Urteilskopf

107 II 277

42. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Mai 1981 i.S. Schweiz. Verband der Lebensmittel-Detaillisten (Veledes) und Mitbeteiligte gegen Denner AG (Berufung)
Regeste (de):
Aktionsverkäufe von Lebensmitteln (Art. 1 Abs. 1 und 2 UWG, Art. 4 Abs. 1 KG).

1. Aktionsveranstaltungen und Preisunterbietungen allgemein sind an sich nicht unlauter im Sinne von Art. 1 Abs. 1 UWG (E. 1).

2. Für die Beurteilung der Lauterkeit einer Wettbewerbshandlung ist unerheblich, ob sie von einem marktmächtigen oder einem schwächeren Unternehmen ausgeht (E. 2).

3. Der Aktionspreis ist solange kein Unlauterkeitskriterium, als nicht zum Grundtatbestand mit Treu und Glauben unvereinbare Besonderheiten hinzutreten (E. 3).

4. Kein Verstoss gegen Art. 1 Abs. 2 lit. a und b UWG, da mit den durchgeführten Aktionen weder über die eigene Leistungsfähigkeit getäuscht noch die Leistungen der Konkurrenten herabgesetzt wurden (E. 4).

5. Abgrenzung der Schutzbereiche von UWG und KG (E. 5).

Regeste (fr):
Ventes spéciales de denrées alimentaires (art. 1er al. 1 et 2 LCD, art. 4 al. 1 LCart).

1. L'organisation de ventes spéciales et la vente au-dessous du prix pratiqué habituellement ne sont pas en soi déloyales au sens de l'art. 1er al. 1 LCD (consid. 1).

2. Est sans pertinence, pour apprécier la loyauté d'un acte de concurrence, le fait qu'il émane d'une entreprise ayant une position de force sur le marché ou d'une entreprise de moindre importance (consid. 2).

3. Le prix fixé pour une vente spéciale n'est pas décisif pour déterminer s'il y a déloyauté, tant que n'interviennent pas de circonstances particulières rendant l'opération incompatible avec les règles de la bonne foi (consid. 3).

4. Pas de violation de l'art. 1er al. 2 lettres a et b LCD, les ventes spéciales organisées en l'espèce n'ayant impliqué ni tromperie sur les capacités de leur auteur ni dénigrement de l'activité des concurrents (consid. 4).

5. Délimitation des domaines dans lesquels la protection du concurrent est assurée par la loi sur les cartels et par la loi sur la concurrence déloyale (consid. 5).

Regesto (it):
Vendite speciali di derrate alimentari (art. 1 cpv. 1, art. 2 LCSl, art. 4 cpv. 1 LC).

1. L'organizzazione di vendite speciali e la vendita ad un prezzo inferiore a quello praticato abitualmente non sono di per sè atti di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 1 cpv. 1 LCSl (consid. 1).

2. Per valutare se un atto di concorrenza sia leale o no è irrilevante che esso provenga da un'impresa in posizione dominante sul mercato o da un'impresa di minore importanza (consid. 2).

3. Il prezzo fissato per una vendita speciale non è determinante per stabilire se si sia in presenza di una concor-

renza sleale, salvo che siano date circostanze particolari che rendano l'operazione incompatibile con le regole della buona fede (consid. 3).

4. Nella fattispecie non è stato violato l'art. 1 cpv. 2 lett. a e b LCSl, poiché le vendite speciali non hanno comportato indicazioni inesatte o fallaci sulle capacità del loro autore, né una denigrazione delle prestazioni dei concorrenti (consid. 4).

5. Delimitazione degli ambiti nei quali la protezione del concorrente è garantita dalla legge sui cartelli e dalla legge sulla concorrenza sleale (consid. 5).

