Urteilskopf

96 I 297

49. Auszug aus dem Urteil vom 16. September 1970 i.S. Denner AG gegen Schweiz. Bierbrauerverein und Mitbeteiligte und Obergericht des Kantons Zürich.
Regeste (de):
Kartellgesetz, Preisbindung der zweiten Hand, vorsorgliche Massnahme, Willkür.

Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung des Art. 4 BV gegen den Entscheid, mit dem der Richter vorsorgliche Massnahmen gemäss Art. 10 KG anordnet (Erw. 1).

Kognition des Bundesgerichts (Erw. 2).

Beweislastverteilung im kantonalen Verfahren (Erw. 3).

Verfügung, welche die Bierbrauereien für die Dauer des ordentlichen Prozesses zur Belieferung eines Discountgeschäfts, dieses aber zur Einhaltung eines bestimmten (unter dem bisher vom Bierkartell festgesetzten Ansatzliegenden) Detailverkaufspreises von Flaschenbier verpflichtet. Voraussetzungen solcher Preisbindung der zweiten Hand nach Art. 5 lit. e KG. Überprüfung unter dem beschränkten Gesichtswinkel des Art. 4 BV.

Regeste (fr):
Loi sur les cartels et organisations analogues. Prix imposé pour la revente, mesures provisionnelles, arbitraire.

Recours de droit public pour violation de l'art. 4 Cst., formé contre l'ordonnance de mesures provisionnelles, prise par le juge conformément à l'art. 10 LCart. (consid. 1).

Pouvoir d'examen du Tribunal fédéral (consid. 2).

Répartition du fardeau de la preuve dans la procédure cantonale (consid. 3).

Ordonnance qui, pour la durée de la procédure devant le juge ordinaire, oblige les brasseries à livrer à une entreprise de vente "discount" et celle-ci à respecter un prix imposé (inférieur à celui précédemment fixé par le cartel de la bière) pour la vente au détail de la bière en bouteilles. Conditions qui légitiment l'obligation de respecter un prix imposé pour la revente, selon l'art. 5 lit. e LCart. Examen sous l'angle restreint de la violation de l'art. 4 Cst.

Regesto (it):
Legge sui cartelli e le organizzazioni analoghe. Prezzi imposti per la rivendita. Misure provvisionali. Arbitrio.

Ammissibilità del ricorso di diritto pubblico per violazione dell'art.

4 CF, interposto contro la decisione con cui il giudice ordina misure provvisionali ai sensi dell'art. 10 LCart. (consid. 1).

Potere d'esame del Tribunale federale (consid. 2).

Ripartizione dell'onere della prova nella procedura cantonale (consid. 3).

Decreto che, per la durata della procedura davanti al giudice ordinario, obbliga le birrerie a rifornire un negozio "discount", e questo a mantenere un prezzo imposto (inferiore a quello precedentemente fissato dal cartello

della birra) per la vendita al minuto della birra in bottiglia. Presupposti che legittimano l'obbligo di rispettare un prezzo imposto per la rivendita, giusta l'art. 5 lett. e LCart. Esame dal profilo limitato dell'art. 4 CF.

Sachverhalt ab Seite 298

BGE 96 I 297 S. 298

Aus dem Tatbestand:

