Veranlassung nochmals folgende Feststellungen treffen:

1. Sie erhalten von uns für die Zuführung von Kunden eine feste Provision in Höhe von 13 % der durch Sie vermittelten Umsätze.
2. Die Verwendung der Provision steht völlig in Ihrem Belieben und entzieht sich jeglicher Einflußnahme und Kenntnis unserer Firma.
3. Unsere Verkäuferinnen werden nochmals eindringlich darauf hingewiesen, daß Ihren Mitgliedern keinerlei Rabatte gewährt werden und daß sie bei einem Einkauf in unseren Geschäften stets den vollen Ladenpreis zu zahlen haben.
4. Sie verpflichten sich Ihrerseits, keinerlei Hinweise auf irgendeine Rabattgewährung durch unsere Firma zu geben. Sie haben alles zu vermeiden, was auch nur den Anschein erwecken könnte, daß durch unsere Firma irgendwelche Rabatte gewährt werden."

Sowohl die ursprüngliche als auch die abgeänderte, heute noch vom BSW und der Beklagten gehandhabte Regelung ist Gegenstand eines gegen die Geschäftsführer des BSW gerichteten strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens bei der Staatsanwaltschaft Hamburg gewesen. Die Staatsanwaltschaft hat dieses Verfahren mit der Begründung eingestellt, daß bei der früheren Regelung zwar objektiv der Tatbestand des Rabattvergehens vorgelegen haben dürfte, den Beschuldigten aber insoweit keine Fahrlässigkeit nachzuweisen sei, während die nunmehrige Art der Geschäftsabwicklung auch objektiv keinen Verstoß gegen die Vorschriften des Rabattgesetzes mehr erkennen lasse.

Im Gegensatz hierzu hat der Kläger die Ansicht vertreten, auch durch die jetzige Geschäftsabwicklung werde das Rabattgesetz verletzt. Die Beklagte wirke mit dem BSW nach wie vor bewußt und gewollt zusammen, um den Käufern unter Umgehung des Rabattgesetzes einen Preisnachlaß zukommen zu lassen, der auch wirtschaftlich von ihr getragen werde. Soweit die Provision für das BSW 2,7 (jetzt 3) % überschreite, handele es sich um eine Scheinprovision, deren Betrag von Anfang an für den Käufer selbst bestimmt sei, weil das BSW nach dem Gesellschaftsvertrag keinen Gewinn erzielen dürfe. Im August 1963 habe eine Verkäuferin der Beklagten der Inhaberin einer Betreuungskarte des BSW im übrigen auch auf Befragen bestätigt, sie erhalte einen Preisnachlaß von 10 %; im November 1963 habe eine Verkäuferin der Beklagten einer solchen Karteninhaberin erklärt, die Beklagte gewähre zwar unmittelbar keinen Rabatt, ein Nachlaß, dessen Höhe nicht genannt worden sei, werde aber nachträglich vom BSW erstattet. Dem entspreche die Auffassung der vom BSW betreuten Käufer, denen die rechtliche Konstruktion der ihnen gewährten Verbilligung gleichgültig sei.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, an das Beamten-selbsthilfewerk GmbH in H [REDACTED], S [REDACTED] straße, Beträge abzuführen, die für diejenigen Inhaber von Betreuungskarten des Beamten-selbsthilfewerks GmbH bestimmt sind und an diese ausgekehrt werden, die bei der Beklagten Waren gekauft haben.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage erbeten. Sie hat bestritten, daß ihr Verkaufspersonal noch nach dem 1. Mai 1962 geäußert habe, Inhaber eines Betreuungsausweises des BSW erhielten einen Nachlaß. Die Provision an das BSW, so hat sie vorgetragen, die über die üblichen Sätze nicht hinausgehe, werde von ihr ohne jede Zweckbindung gezahlt. Auf die Verwendung der gezahlten Beträge durch das BSW habe sie keinen Einfluß. Ihr liege auch nicht daran, daß den Inhabern der Betreuungskarten des BSW irgendwelche Beträge zufließen, sondern allein daran, daß das BSW ihr Käufer zuführe, die bereit seien, den normalen Kaufpreis zu entrichten. Sie wirke daher mit dem BSW auf keine irgendwie geartete Weise zum Zweck der Rabattgewährung zusammen.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klageantrage zur Unterlassung verurteilt. Die Berufung der Beklagten wurde vom Oberlandesgericht mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Beklagte verurteilt worden ist, es zu unterlassen,

an das BSW Beträge abzuführen, die für diejenigen Inhaber von Betreuungskarten des BSW bestimmt sind und an diese ausgekehrt werden, die bei der Beklagten Ware gekauft haben, soweit diese Beträge den zulässigen Preisnachlaß von 3 % übersteigen.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, auch die Regelung, die nach dem 1. Mai 1962 für die Provisionszahlungen an das BSW getroffen worden ist und um die es sich allein noch handelt, stelle auf Seiten der Beklagten einen Verstoß gegen das Rabattgesetz dar. Der Sinn und Zweck dieses Gesetzes, so hat es ausgeführt, erfordere eine weite Auslegung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten. Danach sei letztlich entscheidend, daß die Inhaber der Betreuungskarten des BSW im Ergebnis bei der Beklagten billiger kaufen könnten als andere Kunden.

