

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

2048 017

RabattG § 1

B S W II

Zur Frage des Rabattverstoßes, wenn der Verkäufer eine Vermittlungsprovision, die er einem Dritten eingeräumt hat, aufgrund einer im voraus mit diesem getroffenen Vereinbarung auf den Kaufpreis verrechnet.

BGH, Urt. v. 20. Dezember 1967 - Ib ZR 75/65 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 75/65

URTEIL

Verkündet am

20. Dezember 1967
Z u g ,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der "B [REDACTED]-S [REDACTED] GmbH", diese vertreten
durch ihre Geschäftsführer Karl B [REDACTED] und Paul M [REDACTED],
H [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den "V [REDACTED] e.V.",
dieser vertreten durch den 1. Vorsitzenden Bernhard
C [REDACTED], D [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -.

- 2 -

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 1967 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprengmann, Dr. Mösl und Alff

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 18. März 1965 wird zurückgewiesen, soweit sie den ersten Klageantrag betrifft.

Im übrigen wird auf die Rechtsmittel der Beklagten das vorbezeichnete Urteil aufgehoben und die Klage hinsichtlich des zweiten Klageantrags unter entsprechender Änderung des Urteils der Zivilkammer 15 des Landgerichts Hamburg vom 27. Mai 1964 abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte ist eine nicht auf die Erzielung von Gewinn gerichtete Selbsthilfeorganisation der Beamten in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Sie vermittelt den von ihr betreuten Angehörigen des öffentlichen Dienstes preisgünstige Einkaufsmöglichkeiten. Gegen Vorlage von Betreuungskarten, welche die Beklagte ausstellt,

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



können die Betreuten bei einer Reihe von Unternehmen, die von der Beklagten in einem Einkaufswegweiser aufgeführt werden, Waren einkaufen und gewerbliche Leistungen in Anspruch nehmen. Insgesamt hat die Beklagte etwa 65 000 Betreuungskarten ausgegeben. Zu den im Einkaufswegweiser genannten Einkaufsquellen gehören auch sog. Vertragsfirmen, deren Inhaber den Groß- oder Einzelhandel betreiben oder gewerbliche Leistungen anderer Art erbringen.

Eine Vereinbarung, welche die Beklagte mit der Einzelhandelsfirma L [REDACTED]-S [REDACTED] getroffen hat, bestätigte sie am 21. November 1961 wie folgt (auszugsweise):

1. Wir verpflichten uns, den Bedarf unserer Kunden in solchen Artikeln, die von Ihnen geführt werden, bei Ihnen zu decken. Sie stellen alle Ihre Verkaufsstellen für den unmittelbaren Verkauf an unsere Kunden zur Verfügung.
3. Es wurde vereinbart, daß Sie uns auf alle von uns vermittelten Verkäufe unserer Kunden eine Vermittlungsprovision von 12,7 % auf die üblichen und ausgewiesenen Einzelhandelspreise gewähren.
4. Wir weisen Sie an, 10 % der uns zustehenden Provision unseren bei Ihnen einkaufenden Kunden unmittelbar gutzubringen. Es besteht somit Einigkeit darüber, daß wir zu Gunsten unserer Kunden auf 10 % unserer Vermittlungsprovision verzichten, so daß von Ihnen unseren Kunden Preise zu berechnen sind, die um 10 % unter den allgemeinen Einzelhandelspreisen liegen.

Nachdem gegen die Firma L [REDACTED]-S [REDACTED] beim Landgericht Lübeck - 8 Q 7/62 - am 18. April 1962 wegen der Gewährung 3 % übersteigender Barzahlungsnachlässe eine einstweilige Verfügung erwirkt worden war, änderte die Beklagte ihre mit diesem Einzelhandelsunternehmen getroffenen Vereinbarungen dahin ab, daß die für die Mitglieder der Beklagten bestimmten 10 % jeweils monatlich nachträglich an die Beklagte zu überweisen seien. Diese kehrt jeweils die 10 % an ihre Mitglieder aus, die bei der Firma L [REDACTED]-S [REDACTED] eingekauft haben. Die von einem Einzelhandelsverband gegen die Firma L [REDACTED]-S [REDACTED] bei dem Landgericht Lübeck - 8 O 62/63 - eingereichte Unterlassungsklage, die dieses geänderte Verfahren zum Gegenstand hatte, ist inzwischen vom Bundesgerichtshof durch Urteil vom 2. Dezember 1966 - Ib ZR 147/64 - als unbegründet abgewiesen worden.