Sachverhalt ab Seite 279

BGE 107 II 277 S. 279

Die Denner AG mit Sitz in Zürich vertreibt über zahlreiche Filialen in der ganzen Schweiz Waren verschiedenster Art, darunter Lebensmittel, Spirituosen und Tabakprodukte. Sie gehört zu den sogenannten Discount-Geschäften. Für ihre Verkaufsmethode ist kennzeichnend, dass sie seit einigen Jahren in der Regel wöchentlich Aktionen ankündigt, das heisst damit wirbt, gewisse Artikel würden zu besonders tiefen Preisen verkauft. Der Schweizerische Verband der Lebensmittel-Detaillisten (Veledes), der Schweizerische Detaillistenverband und die Fédération romande des détaillants sind Vereine im Sinne von Art. 60 ZGB, die laut ihren Statuten die Wahrung der Interessen der selbständigen Detaillisten bezwecken. Zusammen mit fünf Inhabern von Lebensmittel-Detailgeschäften, Othmar Bigger, Frédéric Frey, Hans Holenweg, Bernard Ketterer und Max Meyer klagten sie im Dezember 1977 beim Handelsgericht des Kantons Zürich gegen die Denner AG mit den Anträgen: "1. Es sei festzustellen, dass die Beklagte unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 1 Abs. 1 sowie Abs. 2 lit. a und b UWG betreibt (betrieb), indem sie Lebensmittel unter einem betriebswirtschaftlich gerechtfertigten Preise verkauft (verkaufte) beispielsweise: a) indem sie an verschiedenen Orten der Schweiz jeweils von Ende September an für kurze Zeit Obstsaft ("Süssmost") unter Einstands- und Ankaufspreis verkauft (verkaufte), nämlich den Liter im Herbst 1975 zu Fr. -.30, im Herbst 1976 zu Fr. -.40 und im Herbst 1977 zu Fr. -.50; b) indem sie zu verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten der Schweiz Milchprodukte unter Einstandspreis und Ankaufspreis verkauft (verkaufte); so... c) als sie am 12. Oktober 1976 und am folgenden Tag im "Blick" und in anderen Zeitungen, ferner am 13. Oktober 1976 abends am Deutsch-schweizerischen Fernsehen "eine Million Tafeln Schokolade", darunter an erster Stelle Frigor-Tafeln, zu Fr. -.80, d.h. unter Einstands- und Ankaufspreis, ausrief, wobei verschiedene ihrer Filialen bereits am Tage nach der Fernsehsendung nicht mehr in der Lage waren, Frigor-Schokolade zu Fr. -.80 anzubieten; d) indem sie am 14. Dezember 1976 in zahlreichen Zeitungen, darunter in der Zürichsee-Zeitung, für die Tage vom 14.-18. Dezember 1976 einen Sonderrabatt von Fr. 1.50 u.a. auf schweizerischen Zigaretten (sog. "Stangen") ankündigte, wobei sie unter Einstands- und Ankaufspreis anbot und verkaufte; e) indem sie zu verschiedenen Zeiten an verschiedenen Orten der Schweiz alkoholische Getränke erster Marken unter Einstands- und Ankaufspreis verkaufte; so... 2. Es sei festzustellen, dass die Beklagte unlauteren Wettbewerb im Sinne von Art. 1 Abs. 1 sowie Abs. 2 lit. a und b UWG betreibt (betrieb), indem sie seit einiger Zeit ihren Zeitungsinseraten und Fernsehspots den Schlagsatz "DENNER immer am billigsten" einfügt.

BGE 107 II 277 S. 280

3. Es sei festzustellen, dass die Beklagte auf dem in Ziff. 1 und 2 umschriebenen Wege die Mitglieder der

Kläger Nr. 1, 2 und 3, darunter die Kläger Nr. 4 bis 8 im Sinne von Art. 4 KG in unzulässiger Weise im Wettbewerb behindert (behinderte); 4. Es sei der Beklagten zu verbieten, die in den vorn stehenden Ziffern umschriebene widerrechtliche Verkaufspraxis fortzusetzen bzw. zu wiederholen." Das Handelsgericht schützte mit Urteil vom 10. Dezember 1979 das unter Ziffer 2 aufgeführte Klagebegehren und wies im übrigen die Klage ab. Die Kläger legten Berufung an das Bundesgericht ein. Sie halten an ihren vom Handelsgericht verworfenen Begehren fest und beantragen, sie gutzuheissen oder die Sache zur Durchführung des Beweisverfahrens und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Berufung.