Allerdings setze ein rabattrechtlich bedeutsamer Preisnachlaß voraus, daß Verkäufer und Rabattgewährender identisch seien. Diese Identität sei bei der jetzigen Handhabung formal-juristisch nicht gegeben. Die Frage der Identität sei jedoch gleichfalls nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Danach müsse die Beklagte sich wegen der engen rechtlichen und wirtschaftlichen Verbundenheit der beiden Partner die Weitergabe der Provision durch das BSW zurechnen lassen. Zwar sei das BSW der Beklagten gegenüber nicht verpflichtet, die Provision in Höhe von 10 % an die Käufer weiterzugeben. Einer solchen Verpflichtung habe es indessen nicht bedurft, weil die Beklagte ohnehin wisse, daß das BSW nach dem Gesellschaftsvertrag keinen Gewinn erzielen dürfe und deshalb den Betreuten gegenüber verpflichtet sei, die Provisionen auszukehren.

Es liege auf der Hand, daß auch die Inhaber der Betreuungskarten selbst der Meinung seien, bei der Beklagten wie bei allen im Einkaufswegweiser des BSW aufgeführten Unternehmen einen erheblichen, die üblichen 3 % übersteigenden Preisnachlaß zu erhalten. Die Aufnahme eines Unternehmens in den Einkaufswegweiser des BSW werde daher als offener oder verschleierter Hinweis auf eine Rabattgewährung verstanden und wirke mithin als eine bewußte Ankündigung im Sinne des § 1 RabGes, selbst wenn der Wegweiser einen ausdrücklichen Hinweis auf einen Preisnachlaß nicht enthalte.

II. Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Nach §§ 1, 2 RabGes dürfen im geschäftlichen Verkehr beim Einzelverkauf von Waren des täglichen Bedarfs an den letzten Verbraucher zu Zwecken des Wettbewerbs Preisnachlässe nur nach Maßgabe dieses Gesetzes gewährt werden; als Preisnachlässe gelten dabei Nachlässe von den Preisen, die der Unternehmer ankündigt oder allgemein fordert, oder Sonderpreise, die wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen, Berufen, Vereinen oder Gesellschaften eingeräumt werden. Nach § 2 RabGes darf der Preisnachlaß für Barzahlung drei von Hundert des Preises der Ware nicht überschreiten. Die vorsätzliche oder fahrlässige Zuwiderhandlung gegen das Rabattverbot ist in § 11 RabGes mit Strafe bedroht.

Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, fällt eine rechtliche Gestaltung, wie das BSW und die Beklagte sie seit Mai 1962 für ihre Beziehungen gewählt haben, ohne weiteres nicht unter die erwähnten Vorschriften. Diese Gestaltung besteht darin, daß das BSW als Vermittler einen

ihm nahestehenden, durch Berufstätigkeit und berufliche Interessen verbundenen Personenkreis von Letztverbrauchern der Beklagten als Kunden zuführt, daß es für diese Tätigkeit eine Vermittlungsprovision von zur Zeit 13 % des Kaufpreises erhält und daß es von dieser Provision einen Teil, nämlich 10 % der Kaufsumme, an die von ihm vermittelten Kunden auskehrt. Die Käufer zahlen danach an die Beklagten den vollen, von der Beklagten angekündigten oder allgemein geforderten Einzelhandelspreis; ein Sonderpreis wird ihnen von der Beklagten nicht berechnet.