Der klagende Verband, ein Verein zur Wahrung des lautereren Wettbewerbs, behauptet, die Vertragsfirmen der Beklagten seien nicht nur Großhändler, sondern überwiegend Einzelhandelsunternehmen und andere Gewerbetreibende. Mit ihnen habe die Beklagte vereinbart, daß den Inhabern der Betreuungskarten durchschnittlich 20 % unter den Endverbraucherpreisen liegende Preise eingeräumt werden, und zwar in der Weise, daß ihr für jeden zugeführten Kunden eine Vermittlungsprovision gezahlt werde, von der sie einen Teil an den Kunden auskehre. Als Provisionsanteil behalte die Beklagte etwa 2 v.H. ein.

Der Kläger hat Klage auf Unterlassung mit zwei Anträgen erhoben, die im wesentlichen der Formel des landgerichtlichen Urteils entsprechen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und geltend gemacht, sie verfare bis auf einen Fall (I-S) nicht in der Weise, daß der Inhaber der Betreuungskarte den Kaufpreis an die Vertragsfirma zahle und diese an sie eine Vermittlungsprovision vergüte, die anschließend zum Teil an den Inhaber der Betreuungskarte ausgekehrt werde. Von den Vertragsfirmen verlange sie nicht, daß diese den Inhabern von Betreuungskarten Preisvorteile von 20 % einräumten. Nach den von ihr gegebenen Richtlinien gäben die Vertragsfirmen als Großhändler die Waren grundsätzlich zum Großhandelspreis ab; es würden mithin nicht Sonderpreise, sondern die Großhandelspreise eingeräumt.

Das Landgericht hat den Klageanträgen in folgender Fassung entsprochen:

1. Betreuungskarten an Endverbraucher auszugeben, gegen deren Vorlage gewerbliche Unternehmungen, die sich hierzu der Beklagten gegenüber verpflichtet haben, diesen beim Einzelverkauf von Gegenständen des täglichen Bedarfs oder bei der Ausführung von gewerblichen Leistungen des täglichen Bedarfs Preisnachlässe gewähren, die 3 % der sonst allgemein von diesen Unternehmungen angekündigten oder geforderten Preise übersteigen oder diesen davon abweichende Sonderpreise einräumen,
2. Rückvergütungen an Endverbraucher vorzunehmen, die ihr auf Grund einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung als Zahlung von solchen gewerblichen Unternehmungen zugeflossen sind, die an diese Endverbraucher gegen

Vorlegung von Betreuungskarten der Beklagten Einzelverkäufe von Gegenständen des täglichen Bedarfs getätigt oder gewerbliche Leistungen des täglichen Bedarfs ausgeführt haben.

Das Landgericht hat offen gelassen, ob die Beklagte selbst den Inhabern der Betreuungskarten gegenüber 3 % übersteigende Rabatte ankündige; jedenfalls gewähre die Firma L [REDACTED]-S [REDACTED] in den beiden nacheinander vereinbarten Formen 3 % übersteigende Nachlässe von den von ihr allgemein geforderten Preisen. An diesem Rabattverstoß sei die Beklagte beteiligt. Wiederholungsgefahr sei auch hinsichtlich des ersten Klageantrags gegeben, da die Beklagte jederzeit mit der Firma L [REDACTED]-S [REDACTED] das ursprünglich gehandhabte Verfahren wieder einführen könne.

Die hiergegen eingelegte Berufung der Beklagten ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger und Revisionsbeklagte hat mit Rücksicht auf das oben erwähnte Urteil des erkennenden Senats vom 2. Dezember 1966 erklärt, den Klageantrag zu 2 zurückzunehmen, soweit der Fall S [REDACTED] und alle Fälle betroffen seien, in denen ein ernstlich gemeintes Leistungsentgelt an die Beklagte gezahlt wurde. Er hält diesen Klageantrag nur mit der Maßgabe aufrecht, daß der Beklagten verboten werde,

.. Rückvergütungen an Endverbraucher vorzunehmen, die ihr aufgrund einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung als Zahlungen von solchen gewerblichen Unternehmungen zuge-

flossen sind, die an diese Endverbraucher gegen Vorlegung von Betreuungskarten der Beklagten Einzelverkäufe von Gegenständen des täglichen Bedarfs ausgeführt haben, ohne daß diesen Zahlungen ein ernstlich als Provision gemeintes Leistungsentgelt zugrunde lag.