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Handelsgericht geht davon aus, dem Handeltreibenden stehe es grundsätzlich frei, wie er seine Preise gestalten wolle. Unerlaubt sei die Konkurrenzierung durch Preisunterbietung nur dann, wenn mit deren Durchführung zugleich unredliche, insbesondere täuschende Mittel angewendet würden. Es stützt sich dabei auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 52 II 381; BGE 57 II 339, 490; BGE 71 II 233; BGE 85 II 450), von der abzuweichen kein Anlass bestehe, da sie der freiheitlichen schweizerischen Wirtschaftsordnung entspreche. Es weist im weitern darauf hin, dass bei Änderung der Ausverkaufsordnung durch den Bundesratsbeschluss vom 15. März 1971 (AS 1971 S. 305; SR 241.1) die Sonderverkäufe von Lebensmitteln (Nahrungs- und Genussmitteln) sowie von allen Artikeln des täglichen Verbrauchs, die der Reinigung und Körperpflege dienen, von der Bewilligungspflicht ausgenommen wurden und damit der Weg für das sogenannte Aktionenwesen hinsichtlich dieser Waren freigegeben worden sei. Die Kläger vertreten demgegenüber die Meinung, daraus dürfe aber nicht abgeleitet werden, das sei ein Grund mehr dafür, das Aktionenwesen als solches nicht als unlauter im Sinn von Art. 1 Abs. 1 UWG zu werten, denn der Bundesratsbeschluss sei ergangen, weil sich gezeigt habe, dass es den Kantonen nicht mehr gelungen sei, die Verordnung gleichmässig durchzusetzen. Aus welchen Gründen die Ausverkaufsordnung geändert wurde, ist in diesem Zusammenhang indes unerheblich. Das Handelsgericht unterstellt sodann auch nicht, im von der Bewilligungspflicht

ausgenommenen Bereich solle jede Preisschleuderei und jede Unterbietung zulässig sein. Entscheidend ist, was die Rechtsprechung und mit ihr das Handelsgericht denn auch vorbehalten, dass als gegen das UWG verstossend der Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs durch täuschende oder andere gegen Treu und Glauben verstossende Mittel zu werten ist (Art. 1 Abs. 1 UWG). Die Bedeutung dieser Generalklausel des Gesetzes braucht nicht eigens belegt zu werden, sie ist nach Wortlaut und Sinn hinreichend klar. Wenn dem Bundesgericht gelegentlich vorgehalten wurde, es mache davon allzu zögernden Gebrauch, so hat es ihre umfassende Geltung in jüngsten Entscheidungen zur anschleichenden und vergleichenden Werbung unmissverständlich herausgestellt (BGE 104 II 333 f., BGE 102 II 294 f.).

2. Nach Auffassung der Kläger verkennt das Handelsgericht sodann, dass eine Wettbewerbshandlung unbedenklich sein kann, solange sie von einem kleinen, schwachen Wettbewerber vorgenommen wird, dass aber ein wesentlich strengerer Massstab an die Lauterkeit wettbewerblichen Verhaltens zu legen sei, sobald es von einem marktmächtigen Unternehmen ausgeht, das seine Mittel in einem Ausmass und mit einer Wirkung einsetzen könne, die andere Wettbewerber zum Nachzug zwängen. Unter solchen Umständen seien Lockvogelaktionen unlauter. Die Kläger verweisen dazu auf in der Literatur geäusserte Meinungen (BAUMBACH/HEFERMEHL, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 11. Aufl., Einleitung N. 91; VISCHER, Preisunterbietung als unlauterer Wettbewerb, Gutachten an den Verband Schweiz. Tabakhändler; SCHLUEP, Lockvogelpreise und Lockvogel-