A.- Die Denner AG betreibt in Zürich und andern Orten herkömmliche Läden und Discountgeschäfte, in denen sie auch Flaschenlagerbier in 6 dl Mehrwegflaschen verkaufte, die sie zum Teil von der Löwenbräu Zürich AG und von der Brauerei A. Hürlimann AG bezog. Diese Brauereien sind Mitglieder des Schweizerischen Bierbrauervereins, dem mit drei Ausnahmen sämtliche schweizerischen Brauereien beigetreten sind. Seine Mitglieder haben durch eine Konvention eine Marktordnung geschaffen, durch die u.a. für die Zwischen- und Letztverteilerstellen bestimmte Mindestverkaufspreise für Lagerbier in Mehrwegflaschen festgesetzt wurden. Auf den festgesetzten Preisen dürfen noch die üblichen Rabatte und Rückvergütungen gewährt werden. Jede Vertragsbrauerei hat dafür zu sorgen, dass ihre Abnehmer die festgesetzten Verkaufspreise einhalten (Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission 1966, S. 99). Kunden, die die vorgeschriebenen Detailverkaufspreise nicht beachten, sind mit einer Liefersperre zu belegen. Auf den Fakturaformularen der Brauereien ist vermerkt, dass die Lieferung zu den in Rechnung gestellten Engrospreisen den Kunden verpflichtet, die geltenden Minimalverkaufspreise einzuhalten. Gemäss Preisliste der Brauereidistriktverbände im Raume Zürich von Ende Mai 1967 beträgt der Detailverkaufspreis der 6 dl Flasche zur Zeit 70 Rappen, der Engrospreis 50 Rappen mit 2% Skonto bei Bezahlung innert 15 Tagen. Als die Denner AG in der Presse ankündigte, sie werde künftig in ihren Discountgeschäften die Flasche Lagerbier zu 50 Rappen verkaufen, wurden ihre bei der Löwenbräu Zürich AG und der Brauerei A. Hürlimann AG aufgegebenen

BGE 96 I 297 S. 299

Bestellungen nicht mehr ausgeführt und weitere Lieferungen abgelehnt. Ausserdem teilten die beiden und weitere Brauereien der Denner AG mit, dass sie ihr eine in frühern Jahren gewährte Rückvergütung nicht mehr weiter zubilligen würden.

B.- Auf Begehren der Denner AG verfügte der Einzelrichter im summarischen Verfahren des Bezirkes Zürich am 10. Dezember 1969, gestützt auf Art. 10 des Bundesgesetzes über Kartelle und ähnliche Organisationen vom 20. Dezember 1962 (KG, AS 1964, 53), unter Androhung der Straffolgen nach Art. 292 StGB, der Schweizerische Bierbrauerverein habe die gegen die Denner AG verhängte Liefersperre zu widerrufen und die ihm angeschlossenen Brauereien anzuweisen, der Denner AG und ihren Verkaufsstellen das von ihr bestellte Lagerbier zu liefern, sofern dessen Endverkaufspreis den bisherigen Endverkaufspreis der Discountgeschäfte nicht unterschreite. Der Löwenbräu Zürich AG und der Brauerei A. Hürlimann AG verbot er in gleicher Weise, sich an der Liefersperre gegen die Denner AG zu beteiligen und verhielt sie, ihr und ihren Verkaufsstellen das bestellte Lagerbier zu liefern, sofern der bisherige Endverkaufspreis der Discountgeschäfte nicht unterschritten werde. Der Denner AG wurde Frist zur Einreichung der Klage angesetzt. Ihre weitergehenden Begehren wies er ab. Der Schweizerische Bierbrauerverein und die beiden Brauereien (nachfolgend Brauereien genannt) verlangten beim

Obergericht des Kantons Zürich die Aufhebung der Verfügung; eventuell sei die Gesuchstellerin anzuweisen, einen Endverkaufspreis von 60 Rappen pro 6 dl Retourflasche einzuhalten. Das Obergericht hiess den Rekurs am 21. April 1970 teilweise gut, indem es die Brauereien verhielt der Denner AG und ihren Verkaufsstellen Lagerbier in 6/10 Mehrwegflaschen zu liefern, sofern der Endverkaufspreis in Discountgeschäften 60 Rappen nicht unterschreite, ebenfalls unter Androhung der Straffolgen nach Art. 292 StGB im Widerhandlungsfall.

C.- Gegen diesen Entscheid des Obergerichts hat die Denner AG staatsrechtliche Beschwerde erhoben. Sie wirft dem Obergericht willkürliche Anwendung des KG und Verletzung des Art. 31 BV vor.

D.- Der Schweizerische Bierbrauerverein und die beiden angeschlossenen Brauereien beantragen Nichteintreten, eventuell Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge. Das Obergericht des Kantons Zürich hat auf Vernehmlassung verzichtet.