2. Die Erwägungen, aus denen das Berufungsgericht gleichwohl den objektiven Tatbestand des Rabattverbots im Streitfall als verwirklicht ansieht, gehen schon in ihrem Ausgangspunkt zu weit. Es trifft zwar zu, daß bei der Auslegung des Rabattgesetzes auch wirtschaftliche Gesichtspunkte mit zu berücksichtigen sind (BGH GRUR 1960, 495 - WIR-Rabatt). Das bedeutet indessen nicht, daß über die im Gesetz festgelegten Tatbestandsmerkmale hinaus unterschiedslos jede Regelung dem Rabattverbot unterstellt werden dürfte, durch die ein Käufer auch nur im wirtschaftlichen Endergebnis - wie das Berufungsgericht es ausdrückt, "letztlich" - eine Ware vorteilhafter erwerben kann, als dies anderen Käufern möglich ist. Eine so weitgehende Folgerung kann auch aus der soeben erwähnten Entscheidung des Ersten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs nicht gezogen werden, die einen in anderem Zusammenhang noch zu erörternden Grenzfall zum Gegenstand hatte. Das gesetzliche Verbot richtet sich nicht schlechthin gegen jedwede Vergünstigung, die ein Letztverbraucher anlässlich des Einkaufs von Waren des täglichen Bedarfs zu erlangen vermag. Untersagt ist vielmehr, eine solche Vergünstigung auf einem bestimmten Wege zu gewähren oder dies anzukündigen, nämlich auf dem Wege, daß der Unternehmer, der die Ware veräußert, von dem

angekündigten oder in seinem Geschäft allgemein geforderten Preise dem Letztvorbraucher einen Nachlaß, und zwar bei Barzahlungsverkäufen einen 3 % übersteigenden Nachlaß, oder unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 RabGes einen Sonderpreis einräumt. Die bei Tatbeständen der vorliegenden Art unvermeidliche Einbeziehung wirtschaftlicher Gesichtspunkte darf nicht dazu führen, daß über dieses wesentliche, den gesetzlichen Tatbestand begrenzende Merkmal hinweggegangen wird.

Dabei kann im Streitfall auf sich beruhen, ob - wie die Revision geltend macht - einer erweiternden Auslegung der Rabattvorschriften im Wege der Analogie schon der Umstand entgegenstehen würde, daß diese Vorschriften nach § 11 RabGes zugleich Strafgesetze darstellen, die einer solchen Auslegung nicht zugänglich sind (§ 2 StGB). Denn die entscheidende Frage, ob die Vorteile, die den vom BSW betreuten Käufern anlässlich eines Einkaufs bei der Beklagten zufließen, als ein von der Beklagten angekündigter oder gewährter Preisnachlaß zu betrachten sind, ist bei sinngemäßer Anwendung des Rabattgesetzes auf den festgestellten Sachverhalt in jedem Falle zu verneinen.

3. a) Das BSW wendet den von ihm betreuten Personen einen Teil der Provision zu, die es für die Vermittlung der Käufer von der Beklagten erhält. Das Landgericht hat diese Provision, soweit sie die Deckung der Verwaltungsunkosten des BSW übersteigt, als eine "Scheinprovision" angesehen, deren Gewährung nur den in Wahrheit beabsichtigten Preisnachlaß verdecken solle. Wenn diese Beurteilung zuträfe, wäre allerdings in dem Verhalten der Beklagten ein Verstoß gegen das Rabattgesetz zu erblicken (BGH GRUR 1964, 88, 90 - Verona-Gerät). Das Berufungsgericht hat es

mit Rücksicht darauf, daß die Provision dem BSW tatsächlich ausbezahlt und nicht auf den Kaufpreis unmittelbar verrechnet wird, dahingestellt sein lassen, ob in dem dargelegten Sinne von einer "Scheinprovision" gesprochen werden könne. Es hat sich aber in einem anderen Zusammenhang die Begründung des Landgerichts zu eigen gemacht, daß das BSW als Unternehmen, welches allein die Förderung der Wirtschaft der im Gesellschaftsvertrage erwähnten Personenkreise unter Ausschluß jedes Gewinnstrebens bezwecke, den über seine Unkosten hinausgehenden, von ihm an die Käufer wieder ausgekehrten Provisionsanteil nach dem Gesellschaftsvertrag überhaupt nicht vereinnahmen dürfe; daraus hat es gefolgert, der wieder ausgekehrte Anteil komme einem verschleierten, durch die Beklagte gewährten Preisnachlaß gleich.

Diese Begründung enthält einen Denkfehler. Der Umstand nämlich, daß das BSW nach dem Gesellschaftsvertrage für sich selbst und für seine - mit dem betreuten Personenkreis nicht identischen - Gesellschafter keine wirtschaftlichen Gewinne erstrebt, besagt keineswegs, daß das Unternehmen keine Einkünfte erzielen dürfte, die seine Geschäftsunkosten übersteigen. Im Gegenteil benötigt das Unternehmen solche Einkünfte, um den Gesellschaftszweck, die wirtschaftliche Förderung der von ihm betreuten Personen, zu erreichen. Von einem wirtschaftlichen Gewinn des Unternehmens selbst oder seiner Gesellschafter würde erst die Rede sein können, wenn die Gesellschaft für sich oder für die Gesellschafter nach Deckung der Unkosten und der Beträge, die der wirtschaftlichen Förderung der betreuten Personen dienen, noch einen Überschuß zurückbehalten würde. Die Zurückbehaltung oder die Verteilung dieses Überschusses an die Gesellschafter würde allerdings dem Gesellschaftsvertrage widersprechen. Dagegen gehört es zur Wahrnehmung der im Gesellschaftsvertrage festgelegten Aufgaben der Gesellschaft, Mittel aufzu-

bringen, die über die Deckung der Unkosten hinaus zugunsten des betreuten Personenkreises verwendet werden.