marken im schweizerischen Recht, in Prix et marques d'appel en droit comparé, S. 83; VON BÜREN, Aktuelle Fragen aus Wettbewerbs- und Markenrecht, SJZ 66/1970 S. 146; ROLF PETER JETZER, Lockvogelwerbung, Diss. Zürich 1979, S. 237) und auf zwei Urteile des deutschen Bundesgerichtshofs (Wirtschaft und Wettbewerb, 1977 S. 417 und 526). Zunächst ist die Verschiedenheit hervorzuheben, die zwischen der kurzfristigen sowie den Gegenstand variierenden und der dauernden, auf bestimmte Artikel beschränkten Preisunterbietung besteht. Zumeist auf diese sind die herangezogenen Meinungsäusserungen ausgerichtet, während jene, sei es direkt oder dem Sinne nach, kaum abgehandelt wird. Solche Aktionen lassen sich aber nicht als Lockvogelwerbung bezeichnen, wenn davon auszugehen ist, dass sie begriffsgemäss beim Käufer den Eindruck erwecken

soll, auch die übrigen Artikel des angebotenen Sortiments seien in entsprechender Weise kalkuliert (vgl. JETZER, a.a.O., S. 91). Aktionsangebote sind in aller Regel und für jedermann erkennbar Sonderangebote, nicht Beispielsangebote, um die so unterscheidende Formulierung von Schluep aufzunehmen (a.a.O., S. 77). Damit soll freilich eine gewisse Lockfunktion auch der Aktionswerbung nicht verneint werden. Aber so eignet sie jeglicher Werbeveranstaltung und ist sie an sich nicht unlauter. Die von VISCHER und VON BÜREN vertretene Auffassung, dass die Wettbewerbshandlung des mächtigeren Unternehmens strenger als die des schwächeren zu werten sei, findet im UWG keine Stütze. Die Lauterkeit oder Unlauterkeit einer Wettbewerbshandlung bewertet sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, wie er im Wettbewerbsrecht verstanden wird, nicht danach, von wem die Handlung ausgeht. Marktmacht ist nicht über darauf bezogene Verschärfung des Lauterkeitsschutzes nach UWG, sondern vom Freiheitsschutz nach Kartellgesetz her anzugehen (vgl. SCHLUEP, a.a.O., S. 81). Sie kann in ihren Auswirkungen allenfalls unter kartellrechtlich massgebenden Gesichtspunkten als missbräuchlich ausgenutzt erscheinen. Das gilt namentlich auch für die von den Klägern behaupteten Folgen derartiger Aktionen wie Zugs- oder Nachahmungszwang. Dagegen geht es nicht an, aus solchen Wirkungen, mögen sie für den Mitbewerber unangenehm sein und wären sie sogar volkswirtschaftlich nachteilig, kurzerhand auf Unlauterkeit der Werbemittel zu schliessen. Was SCHLUEP betrifft, weist er darauf hin, dass das schweizerische Recht weder die Preisunterbietung im allgemeinen noch den Tatbestand des Lockvogelangebots im besonderen ausdrücklich ordnet. Er geht im weitern davon aus, dass unerwünschte Folgen der Lockvogelpolitik grundsätzlich mit Spezialgesetzen bekämpft werden müssen (a.a.O., S. 82). Immerhin seien de lege lata zwei lauterkeitsrechtliche Ansätze anzudeuten. Zum einen könnte die Preisunterbietung dann von der Generalklausel des UWG erfasst werden, wenn sie als getarnte Werbung erscheine, das heisst über den Charakter der Werbeveranstaltung als solcher getäuscht werde. Zum andern dürfe man aus Gründen der Lauterkeit fordern, dass Waren, die durch Spezialgeschäfte vertrieben werden, nicht als Zugaben verschenkt oder zu Werbezwecken verschleudert werden, und zwar mit dem Ziel, die Mitbewerber vom Markt zu verdrängen (S. 83). Weder das eine noch das andere trifft jedoch auf die streitigen Aktionen zu. Im übrigen vermögen diese Ansätze

nicht zu überzeugen. Der zweite wäre lediglich kartellrechtlich von Bedeutung, da er die Freiheit und nicht die Lauterkeit des Wettbewerbs berührt. Die beiden Urteile des deutschen Bundesgerichtshofs sind schon in Ansehung der unterliegenden Sachverhalte wenig geeignet, den von den Klägern vertretenen Standpunkt zu festigen; das eine vom 3. Dezember 1976 betraf eine Schaufenstermiete, das zweite vom 17. Dezember 1976 die Forderung einer preisunabhängigen Geldleistung als Vorbedingung für die Aufnahme der Ware in das Sortiment. Bezüglich der vom Bundesgerichtshof hervorgehobenen Nachahmungsgefahr sei auf schon Gesagtes verwie-