BGE 96 I 297 S. 300

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 10 KG verfügt der Richter auf Antrag einer Partei zum Schutze von Ansprüchen aus unzulässiger Wettbewerbsbehinderung vorsorgliche Massnahmen, wobei Art. 9-12 des Bundesgesetzes vom 30. September 1943 über den unlautern Wettbewerb (UWG) sinngemäss anwendbar sind. Es handelt sich bei diesem Verfahren um ein zivilprozessuales Mittel des Bundesrechts zur provisorischen Sicherung privater Ansprüche (SCHÜRMANN, Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen S. 111). Obwohl die Kantone die Verfahrensart und die zuständigen Gerichte zu bezeichnen haben, ist das Verfahren um Anordnung vorsorglicher Massnahmen vor Anhebung des Hauptprozesses ein selbständiges bundesrechtliches Verfahren. Der Entscheid, der es abschliesst, ist daher ein Endentscheid und nicht ein blosser Zwischenentscheid, gegen den die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Art. 4 BV nur bei Vorliegen eines nicht wiedergutzumachenden Nachteils zulässig wäre. Daran ändert nichts, dass die vorsorgliche Massnahme dahinfällt, wenn der Richter sie im Hauptprozess abändert oder aufhebt, falls die Verhältnisse sich geändert haben (VON BÜREN, Kommentar zum UWG S. 208 N. 19) und dass zwischen dem Verfahren um Erlass vorsorglicher Verfügungen und dem Hauptprozess ein Zusammenhang besteht. Beide bilden ihrem Gegenstand nach noch nicht eine Einheit, so dass nicht vom gleichen Verfahren gesprochen werden kann, was dem abschliessenden Entscheid im Verfahren über vorsorgliche Massnahmen den Charakter des Endentscheides nehmen würde (BGE 94 I 369). Sofern der Richter im Hauptprozess keine Änderung verfügt, bleibt es bei der vorsorglichen Massnahme, und wird die Klage abgewiesen, so hat sie in der Zwischenzeit dennoch ihre Wirksamkeit entfaltet. Das rechtfertigt die selbständige Anfechtbarkeit der Verfügungen nach Art. 10 KG durch staatsrechtliche Beschwerde.

2. Die Verletzung von Art. 31 BV erblickt die Beschwerdeführerin einzig in der willkürlichen Auslegung und Anwendung des KG durch das Obergericht; diese führe zu einer unzulässigen Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit. Der Vorwurf, der angefochtene Entscheid missachte Art. 31 BV, fällt deshalb mit demjenigen der Willkür zusammen. Dass die Bestimmungen des KG, mit denen das Obergericht seinen Entscheid

BGE 96 I 297 S. 301

begründete, selber gegen die Handels- und Gewerbefreiheit verstossen würden, behauptet die Beschwerdeführerin nicht. Ein solcher Vorwurf wäre übrigens unbehelflich, da das Bundesgericht gemäss Art. 113 BV die Verfassungsmässigkeit der Bundesgesetze nicht überprüfen darf. Willkür liegt nach der Rechtsprechung (BGE 93 I 6 /7 und dort angeführte frühere Urteile) nur vor, wenn ein Entscheid nicht bloss unrichtig, sondern schlechthin unhaltbar ist. Nur unter diesem beschränkten Gesichtswinkel können vorsorgliche Massnahmen, deren Erlass im übrigen in die ausschliessliche Zuständigkeit der von den Kantonen bezeichneten Behörden fällt, vom Bundesgericht überprüft werden. Dabei ergibt sich eine zusätzliche Beschränkung noch daraus, dass im Verfahren betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen der streitige Anspruch und seine Gefährdung nur glaubhaft zu machen sind, der Richter sich also mit dem Eindruck einer gewissen Wahrscheinlichkeit für das Vorhandensein der in Frage kommenden Tatsachen sowie mit einer bloss summarischen Prüfung der Rechtsfragen begnügen darf (vgl. BGE 88 I 14 /15).