Andererseits würde die Annahme, daß es sich bei den vom BSW empfangenen Provisionen um Scheinentgelte handelt, nicht durch die vom Berufungsgericht angestellte Erwägung ausgeschlossen werden, daß die Beträge nach der im Jahre 1962 eingeführten Regelung in voller Höhe an das BSW zur Auszahlung gelangen und nicht etwa in Höhe von 10 % auf die Kaufpreise verrechnet werden; welche die Beklagte den einzelnen Käufern in Höhe der von ihr angekündigten oder allgemein geforderten Preise abverlangt. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang nicht der Zahlungsmodus. Vielmehr kommt es darauf an, ob dem Provisionsanspruch des BSW eine echte Leistung zugrunde liegt, für die eine Provision in der vereinbarten Höhe als angemessene Vergütung betrachtet werden kann. Dies muß nach dem festgestellten Sachverhalt bejaht werden.

Das BSW übt für die Unternehmen, denen es aus dem Kreise der von ihm betreuten Personen Kunden zuführt, eine Vermittlertätigkeit aus. Das Berufungsgericht selbst legt dar, daß der Beklagten hierdurch ein neuer Kundenkreis erschlossen werde (BU 15 Mitte). Der Beklagten kann nicht verwehrt werden, für diese vom BSW erbrachte echte Vermittlerleistung eine Provision zu zahlen. Es liegen keine Anzeichen dafür vor, daß diese Provision gleichwohl kein ernstlich gemeintes Leistungsentgelt darstellt. Insbesondere kann nicht etwa die Höhe der Provision als so offensichtlich übersetzt angesehen werden, daß aus ihr ein solches Anzeichen entnommen werden könnte; denn der Kläger hat nach dieser Richtung nichts vorgetragen, sondern den ausdrücklichen Vortrag der Beklagten unwidersprochen gelassen, daß die Provision über die üblichen Sätze nicht hinausgehe.

Dem Vermittler aber, der eine Provision für eine echte Vermittlerleistung empfangen hat, steht es grundsätzlich frei, diese Provision ganz oder teilweise an den von ihm vermittelten Käufer weiterzugeben. Er ist an einer solchen Verfügung über den vereinnahmten Betrag namentlich nicht etwa deshalb gehindert, weil der Käufer durch die Zuwendung einen Vorteil erlangt, der den Kauf im wirtschaftlichen Ergebnis für ihn günstiger erscheinen läßt, als wenn das Geschäft ohne die Vermittlung zustande gekommen und abgewickelt worden wäre. Dies ist für den Fall eines vertraglichen Rabattausschlusses im Rahmen einer vertikalen Preisbindung bereits in dem Urteil des Kartellsenats des Bundesgerichtshofs vom 12. März 1965 klargestellt worden (GRUR 1965, 616, 618 links - Esslinger Wolle). Es gilt auch für die Frage, ob die Weitergabe einer durch eine wirkliche Vermittlerleistung verdienten Provision an den Käufer gegen das gesetzliche Rabattverbot verstößt. Diese Weitergabe reicht entgegen einer im Schrifttum vertretenen Meinung (vgl. Michel/Weber/Gries, RabGes § 1 Anm. 91) für sich allein nicht aus, um in der Gewährung der Provision einen durch die Einschaltung des Vermittlers verschleierte Preisnachlaß oder, wenn die Ausschüttungen einem bestimmten Verbraucherkreis zugute kommen, die Einräumung eines verschleierte Sonderpreises zu sehen.

7

b) Auch das Berufungsgericht hat dies offenbar nicht annehmen wollen. Es will aber wegen der von ihm aus dem Wortlaut der Vereinbarungen gefolgerten engen rechtlichen und wirtschaftlichen Verbundenheit des BSW und der Beklagten dem BSW im Verhältnis zur Beklagten nicht die Stellung eines selbständigen Vermittlers, darüber hinaus sogar nicht einmal die eines "Dritten" schlechthin zubilligen; vielmehr betrachtet es die Sachlage so, als seien im Streitfalle Verkäufer und Vermittler zumindest wirtschaftlich identisch,

so daß der Verkäufer sich die Zuwendung des Vermittlers an den Käufer als eine eigene Zuwendung und damit - was alsdann folgerichtig wäre - als einen in Form einer nachträglichen Geldzugabe gewährten Preisnachlaß zurechnen lassen müsse.