sen. Hinsichtlich der Gefahr einer Ausschaltung des Leistungswettbewerbs ist SCHLUEP beizustimmen, der die Ansicht vertritt, dass das Leistungsprinzip zur Abgrenzung erlaubter von verbotenen Wettbewerbshandlungen untauglich ist (Über Kritik im wirtschaftlichen Wettbewerb, in Homo Creator, Festgabe für Alois Troller, S. 249). Die Kläger berufen sich darauf, das Bundesgericht habe schon vor längerer Zeit festgehalten, dass eine - sonst zulässige - Preisunterbietung unlauter sein könne, wenn sie die Erhaltung gesunder Verhältnisse in einem Gewerbezweig und die Existenz zahlreicher Detailgeschäfte in Frage stelle (BGE 86 II 113). Auch jenes Urteil hatte jedoch besondere und vom vorliegenden Sachverhalt wesentlich abweichende tatbeständliche Voraussetzungen, auf welche die von den Klägern herausgegriffene Bemerkung ausgerichtet ist. Die Verhinderung der erwähnten Entwicklungen ist zudem ein kartellrechtliches Anliegen. Nur insoweit könnte in BGE 98 II 379, einem Fall, der ausschliesslich die Anwendung des Kartellgesetzes betraf und auf den sich die Kläger ebenfalls abstützen wollen, eine Bestätigung der im früheren Urteil geäusserten Bemerkung erblickt werden.

3. In den Rechtsbegehren ist vom Ankaufs- und Einstandspreis sowie von einem betriebswirtschaftlich gerechtfertigten Preis die Rede. Die Kläger nehmen aber nicht den Standpunkt ein, es liege grundsätzlich beim Ankaufs- oder Einstandspreis eine rechtlich entscheidende Grenze, sondern sie sprechen von diesen Preisen in Anlehnung an die von Schluep und Vischer verwendete Terminologie. Vischer äussert sich an der verzeichneten Stelle seines Gutachtens lediglich begriffsbezogen. Die Ansicht SCHLUEPS, vertreten in Rahmen eines lauterkeitsrechtlichen Ansatzes de lege lata, es sei das Angebot unter dem Einstandspreis, wirtschaftliche Ausnahmesituationen vorbehalten, als verkappte Wertwerbung zu

betrachten trifft, wie schon erwähnt, für die hier zu beurteilenden Aktionen nicht zu. Unter einem betriebswirtschaftlich gerechtfertigten Preis verstehen die Kläger einen Preis, der dem Händler erlaubt, aus dem Verkauf des betreffenden Artikels direkten finanziellen Gewinn zu ziehen, und der notwendigerweise über dem Einstandspreis liegt, weil er Abschreibungen, Neuinvestitionen, Risikoprämien und einen angemessenen Geschäftsgewinn zu ermöglichen hat. Nun ist schon darauf hingewiesen worden, dass an sich niemand rechtlich verpflichtet ist, zu solchem Preise zu verkaufen. Ausserdem ist er nicht eine ein für allemal bestimmbare Grösse. Er müsste in jedem einzelnen Fall, für jeden beteiligten Händler nach individuellen wirtschaftlichen und betrieblichen Gegebenheiten, für jede Warengattung, jede Sortimentseinheit, jeden Artikel gesondert immer wieder neu ermittelt werden, was Fragen und Problemen riefe, die schon ihrer Vielzahl und Verzweigtheit wegen binnen vernünftiger Frist gar nicht zu klären und die grossenteils der Zuständigkeit des Zivilrichters überhaupt entzogen wären. Es liegt auf der Hand, dass der betriebswirtschaftlich gerechtfertigte Preis kein justiziables Kriterium für die Beurteilung der Lauterkeit oder Unlauterkeit von Wettbewerbshandlungen im Preisbereich bilden kann. Richtungweisend muss, zumal in Hinsicht auf kurzfristige Aktionen für wechselnde Waren, die bisherige Rechtsprechung bleiben, der zufolge Preissenkungen, selbst wenn sie zu Verlustpreisen führen, unstatthaft erst dann werden, wenn zum Grundtatbestand mit Treu und Glauben unvereinbare und damit Unlauterkeit schaffende Besonderheiten treten (BGE 85 II 450 f.).