3. Im Verfahren nach Art. 10 KG hat der Gesuchsteller glaubhaft zu machen, dass er durch die ihm gegenüber angewandten Massnahmen eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation in unzulässiger Weise im Wettbewerb beschränkt wird und dass ihm infolgedessen ein nicht leicht ersetzbarer Nachteil droht, der nur durch eine vorsorgliche Massnahme abgewendet werden kann. Dagegen liegt ihm nicht ob, glaubhaft zu machen, dass keiner der in Art. 5 KG genannten Rechtfertigungsgründe für die wettbewerbsbehindernden Massnahmen gegeben ist (MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz S. 74). Dass ein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 KG vorliegt, hat im Hauptprozess die Gegenpartei darzutun (BGE 94 II 339 E. 5 a). Im Verfahren über die Anordnung vorläufiger Massnahmen kann es nicht anders sein. Die Gegenpartei hat deshalb das Vorhandensein der Tatsachen glaubhaft zu machen, die eine Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen. Da die Tatsachen nur glaubhaft zu machen, nicht zu beweisen sind, ist über ihren Bestand kein erschöpfendes Beweisverfahren durchzuführen. Ihre abschliessende Beurteilung ist erst im Hauptprozess möglich. Das ist von Bedeutung vor allem hinsichtlich der Tatsachen, die sich erst in der Zukunft möglicherweise oder wahrscheinlich oder mit Sicherheit als Folge der Ergreifung oder Unterlassung wettbewerbsbeschränkender

Massnahmen einstellen werden. Für die Würdigung der bezüglichen Verhältnisse verbleibt dem Massnahmenrichter daher ein weiter Spielraum.

4. a) Es ist unbestritten, dass die von den Brauereien der Beschwerdeführerin gegenüber verhängte Liefersperre eine Wettbewerbsbehinderung im Sinne von Art. 4 KG darstellt. Auch die Erheblichkeit der Behinderung ist zu bejahen, weil Liefersperren in der Regel eine erhebliche Wettbewerbsbehinderung darstellen, denn sie sind immer geeignet, das wirschaftliche Verhalten des Betroffenen zu beeinflussen (BGE 94 II 337 E. 3; SCHLUEP, Von der Kontrahierungspflicht der kartellähnlichen Organisation, Wirtschaft und Recht 1969, S. 207). Die Beschwerdegegner bestreiten auch nicht, dass der Beschwerdeführerin ein nicht leicht ersetzbarer Nachteil droht, der nur durch eine vorsorgliche Massnahme abgewendet werden kann. Nicht von Bedeutung ist, dass die Beschwerdeführerin bereits bestelltes Bier, über dessen Lieferung eventuell ein gültiger Vertragsschluss zustandegekommen ist, auf Grund des vertraglichen Anspruchs noch anfordern könnte. Es ist unstreitig, dass die Liefersperre sich auch auf künftige Bestellungen bezieht. In diesem Sinne ist die Verfügung des Einzelrichters, wonach die Brauereien bestelltes Bier zu liefern hätten, zu verstehen. Streitig ist einzig noch, ob die Wettbewerbsbehinderung deswegen rechtmässig ist, weil sie mit einem der in Art. 5 KG genannten Rechtfertigungstatbestände begründet werden kann. Wettbewerbsbehinderungen sind danach zulässig, wenn die Vorkehren durch überwiegende schutzwürdige Interessen gerechtfertigt sind und sie die Freiheit des Wettbewerbs im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach Art und Durchführung nicht übermässig beeinträchtigen. Abs. 2 zählt, ohne vollständig sein zu wollen, einzelne Fälle von überwiegenden schutzwürdigen Interessen auf. Von ihnen hat das Obergericht nur den Rechtfertigungsgrund nach lit. e gelten lassen. Mit Recht geht es davon aus, dass das KG

Wettbewerbsbeschränkungen zur Durchsetzung von Preisbindungen der zweiten Hand grundsätzlich zulässt. Das bringt der in den parlamentarischen Verhandlungen umstrittene Art. 5 Abs. 2 lit. e KG unmissverständlich zum Ausdruck. Immerhin kann nicht jede Preisbindung der zweiten Hand mittels Wettbewerbsbeschränkungen gegenüber Aussenseitern durchgesetzt werden. Sie hat im Gegenteil gewissen Erfordernissen zu entsprechen.