Diese Betrachtungsweise läßt den grundlegenden Unterschied zwischen dem Streitfall und denjenigen Fallgestaltungen außer acht, bei denen die Einschaltung eines Dritten zwischen Verkäufer und Käufer rabattrechtlich dem Verkäufer zugerechnet werden kann. Die im Rabattgesetz aufgestellten Verbote sind an die Gewerbetreibenden gerichtet. Sie sollen namentlich verhindern, daß Verkaufsunternehmen die Einrichtung des Rabatts dazu mißbrauchen, eine überhöhte Preisgestaltung zu verschleiern, durch übermäßige, wirtschaftlich nicht vertretbare Nachlässe das Publikum anzulocken und auf diese Weise zum Nachteil auch der Mitbewerber den Preiswettbewerb zu verzerren. Zu diesem Zweck beschränkt das Gesetz die Unternehmer dahin, den Preisnachlaß als Mittel des Wettbewerbs einzusetzen, indem es sie beim Verkauf an den Letztverbraucher grundsätzlich an die von ihnen angekündigten und allgemein geforderten Preise bindet. Auch der durch § 4 Abs. 2 RabGes eingeschränkte sogenannte organisierte Preisnachlaß betrifft allein die Gewährung von Preisnachlässen durch die Einschaltung von Vereinigungen der Gewerbetreibenden, also von Unternehmerzusammenschlüssen, die anstelle der ihnen angehörenden Einzelunternehmen den Käufern die nachgelassenen Beträge nachträglich vergüten.

Es kann sein, daß darüber hinaus die vom Gesetz bekämpften Wirkungen nicht nur von den Verkaufsunternehmen unmittelbar oder von rechtlichen Zusammenschlüssen von Unternehmen, sondern auch durch die Einschaltung von Dritten

hervorgerufen werden, die sich mit Verkaufsunternehmen auf der Verkäuferseite zu dem gleichgerichteten Ziel verbinden, diesen Unternehmen die Ankündigung und die Gewährung von Preisnachlässen als Mittel zur Kundenwerbung zu ermöglichen oder sie dabei zu unterstützen. In Fällen dieser Art kann die vom Berufungsgericht angewendete wirtschaftliche Betrachtungsweise angebracht sein.

Dem Sinn des Gesetzes entspricht es aber jedenfalls nicht, daß es darüber hinaus auch den Verbrauchern verwehrt wird, ihrerseits mit Hilfe einer auf der Käuferseite geschaffenen selbständigen und von den Verkaufsunternehmen unabhängigen Organisation Mittel für einen im Ergebnis vorteilhaften Warenbezug zu erlangen. Als eine solche Organisation ist im Streitfalle das BSW anzusehen.

Das BSW verfolgt kein Interesse, das dem der Verkaufsunternehmen gleichgerichtet wäre. Es fehlt der für die zuvor beschriebene Gruppe von Fällen kennzeichnende, den Verkaufsunternehmen und den eingeschalteten Dritten gemeinsame Ausgangspunkt, daß Verkaufsunternehmen und Dritte sich verbinden, um Preisvergünstigungen gegenüber den Normalpreisen als Werbemittel der Verkaufsunternehmen für die beabsichtigte Gewinnung von Kunden einzusetzen. Beim BSW bildet im Gegensatz hierzu nicht die Verbindung dieser Organisation mit den Verkaufsunternehmen, sondern die Verbindung mit dem angeschlossenen Verbraucherkreis den Ausgangspunkt. Das BSW tritt deshalb den Verkaufsunternehmen als unabhängige und selbständige Organisation auf der Käuferseite gegenüber. Wenn es alsdann mit Verkaufsunternehmen Verträge abschließt, in denen es zusagt, diesen Unternehmen Kaufinteressenten aus dem ihm aufgrund seiner Beziehungen unmittelbar zugänglichen Personenkreis als Kunden zuzuführen, und in denen ihm als Vergütung für diese Vermittlerlei-