4. a) Die Kläger beharren auf dem vom Handelsgericht verworfenen Standpunkt, die Beklagte verstosse gegen Art. 1 Abs. 2 lit. a und b UWG, weil sie durch ihre Aktionen über ihre Leistungsfähigkeit täusche und zugleich die Leistungen der Konkurrenten herabsetze. Dem Handelsgericht ist indes beizustimmen, dass den Verkaufsaktionen der Beklagten als solchen nichts Täuschendes anhaftet. Von der offenen Bezeichnung her und nach der Art ihrer Durchführung sind sie nicht geeignet, den Kunden die ihnen mit der Berufung unterstellten Gedankengänge zu suggerieren. Zudem dürften ihnen andere Überlegungen von vornherein näher liegen. Ein Vergleich der Preise der Beklagten mit denen anderer Wettbewerber wird ihnen durch das Vorgehen der Beklagten nämlich nicht verunmöglicht (vgl. Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission, 1980 S. 291). Da Verkaufsaktionen

nicht eine Eigenheit der Beklagten sind, sondern im Lebensmittel-Detailhandel allgemein nachgerade zum Alltäglichen gehören, wird damit für den Kunden auch nicht der Eindruck eines irreführenden oder unwahren Systemvergleichs erweckt. b) Nach Auffassung der Kläger schaden die Aktionen der Beklagten, bei denen bekannte Markenartikel angeboten werden, dem Ruf dieser Marken. Entgegen der Ansicht des Handelsgerichts seien sie legitimiert, sich dagegen zur Wehr zu setzen, da mit den Markeninhabern auch sie ein Interesse an der Aufrechterhaltung des guten Rufs der Marken hätten. Voraussetzung der von den Klägern behaupteten Verletzung von Art. 2 Abs. 1 UWG wäre indessen, dass der Einbezug von Markenartikeln in die Aktionen unlauteren Wettbewerb darstellen würde. Das verneint die Vorinstanz mit Recht, denn es ist nicht einzusehen, inwiefern Aktionen mit bekannten Markenartikeln täuschend oder herabsetzend sein sollen. Die Kläger vermögen dies denn auch nicht aufzuzeigen. Der Umstand allein, dass sich die Beklagte für ihre Aktionswerbung der Zugkraft bekannter Markenartikel bedient, ist kein wider Treu und Glauben verstossender Missbrauch des wirtschaftlichen Wettbewerbs. c) Irreführend wäre allenfalls das unterpreisige Angebot einer Ware, die nicht oder nicht in ausreichendem Vorrat zur Verfügung steht (SCHLUEP, Lockvogelpreise und Lockvogelmarken, S. 76/77). Das trifft auf die von den Klägern beanstandete Schokoladeaktion der Beklagten jedoch nicht zu. SCHLUEP weist darauf hin, es sei offen, unter welchen Voraussetzungen der Vorrat als ausreichend qualifiziert werden dürfe; in der Schweiz pflegten die Anbieter in Zweifelsfällen den Vorrat bekannt zu geben. Gerade dies hat die Beklagte getan. Sie kündigte im Werbetext den Verkauf einer Million Schokoladetafeln neun verschiedener Sorten an. Damit war die Beschränkung der Aktion auf eine ziffernmässig begrenzte Warenmenge von Anfang an klargestellt. Angesichts der bekannten Vielzahl von Filialen der Beklagten, auf welche die genannte Menge sich verteilte, mochten leer ausgehende Kunden sich zwar ärgern, konnten sich aber nicht getäuscht fühlen, wenn die beliebteste Sorte "Frigor" zwei Tage nach dem Erscheinen der ersten Anzeige und einen Tag nach dem Ausruf im Fernsehen bei einigen Verkaufsstellen zum Aktionspreis nicht mehr erhältlich war. Gemäss verbindlicher Feststellung des Handelsgerichts fehlen im übrigen Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte ganz allgemein für ihrer Aktionen nur unzureichende Mengen der betreffenden Artikel bereithielt.