Im übrigen bittet der Kläger um Zurückweisung der Revision.

Die Beklagte hat der teilweisen Zurücknahme der Klage nicht zugestimmt und den neuen Klageantrag zu 2 als unzulässige Klageänderung gerügt.

Entscheidungsgründe:

I. Soweit die Revision sich gegen die Verurteilung hinsichtlich des ersten Klageantrages richtet, ist sie unbegründet.

Das Berufungsgericht, das sich insoweit ersichtlich die Begründung des Landgerichtsurteils zu eigen gemacht hat, stellt tatsächlich fest, daß die Einzelhandelsfirma L-S auf Grund entsprechender, im Tatbestand wiedergegebener Vereinbarung mit der Beklagten den Inhabern der von dieser ausgegebenen Betreuungskarten - bis zu einem später eingeführten anderen Verfahren - einen 10 % der von ihr allgemein geforderten E i n z e l h a n d e l s preise betragenden Nachlaß von diesen Preisen g e w ä h r t hat. Mit der Frage, ob die Beklagte darüber hinaus auch Preisnachlässe für die Inhaber der Betreuungskarten diesen gegen-

über in ihrer Werbung a n g e k ü n d i g t und dadurch gegen § 1 Abs. 1 des Rabattgesetzes verstoßen hat, wie der Kläger vorgebracht hatte, hat sich das Berufungsgericht dagegen mit Recht nicht befaßt, weil die Klageanträge nicht auf die Ankündigung, sondern nur auf die Gewährung von Rabatten abgestellt sind.

Die Revision macht in erster Linie geltend, der Unterlassungsantrag zu 1, der sich auf dieses früher gehandhabte Verfahren bezieht, sei mangels W i e - d e r h o l u n g s g e f a h r unzulässig. Die Beklagte habe durch Umstellung ihres Verfahrens auf die heute geübte, vom zweiten Klageantrag erfaßte Praxis bewiesen, daß ihr nichts daran liege, das bis April 1962 geübte Verfahren weiterhin anzuwenden. Da das neue Verfahren zu demselben wirtschaftlichen Erfolg führe und das frühere von der Beklagten schon vor 5 Jahren freiwillig aufgegeben worden sei, könne von einer Wiederholungsgefahr nicht mehr gesprochen werden. Das frühere Verfahren habe aber auch keinen Rabattverstoß dargestellt, da es wirtschaftlich auf dasselbe hinauslaufe, wie das inzwischen durch Urteil des erkennenden Senats vom 2. Dezember 1966 für statthaft erklärte neue Verfahren.

Diese Angriffe können keinen Erfolg haben.

Die Beklagte hat bisher an dem Standpunkt festgehalten, daß ihr früheres Verfahren rechtmäßig sei; sie vertritt diese Auffassung auch weiterhin. Es trifft ferner nicht zu, daß die Beklagte das frühere Verfahren freiwillig aufgegeben habe, denn es wurde ihrer Vertragspartnerin durch eine einstweilige Ver-

fügung untersagt. Bei dieser Sachlage kann die Wiederholungsgefahr nicht allein deshalb in Frage gestellt werden, weil die Beklagte das frühere Verfahren seit Jahren nicht mehr anwendet, was überdies bestritten ist. Auch der Umstand, daß gegen die Vertragspartnerin der Beklagten eine einstweilige Verfügung ergangen ist, beseitigt die Wiederholungsgefahr zumal dann nicht, wenn die Beklagte sich nach der zu ihren Gunsten ergangenen neuen Entscheidung auf den Rechtsstandpunkt stellt, damit stehe auch die Rechtmäßigkeit des früher geübten, von der einstweiligen Verfügung erfaßten Verfahrens außer Frage.