Abgesehen von der in Abs. 1 enthaltenen allgemeinen Einschränkung, muss sie in erster Linie angemessen sein. Darunter ist zu verstehen, dass die Gewinnmarge des Detaillisten, der durch die Preisbindung geschützt werden soll, nicht übersetzt (MERZ, a.a.O. S. 67, MATILE, Problèmes du droit suisse des cartels, ZSR 1970 II S. 234 ff.) oder (SCHÜRMANN, a.a.O. S. 96) wenigstens nicht extrem, offensichtlich unangemessen und unbillig ist. Sodann hat die Preisbindung durch weitere Gründe, wie z.B. die Sorge für den Kundendienst oder die Wahrung der Qualität ihre Rechtfertigung zu finden (so zutreffend MERZ, a.a.O. S. 67 gegen SCHÜRMANN, a.a.O. S. 97). Als Rechtfertigungsgründe für eine zu Kampfmassnahmen berechtigende Preisbindung der zweiten Hand kommen ausserdem die in Art. 5 Abs. 2 lit. a-d genannten Interessen in Betracht; das ist der Sinn des zweiten Halbsatzes von Art. 52 lit. e KG (SCHÜRMANN, a.a.O., MATTMANN, Die Preisbindung der zweiten Hand nach dem Schweizerischen Kartellgesetz, Diss. 1970, S. 60 ff.). Schliesslich darf die Massnahme zur Durchsetzung der Preisbindung den Betroffenen im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach Art und Durchführung nicht übermässig beeinträchtigen (Art. 5 Abs. 1 KG, BGE 91 II 37 E. 4 c). Die Beschwerdeführerin macht in letzterer Hinsicht nicht geltend, dass eine Liefersperre ihr gegenüber unverhältnismässig sei. Eine solche Einwendung wäre auch nicht begründet (dazu zuletzt MATILE, a.a.O. S. 250 ff.). b) Das Obergericht ist der Auffassung, dass allein die Tatsache, dass es sich beim Bier regelmässig um einen Markenartikel handelt, eine Preisbindung der zweiten Hand, die durch Wettbewerbsbeschränkungen gesichert werden könne, rechtfertige, da der gleichbleibende Preis in den Augen vieler Käufer auch eine gleichbleibende Qualität garantiere. Die Beschwerdeführerin hält diese Auffassung für willkürlich. Ob heute, nachdem die Preisbindung zweiter Hand für zahlreiche Markenartikel hinfällig geworden ist und vor allem in Discountgeschäften Markenartikel zu teilweise erheblich tiefern Preisen verkauft werden als in herkömmlichen Geschäften, die Meinung des Obergerichts noch zutrifft, kann indessen offen bleiben. Die Rechtfertigung der Preisbindung hat es nämlich in erster Linie bejaht, weil sie zur Gewährleistung des Kundendienstes beitrage. Was unter Kundendienst zu verstehen sei, ergibt sich aus dem KG nicht ausdrücklich und in den Kreisen der Wirtschaft

scheinen darüber keine einhelligen Meinungen zu herrschen (MATTMANN, a.a.O. S. 64). Es wird in erster Linie darunter zu verstehen sein, dass der Verkäufer einer Ware mit oder nach dem Verkauf gewisse zusätzliche Leistungen, die sich auf die Ware selbst beziehen, erbringt, wie Beratung, Verpackung, Instruktion, Hauslieferung, nachträgliche Wartung usw. Das Obergericht hat unter Kundendienst auch die Möglichkeit verstanden, dass den Kunden die Gelegenheit zu bequemem Einkauf durch dezentralisierte Einkaufsmöglichkeiten geboten wird. Diese Auffassung ist jedenfalls nicht völlig unhaltbar. Die Möglichkeit, Genussmittel bequem in der Nähe seiner Wohnstätte einkaufen zu können, fällt für den Kaufsentschluss des Kunden offensichtlich ins Gewicht. Das trifft vor allem dann zu, wenn er nur geringe Mengen, z.B. eine oder einige wenige Flaschen, kaufen möchte. Er wird dann vermutlich den Weg zu einem möglicherweise in beträchtlicher Entfernung liegenden Discountgeschäft scheuen und auf den Kauf der Ware unter Umständen verzichten. Das Interesse der Kunden an der Gewährleistung eines Kundendienstes in diesem Sinne durch Aufrechterhaltung eines weitgestreuten Netzes von Detailverkaufsstellen kann deshalb nicht von vornherein als unmassgeblich abgetan werden. So hat z.B. die Kartellkommission angenommen, die Aufrechterhaltung einer genügenden örtlichen Streuung der