5. Die Berufung setzt voraus, dass UWG und Kartellgesetz zusammen einen umfassenden Wettbewerbsschutz gewähren wollen. Das ist richtig, ändert aber nichts daran, dass das UWG den Lauterkeitsbereich, das KG den Freiheitsbereich beschlägt, und rechtfertigt keineswegs, die beiden Bereiche im Dienste der Einheit der Rechtsordnung zu vermengen, wie es die Kläger anhand der Anschauung VISCHERS gegenüber jener KUMMERS (Anwendungsbereich und Schutzgut der privatrechtlichen Rechtssätze gegen unlautern und gegen freiheitsbeschränkenden Wettbewerb, S. 117 ff., 124) befürworten. Soweit diese Frage für den vorliegenden Fall von Bedeutung ist, verdient die Auffassung KUMMERS den Vorzug. Sie hält die beiden Schutzbereiche auseinander, ohne zwischen ihnen einen schutzfreien Raum zu belassen, mindert also gesamthaft nicht den Wettbewerbsschutz und führt auch nicht zu widersprüchlichen Ergebnissen in der Anwendung von UWG und KG. Es mag freilich Wettbewerbshandlungen geben, die sowohl vom UWG wie vom KG erfasst werden, aber je unter gesetzesspezifischen Gesichtspunkten und nicht deswegen, weil was nach UWG als unzulässig erscheint, es eo ipso auch nach KG wäre und umgekehrt. Trifft nur das eine oder andere zu, so liegt das im Wesen der Sache und stellt keinen Widerspruch dar. Es kann nicht Lauterkeitsschutz anstelle von Freiheitsschutz oder Freiheitsschutz anstelle von Lauterkeitsschutz geboten werden, wo es für diesen oder jenen an den gesetzlichen Bedingungen gebricht.

6. Die Kläger betrachten die Beklagte als kartellähnliche Organisation im Sinne von Art. 3 KG. Das verneint

die Vorinstanz mit der Begründung, aus dem von den Klägern behaupteten Marktanteil der Beklagten könne nicht geschlossen werden, sie verfüge über eine kartellrechtlich relevante Nachfragemacht. Diese Frage kann offen bleiben, denn das Handelsgericht nimmt mit Recht an, Kartellrecht komme nicht zur Anwendung, weil die beanstandeten Wettbewerbshandlungen der Beklagten weder als erheblich behindernde Vorkehren noch als "gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Preisunterbietungen" zu werten seien (Art. 4 Abs. 1 KG). Soweit es um die angebliche Nachfragemacht der Beklagten und deren behaupteten Missbrauch gehe, könne allenfalls eine Vorkehr im vertikalen Bereich, das heisst im Verhältnis zwischen Nachfrager und Anbieter gegeben sein. Insofern sei sie nicht gegen die Kläger gerichtet, die davon nur mittelbar betroffen würden. Eine Vorkehr im horizontalen Bereich, im Verhältnis zwischen ihnen und der Beklagten, liege damit nicht vor.