Aus denselben Gründen kann auch das Rechtsschutzinteresse des Klägers an dem ersten Unterlassungsantrag nicht in Abrede gestellt werden. Die Klage ist deshalb auch insoweit zulässig.

Die Klage ist insoweit auch sachlich begründet. Die Firma I-S hat nach der ersten Vereinbarung mit der Beklagten den Inhabern von Betreuungskarten Preise gewährt, die mehr als 3 % unter den Preisen lagen, die sie von ihren Einzelhandelskunden allgemein forderte. Das war ein klarer Verstoß gegen § 1 Abs. 1 des Rabattgesetzes, wonach im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs bei der Veräußerung von Waren des täglichen Bedarfs im Einzelverkauf an letzte Verbraucher Preisnachlässe nur nach Maßgabe der im vorliegenden Fall nicht einschlägigen weiteren Vorschriften des Rabattgesetzes angekündigt oder gewährt werden dürfen. Als Preisnachlaß gilt der Nachlaß von denjenigen Preisen, die der Unternehmer ankündigt oder allgemein fordert (§ 1 Abs. 2 RabG). Es ist insbesondere nicht ersichtlich, daß etwa die Käufer den ihnen gewährten Preisnachlaß deshalb nicht

als solchen aufgefaßt hätten, weil die Beklagte vorher mit der Verkäuferin vereinbart hatte, daß ein Teil einer ihr von der Verkäuferin eingeräumten Vermittlungsprovision vom üblichen Kaufpreis abgezogen werden sollte.

An diesem von der Firma L-S begangenen Rabattverstoß hat die Beklagte dadurch mitgewirkt, daß sie diese Art des Vorgehens mit ihr vertraglich vereinbart hat. Das genügt, um ihr den Rabattverstoß der genannten Firma zuzurechnen (§ 830 BGB).

Liegt dergestalt der klare Tatbestand eines verbotenen Preisnachlasses vor, so kann der Revision auch nicht darin gefolgt werden, daß der mit dem Verkauf gewährte Vorteil dem Käufer in einer wirtschaftlich gleichwertigen Art auf einem anderen rechtlichen Wege hätte zugewendet werden können. Insbesondere kann die Revision sich hierfür nicht auf den Grundsatz berufen, daß bei der Auslegung des Rabattgesetzes auch wirtschaftliche Gesichtspunkte mit zu berücksichtigen sind (BGH GRUR 1967, 371, 372 - BSW). Bei Anwendung des Rabattgesetzes kommt es in erster Linie darauf an, ob die rechtliche Gestaltung des Kaufgeschäfts den gesetzlichen Tatbestand des § 1 des Rabattgesetzes erfüllt und der nach der rechtlichen Ausgestaltung gegebene Verstoß auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderläuft. Beides ist hier zu bejahen; das Rabattgesetz will der anlockenden Wirkung einer Gewährung von Sonderpreisen entgegenzutreten; diese Wirkung ist bei der mit dem ersten Klageantrag angegriffenen Verletzungsform unzweifelhaft gegeben. Bei dieser Sachlage wird die Anwendung des Gesetzes nicht dadurch ausgeschlossen, daß derselbe wirtschaftliche Erfolg sich möglicherweise auch auf einem rechtlich zulässigen Wege hätte herbeiführen lassen. Wie

der Senat in dem Urteil vom 2. Dezember 1966 (GRUR 1967, 371, 374 unter d) bereits ausgeführt hat, kommt es für die rabattrechtliche Betrachtung nicht auf das für den Käufer erzielte wirtschaftliche Ergebnis, sondern auf den Weg an, auf dem das Ergebnis erzielt wird. Hiervon abgesehen ist der wirtschaftliche Erfolg im Streitfall aber auch nicht derselbe, wie bei dem später von der Beklagten mit der Firma L - S vereinbarten Verfahren der Abführung einer Vermittlungsprovision an die Beklagte und ihrer nachträglich teilweisen Auskehrung an den Käufer; denn es ist für die anlockende Wirkung eines Angebots gerade vom Standpunkt des Käufers aus betrachtet ein erheblicher Vorteil, wenn er sofort in den Genuß des Preisnachlasses kommt und nicht auf das angewiesen ist, was die Beklagte unter Berücksichtigung der sie treffenden steuerlichen Belastung hinsichtlich ihrer Vermittlungsprovision nachträglich an ihn auszukehren bereit und in der Lage sein wird.