stung eine Provision versprochen wird, so handelt es sich hierbei um einen reinen Leistungsaustausch, bei dem sich zwei verschieden gerichtete Interessen, das Interesse des BSW an der Gewinnung von Mitteln für die wirtschaftliche Förderung der von ihm betreuten Verbraucher und das der Verkaufsunternehmen an der Zuführung neuer Kunden begegnen. Dabei ist namentlich zu beachten, daß das BSW hinsichtlich der Gestaltung seiner Beziehungen zu den betreuten Personen den Verkaufsunternehmen, insbesondere auch der Beklagten gegenüber, nach keiner Richtung hin gebunden ist. Namentlich ist es nach der ausdrücklichen Feststellung des Berufungsgerichts der Beklagten gegenüber nicht verpflichtet, die verdienten Provisionen ganz oder teilweise an die Käufer auszukehren. Der Beklagten ist also kein Einfluß auf die Entscheidung darüber eingeräumt, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe den Käufern vom BSW eine Vergünstigung zuteil wird. Sie selbst fordert und erhält von den Betreuten des BSW ebenso wie von jedem anderen Käufer den angekündigten oder allgemein geforderten Preis ohne jeden Abzug. Ob die Betreuten des BSW einen Vorteil erlangen, richtet sich ausschließlich nach den Rechtsbeziehungen zwischen ihnen und dem BSW, an denen die Beklagte nicht beteiligt ist. An diesen Beziehungen ist hier überdies bemerkenswert, daß der betreute Personenkreis durch seine berufliche Zusammensetzung schon von Hause aus eine gewisse Geschlossenheit aufweist und das BSW aus der Mitte dieses Personenkreises gegründet worden ist. Die als Gesellschaft mit beschränkter Haftung errichtete Käuferorganisation erhält hierdurch unabhängig von der gewählten Rechtsform ihrer Zweckrichtung nach das genossenschaftsähnliche Gepräge einer Interessengemeinschaft, wobei ihr Unterschied zu den im Rahmen des § 5 RabGes dem Rabattverbot unterworfenen Konsumvereinen darin besteht, daß sie keine Waren vertreibt, also mit

Verkaufsunternehmen des Einzelhandels nicht in Wettbewerb tritt, so daß im Streitfalle der Gesichtspunkt entfallen würde, unter dem bei Konsumvereinen Warenrückvergütungen - unbeschadet allerdings der nach Maßgabe der Geschäftsanteile ausgeschütteten Gewinne - auf die Höhe des gesetzlich zugelassenen Barzahlungsrabatts beschränkt worden sind. Gerade in dem genossenschaftsähnlichen Charakter tritt besonders deutlich zutage, daß das BSW rabattrechtlich nicht mit Dritten gleichgestellt werden kann, die zum Zweck einer Werbung mit Preisvorteilen auf der Verkäuferseite in den Geschäftsverkehr eingeschaltet sind. Aus dem Sinn des Rabattgesetzes, den an anderer Stelle dargelegten Mißbräuchen des Preisnachlasses als eines Werbemittels entgegenzuwirken, kann nach alledem ein Verbot des vom BSW gehandhabten Verfahrens auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise nicht gerechtfertigt werden.

Ein solches Verbot läßt sich auch nicht aus den zwischen dem BSW und der Klägerin getroffenen Einzelabreden herleiten, in denen das Berufungsgericht ein Zusammenwirken der beiden Vertragsteile zur Ermöglichung unzulässiger Rabatte erblicken will. Daß die Beklagte den Inhabern von BSW-Betreueungskarten die Möglichkeit gibt, ihren Einkauf bei ihr dem BSW gegenüber nachzuweisen, schafft zwischen ihr und dem BSW keine Beziehung, um derentwillen die vom BSW ausgekehrten, nach seiner eigenen freien Entschließung festgesetzten Provisionsanteile rechtlich als von der Beklagten gewährte Preisnachlässe betrachtet werden könnten; vielmehr ist dieser Nachweis zugleich das nächstliegende Mittel, dem BSW den Überblick über die provisionspflichtigen Geschäfte zu verschaffen, auf den es nach den handelsrechtlichen Vorschriften Anspruch hat (vgl. § 87 HGB). Die Aufnahme des Unternehmens der Beklagten in den Einkaufswegweiser des BSW ist die technische Form, in der das BSW

seine Pflicht zur Vermittlung von Geschäften erfüllt; die beiderseitige Ausschließlichkeitsverpflichtung, die Vereinbarung eines jährlichen Umsatzbonus bei Erreichung einer bestimmten Umsatzhöhe und das Recht des BSW zur Einsicht in die Geschäftsunterlagen ferner sind für das Rechtsverhältnis zwischen einem Unternehmer und einem selbständigen Geschäftsvermittler nichts Ungewöhnliches und gestatten es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht, das BSW im Verhältnis zur Beklagten und zu sonstigen in seinen Einkaufswegweiser aufgenommenen Unternehmen nicht mehr als eine selbständige Organisation auf der Käuferseite, sondern als einen auf der Verkäuferseite in den Geschäftsablauf eingeschalteten Dritten zu betrachten, der bei der Gewährung von Preisvergünstigungen lediglich anstelle des Verkaufsunternehmens handelt.