BGE 107 II 277 S. 287

Zudem seien gemäss Art. 4 KG nur Vorkehren unzulässig, die sich gezielt gegen Dritte richten, um sie im Wettbewerb erheblich zu behindern. Die Beklagte kämpfe ganz allgemein um eine Verbesserung ihrer Stellung am Markt, was naturgemäss auf Kosten der Konkurrenz gehen müsse. Nach Auffassung des Handelsgerichts ist der Umstand, dass die Kläger davon besonders betroffen werden, eine Folge der im Lebensmittelhandel eingetretenen Veränderung der Vertriebsform und der damit verbundenen Konzentration auf wenige grosse Verteilorganisationen. Diese nach geltendem Recht zulässige Entwicklung könne nicht durch entsprechende Auslegung des Kartellgesetzes aufgehalten oder gar rückgängig gemacht werden, zumindest nicht auf dem Weg über einen Zivilprozess. Mit den Einwänden, welche die Kläger demgegenüber vorbringen, lässt sich nicht aufzeigen, dass die Vorinstanz von einer gegen Bundesrecht verstossenden Auffassung ausgeht. Dafür untauglich ist namentlich der Hinweis auf die Botschaft des Bundesrats zum Entwurf des Kartellgesetzes (BBl 1961 II 553). Zwar wurde der Wortlaut "behindert werden sollen" in Art. 4 Abs. 1 KG gewählt, um neben der tatsächlichen auch die mögliche Behinderung einzubeziehen, nicht aber um das Erfordernis ihrer Zielgerichtetheit aufzuheben. In der Botschaft wird im Rahmen der allgemeinen Bemerkungen zu Art. 4 ausgeführt (S. 579): "Die Bestimmung über Wettbewerbsbehinderung richtet sich nur gegen die gezielte Behinderung Dritter, nicht aber gegen jeglichen Machteinsatz." In den besonderen Bemerkungen finden sich folgende nähere Erläuterungen (S. 580): "Unter Wettbewerbsbehinderung darf nicht jedes Verhalten verstanden werden, das einen Konkurrenten benachteiligt. Der Entwurf erwähnt ausdrücklich, dass die Behinderung erheblich sein muss. ...Vor allem aber betrifft er nur Vorkehren, die eigens darauf gerichtet sind, jemanden in der Ausübung des Wettbewerbes zu behindern und dadurch den Wettbewerb zu beeinträchtigen (Diskriminierung). Darauf weist besonders das Wort "sollen" hin, aber auch schon das Wort "Vorkehren" ...Eine subjektive Absicht ist nicht erfordert; es genügt, dass der Sache nach der Boykott auf jenes Ziel ausgerichtet ist (objektives Ziel der Vorkehr)." Daraus geht hervor und die Entstehungsgeschichte des Art. 4 KG erhärtet (vgl. SCHÜRMANN, Textausgabe des Kartellgesetzes mit Erläuterungen, S. 62 f., 65/66, 69/70, 71), dass der Vorkehr ein Diskriminierungszweck oder doch eine erkennbare Diskriminierungstendenz eignen muss. Die Bestimmung von Art. 4 KG fusst sowohl auf wettbewerbspolitischen wie persönlichkeitsrechtlichen

BGE 107 II 277 S. 288

Überlegungen. Ausgangspunkte bildeten die Empfehlungen der Preisbildungskommission und die aus Art. 27 und 28 ZGB in Verbindung mit den Art. 19 und 20 OR entwickelte Rechtsprechung zum Boykott; dieser verstanden als organisierte Meidung eines Gewerbetreibenden, um ihn zu einem bestimmten Verhalten zu zwingen oder für ein bestimmtes Verhalten zu massregeln. Der Tatbestand wurde im Verlaufe der Arbeiten der Expertenkommission allgemeiner gefasst und auf die gezielte Preisunterbietung ausgedehnt. Auch sie aber fällt

unter den Oberbegriff der "Vorkehr", der zum Ausdruck bringt, dass die Zielgerichtetheit ausschlaggebende Voraussetzung ist. Der Boykottgedanke blieb grundlegend; damit deckt sich, dass im Gesetz nicht von Preisunterbietungen schlechthin, sondern von gegen bestimmte Wettbewerber gerichteten Preisunterbietungen die Rede ist. Das gilt für Kartelle, sinngemäss aber auch für kartellähnliche Organisationen (Art. 4 Abs. 2 KG). Darum ist entgegen der Berufung nicht entscheidend, ob die Vorkehr einen engeren oder weiteren Kreis von Wettbewerbern trifft, sondern, ob ihr ein Diskriminierungscharakter zukommt, was für die zum Gegenstand des Prozesses gemachten Preisunterbietungen der Beklagten mit dem Handelsgericht zu verneinen ist.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 1979 bestätigt.