Apotheken liege im Interesse des Patienten und bilde einen Faktor für die Anerkennung der Preisbindung zweiter Hand (Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission 1966, S. 286). Als vertretbar erscheint aber auch die Annahme, falls die Beschwerdeführerin durch massive Unterbietung die herkömmlichen Detailverkaufsstellen erheblich konkurrenziert und ihnen einen Teil des Umsatzes wegnimmt, so werde dieses Verteilernetz in seinem gegenwärtigen Bestand gefährdet, weil bei der gedrückten Marge für den einen oder andern Depositär der Bierverkauf nicht mehr lohnend ist. Wie eine Aufgabe der Preisbindung der zweiten Hand in dieser Hinsicht sich auswirken wird, ist nicht leicht voraussehbar und kann mit Gewissheit nur auf Grund von eingehenden Untersuchungen ermittelt werden, wofür in einem Verfahren nach Art. 10 KG kein Raum ist. Jedenfalls ist es nicht völlig unhaltbar, wenn das Obergericht die von ihm geschilderten Folgen erwartet. Damit fällt auch der Einwand der Beschwerdeführerin dahin,

die Beschwerdegegner würden überhaupt kein eigenes Interesse an der Preisbindung verfechten, sondern bloss dasjenige der Detaillisten, da durch die Belieferung der Beschwerdeführerin der Bierumsatz im Ganzen eher gesteigert werde. Ob das zutrifft, kann zuverlässig wiederum nur durch eingehende Untersuchungen ermittelt werden. Solange das nicht geschehen ist, kann jedenfalls ohne Willkür angenommen werden, dass die Brauereien an der Aufrechterhaltung des weitgespannten Verteilernetzes direkt interessiert sind, weil bequeme Einkaufsmöglichkeiten für die Kunden auf die Dauer vermutlich den Umsatz steigern helfen.
c) Ebenso ist es nicht völlig unhaltbar, anzunehmen, die Qualität des Bieres könne unter Umständen nicht mehr gehalten werden, wenn die Preise auf dem Biermarkt zufolge des Verhaltens der Beschwerdeführerin zusammenbrechen sollten. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die übrigen Detaillisten, wenn sie, um konkurrenzfähig zu bleiben, den Verkaufspreis ebenfalls senken müssen, eine angemessene Gewinnmarge dadurch zu erreichen suchen, dass sie auf die Engrospreise drücken. Zwar mag es fraglich erscheinen, ob einem solchen Unterfangen der angestrebte Erfolg beschieden wäre, weil eine Senkung des Engrospreises zu einer weitern Herabsetzung der Verkaufspreise bei der Beschwerdeführerin führen könnte, so dass sich schliesslich die frühere Situation wiederherstellte. Allein es ist nicht abwegig, anzunehmen, dass dieser Ausweg dennoch beschritten würde. Damit, dass durch Aufgabe der Preisbindung zweiter Hand schliesslich ein Druck auf die Herstellerpreise erfolgen und dieser zu einer Leistungsverschlechterung führen könnte, rechnet auch die Kartellkomission (Veröffentlichungen 1966, S. 281). Es darf deshalb ohne Willkür davon ausgegangen werden, dass die Brauereien versuchen würden, einen Druck auf die Engrospreise mit einer Verschlechterung der Bierqualität wettzumachen. Die Beschwerdeführerin wendet ein, dass einem solchen Vorgehen die Lebensmittelgesetzgebung entgegenstehe. Allein die Lebensmittelgesetzgebung (Art. 377 ff. der Lebensmittelverordnung, BS 4, 575) enthält nur Minimalvorschriften inbezug auf die Qualität und die Beschwerdeführerin behauptet nicht, dass die Brauereien jetzt schon nur Bier herstellen, das lediglich den Minimalanforderungen genüge, so dass eine Qualitätsverschlechterung auch bei Preisdruck gar nicht möglich sei.