Wie sich aus dem Vorhergehenden ergibt, ist der hier gegebene Sachverhalt ein wesentlich anderer als der, welcher der vom Berufungsgericht herangezogenen Entscheidung BGH GRUR 1960, 495 - WIR-Rabatt - zugrundelag. Jene Entscheidung betraf den Fall, daß eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit von ihr geworbenen Handelsunternehmen, den sogenannten "Teilnehmern" ihres "Wirtschaftsrings", Verträge abschloß, nach denen diese Teilnehmer verpflichtet waren, sogenannte Überweisungen, welche die Gesellschaft an Letztverbraucher für 93 % des darauf angegebenen Nennwertes ausgab, von den Letztverbrauchern beim Einkauf zum Nennwert in Zahlung zu nehmen; die Letztverbraucher wurden im Wege der Werbung von der Gesellschaft darauf aufmerksam gemacht, daß sie die "WIR-Überweisungen" bei den Agenturen der Gesellschaft zu dem genannten Ausgabekurs erhalten und mit diesen Überweisungen beim Einkauf in den Geschäften der WIR-Teilnehmer den Preis in Höhe des Nennbetrags, also mit einem "Gewinn" von 7 % begleichen könnten; für die weitere

Abwicklung war zwischen der Gesellschaft und den Teilnehmern ein besonderes Abrechnungssystem vorgesehen, nach dem die Teilnehmer ihrerseits über die Überweisungen ohne Einschränkung auch nur in Höhe von 93 % des Nennwertes verfügen konnten, weil bei Verfügungen außerhalb des Teilnehmerkreises 7 % an die Gesellschaft als Provision abzuführen waren. Der Wirtschaftsring war danach im Gegensatz zum BSW keine Käuferorganisation, die wie das BSW mit Hilfe ihrer Provisionseinnahmen einem von ihr betreuten, ohnehin durch gemeinsame Interessen verbundenen Personenkreis anlässlich von Einkäufen wirtschaftliche Vorteile zukommen ließ, während die Einkäufe sich im Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer auch in preislicher Hinsicht wie jeder sonstige Ladenverkauf abwickelten; der Ausgangspunkt war vielmehr die Verbindung zwischen dem eingeschalteten Dritten, dem Wirtschaftsring, und den Verkaufsunternehmen, die der Wirtschaftsring insoweit zutreffend als seine "Teilnehmer" bezeichnete. Auf dieser Grundlage wurde durch eine in landläufiger Weise betriebene Werbung, die das Publikum in seiner Allgemeinheit ansprach, Letztverbrauchern für den Einkauf in den namhaft gemachten Geschäften der Teilnehmer eine Preisvergünstigung von 7 % in Aussicht gestellt. Bei dieser Handhabung konnte eine wirtschaftliche Betrachtungsweise allerdings dazu führen, den Wirtschaftsring und die mit ihm als Teilnehmer zusammenarbeitenden Verkaufsunternehmen rabattrechtlich gleichzustellen und anzunehmen, daß Ankündigung und Gewährung der Preisvergünstigung von 7 % wirtschaftlich gesehen von den Verkaufsunternehmen ausgingen, an deren Stelle der Wirtschaftsring handelte. Bei einer Organisation auf der Käuferseite von der Struktur des BSW wird eine solche Betrachtungsweise aber durch die Vorschriften des Rabattgesetzes nicht mehr gedeckt.

Im Streitfall fehlen ferner auch die Umstände, wegen deren der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs in der schon erwähnten Entscheidung GRUR 1965, 616 - Esslinger Wolle - in der Zusammenarbeit eines Vermittlerunternehmens mit einem Verkaufsunternehmen ausnahmsweise einen Verstoß gegen das - dort allerdings vertragliche - Rabattverbot erblickt hatte. In dem jener Entscheidung zugrundeliegenden Falle war der geschäftsführende Gesellschafter der Vermittlerin, der von dieser keine Vergütung erhielt, mit dem Verkaufsleiter des Verkaufsunternehmens personengleich, erfüllte also durch seine sogenannte Vermittlerleistung eine Vertragspflicht, die ihm gegenüber diesem Unternehmen ohnehin schon oblag; der Geschäftsbetrieb der Vermittlerin war ferner von dem des Verkaufsunternehmens, in dessen Betrieb die Gutschriftsanzeigen für die Käufer geschrieben und der Kaufpreisrechnung beigelegt wurden, praktisch überhaupt nicht getrennt; die Käufer zogen die ihnen gutgeschriebenen Beträge sofort vom Kaufpreis ab; diese Beträge waren aber durch die Einkünfte der Vermittlerin nicht einmal in allen Fällen gedeckt. Die Verflechtungen zwischen dem angeblichen Vermittler und dem Verkaufsunternehmen waren danach in persönlicher, rechtlicher und wirtschaftlicher Beziehung so eng, daß in der Zwischenschaltung des Vermittlers die Verschleierung eines tatsächlich von dem Verkaufsunternehmen gewährten Preisnachlasses erblickt werden konnte. Der Streitfall, in dem Umstände der dargelegten Art nicht vorliegen, ist hiermit nicht vergleichbar.