Hinsichtlich des ersten Klageantrags war die Revision der Beklagten hiernach zurückzuweisen.

II. In bezug auf den zweiten Unterlassungsantrag nimmt der Kläger als Revisionsbeklagter die Rechtsauffassung hin, die dem Urteil des erkennenden Senats vom 2. Dezember 1966 zugrunde liegt. Er hat deshalb diesem Klageantrag eine neue Fassung gegeben und ihn insoweit zurückgenommen, als Fälle in Betracht kommen, in denen die der Beklagten gezahlte Provision ein "ernstlich gemeintes Leistungsentgelt" darstellen. Nach der neuen Fassung dieses Klageantrags soll der Beklagten die Vornahme von Rückvergütungen an Endverbraucher nur in den Fällen verboten werden, in denen der Zahlung der Provi-

sion kein ernstlich gemeintes Leistungsentgelt zugrunde lag.

Da die Beklagte der hierin zu erblickenden Teilrücknahme der Klage nicht zugestimmt hat, ist über den zweiten Klageantrag in der im Berufungsrechtszug zuletzt gestellten Form sachlich zu entscheiden. In dieser Form ist der Antrag aus den Gründen des Urteils vom 2. Dezember 1966 (GRUR 1967, 371 ff) als unbegründet abzuweisen. Auf die von dem Revisionsbeklagten ausdrücklich hingenommene Begründung dieser Entscheidung wird Bezug genommen.

Die Beklagte sieht in der neuen Fassung eine Klageänderung. Diese wäre im Revisionsrechtszug grundsätzlich unzulässig (RGZ 160, 202, 212; BGHZ 11, 192, 195), wobei der entscheidende Gesichtspunkt darin liegt, ob dem Revisionsgericht mit dem geänderten Klageantrag ein neuer Tatsachenstoff unterbreitet wird, dessen Prüfung ihm auf Grund der Vorschrift des § 561 ZPO verwehrt ist (Fischer in Anm. LM Nr. 20 zu § 561 ZPO; BGH LM Nr. 27 zu § 561 ZPO). Deshalb ist nicht entscheidend, ob, wie der Kläger und Revisionsbeklagte meint, der neue Antrag nur als Beschränkung des früheren aufgefaßt werden könnte. Das trifft bei rein philologischer Betrachtung zwar zu, da der Bereich der vom Unterlassungsantrag erfaßten Fälle auf diejenigen beschränkt wird, in denen die Vereinbarung der Provision zum Schein vorgenommen wird. Gemeint ist offensichtlich, daß die Höhe der Provision nicht ernst gemeint ist. In diesem Vorbringen liegt aber zugleich eine Änderung des Klagegrundes; Bisher erblickte die Klage in dem angegriffenen Verhalten einen Rabattverstoß ohne Rücksicht auf die Höhe der Provision, und zwar offenbar immer

dann, wenn die Beklagte mehr als 3 v.H. des Kaufpreises an die Inhaber der Betreuungskarten auskehrte. Jetzt soll der Verstoß darin erblickt werden, daß die Vereinbarung über die Provision nicht ernst gemeint ist. Von welcher Höhe ab das unter Berücksichtigung des von der Beklagten für ihre eigenen Unkosten einbehaltenen Provisionsanteils (bisher 2,7 %) der Fall sein soll, sagt der Kläger auch jetzt nicht. Jedenfalls ist aber seine Behauptung, die Provisionen seien in der vereinbarten Höhe von den Vertragschließenden nicht ernstlich gewollt, ein neues Vorbringen tatsächlicher Art, auf das im Revisionsrechtszug nicht eingegangen werden kann und das deshalb auch nicht die Zurückverweisung der Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung rechtfertigt.

Da der Kläger mit dem neuen Vorbringen zum zweiten Klageantrag nicht gehört werden kann, muß es daher bei der auf die Revision der Beklagten gebotenen Aufhebung des Berufungsurteils in diesem Punkte und bei der Abweisung dieses Klageantrags bleiben.

III. Die Entscheidung über die Kosten des
Rechtsstreits beruht auf § 92 ZPO.

Krüger-Nieland

Pehle

Sprenkman

Mösl

Alff