c) Dem Berufungsgericht kann auch nicht beigetreten werden, wenn es die Anwendung des Rabattgesetzes mit der Wirkung rechtfertigen will, die nach seiner Auffassung das vom BSW gehandhabte Verfahren auf die von dieser Organisation betreuten Käufer ausübt. Dabei wird verkannt, daß den

Käufern von der Beklagten gerade kein Abschlag vom angekündigten oder allgemein geforderten Preise bewilligt wird, und zwar weder in der Form, daß der Verkäufer - wie im Falle des WIR-Rabatts - eine in seinem Einverständnis mit einem Abschlag von 7 % ausgegebene sogenannte Überweisung zum Nennwert in Zahlung zu nehmen hat, noch in der Form, daß die Käufer - wie in dem vom Kartellsenat entschiedenen Falle - von vorneherein einen niedrigeren Preis bezahlen. Vielmehr wird den Käufern durch die praktische Abwicklung klar vor Augen geführt, daß sie hinsichtlich der erhofften Vergünstigung allein auf das BSW angewiesen sind.

d) Verfehlt wäre es ferner, das seit Mai 1962 gehandhabte Verfahren deshalb dem Rabattverbot zu unterwerfen, weil die bis zu jenem Zeitpunkt geltende Regelung möglicherweise - was hier auf sich beruhen mag - gegen dieses Verbot verstieß. Wie schon an anderer Stelle dargelegt wurde, kommt es für die rechtliche Betrachtung nicht auf das für den Käufer erzielte wirtschaftliche Ergebnis, sondern auf den Weg an, auf dem das Ergebnis erreicht wird. Wenn daher eine Einkaufsvergünstigung zunächst auf einem rabattrechtlich unzulässigen Wege erstrebt worden war, so kann daraus nicht hergeleitet werden, daß ein zur Vermeidung eines Rabattverstosses alsdann gewählter anderer Weg gleichfalls einen solchen Verstoß darstellen müsse, obwohl dabei der Verkäufer keinen Preisnachlaß mehr gewährt.

e) Zu einer abweichenden Beurteilung würde auch der - vom Berufungsgericht nicht geprüfte - Vortrag des Klägers nicht führen können, im August und im November 1963 habe eine Verkäuferin der Beklagten Inhabern von Betreuungskarten des BSW gegenüber von einem "Nachlaß", und zwar im ersten Falle von einem solchen von 10 % gesprochen. Die bei-

den von der Beklagten bestrittenen Vorkommnisse würden den Klageantrag ohnehin nicht stützen können; denn dieser Antrag ist auf ein Verbot nicht der hier behaupteten Äußerungen, sondern des seit Mai 1962 gehandhabten Verfahrens, der Provisionsgewährung an das BSW und der Auskehrung eines Provisionsanteiles an die Betreuten des BSW gerichtet. Darüber hinaus würde es sich um zwei Einzelfälle aus erheblich zurückliegender Zeit gehandelt haben, die möglicherweise noch in der ursprünglichen, damals schon aufgegebenen Regelung ihre Erklärung finden und aus denen keine Schlüsse darauf gezogen werden könnten, daß zwischen der Beklagten und dem BSW auch heute engere als die festgestellten Rechtsbeziehungen bestehen.

Da die Beklagte im Rahmen der heutigen Regelung keinen verbotenen Preisnachlaß gewährt, kann schließlich die Aufnahme der Beklagten in den Einkaufswegweiser des BSW auch nicht, wie das Berufungsgericht meint, als verbotene Ankündigung eines solchen Nachlasses aufgefaßt werden.

III. Der Klageanspruch findet nach alledem im Rabattgesetz keine Grundlage. Da eine andere Anspruchsgrundlage nicht in Betracht kommt und die Sache nach dem festgestellten Sachverhalt zur Endentscheidung reif ist, war unter Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen der Kläger mit der Klage abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Krüger-Nieland Jungbluth Pehle Sprenkman Simon