d) Erweisen sich die Erwägungen über die besondern Gründe, die zur Rechtfertigung der Preisbindung der zweiten Hand führen, als vertretbar, verbleibt die Prüfung der Frage ihrer Angemessenheit. Das Obergericht hält die Preisbindung wahrscheinlich für angemessen, soweit der Detailverkaufspreis der Mehrwegflasche 60 Rappen nicht übersteigt. Es ergibt sich dabei für den Wiederverkäufer bei einem Engrospreis von 50 Rappen und unter Berücksichtigung des Skontos von zwei Prozent eine Gewinnmarge von 11 Rappen pro Flasche. Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, dass sie zufolge ihrer günstigeren Kostenstruktur mit einer erheblich geringeren Marge auskommen könne. Die Annahme des Obergerichts, bei der Beurteilung der Angemessen-

heit einer Marge könne nicht auf die am günstigsten arbeitende Unternehmung abgestellt werden, sondern es sei kalkulatorisch auch auf schwächere Betriebe Rücksicht zu nehmen, ist jedoch nicht völlig unhaltbar. Die Preisbindung zweiter Hand, deren Zulässigkeit, wie dargelegt, grundsätzlich vom Gesetzgeber anerkannt ist, verfolgt gerade den Zweck, auch weniger günstig arbeitenden Betrieben eine Gewinmöglichkeit offen zu halten. Die Preisbindung der zweiten Hand wäre weitgehend überflüssig, wenn nur die Margen der unter optimalen Bedingungen wirtschaftenden Unternehmen als angemessen anerkannt würden. Ob es dabei zulässig wäre, auf die Verhältnisse von ganz unrationell arbeitenden Unternehmungen abzustellen, mag dahingestellt bleiben, da die Beschwerdeführerin nicht behauptet, ein Engrospreis von 60 Rappen gehe hievon aus (vgl. zur Problematik MATILE, a.a.O. S. 238). Sodann ist die Auffassung nicht willkürlich, die Margenverhältnisse im Biergeschäft könnten wahrscheinlich als angemessen gelten, weil die Kartellkommission bezüglich dieser Verhältnisse noch keine Sonderuntersuchung im Sinne von Art. 20 KG durchgeführt habe. Zwar decken sich die Begriffe der Angemessenheit der Preisbindung der zweiten Hand nach Art. 5 KG und der Begriff der volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkung von Kartellen im Sinne von Art. 20 Abs. 1 KG, die allein Anlass zu einer Sonderuntersuchung geben können, nicht. Eine Preisbindung kann unangemessen sein, ohne volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen zu haben, z.B. weil dem kartellierten Gewerbszweig keine erhebliche wirtschaftliche oder soziale Bedeutung zukommt

(SCHÜRMANN, Die Durchführung des Kartellgesetzes, Wirtschaft und Recht 1969, S. 75; Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission 1970, S. 4 unten). Beim Biermarkt ist angesichts seiner Bedeutung eine unangemessene Preisbindung volkswirtschaftlich wohl eher als schädlich zu betrachten. Nachdem eine Sonderuntersuchung durch die zuständige Stelle nicht angeordnet wurde, obwohl die Margenverhältnisse durch den Bericht der Kartellkommission über die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Bier- sowie dem Mineral- und Süssgetränkemarkt vom 11. März 1966 bekannt waren, darf ohne Willkür der Schluss gezogen werden, dass die zuständigen Behörden sie jedenfalls nicht als offensichtlich unangemessen betrachteten. Es ist auch nicht abwegig, wenn das Obergericht zur Stützung seiner Auffassung berücksichtigte, dass die Beschwerdeführerin das unter einer Eigenmarke verkaufte Flaschenbier ebenfalls zu 60 Rappen abgab. Zu Unrecht wendet diese ein, der Preis von 60 Rappen habe nur für die herkömmlichen Dennerläden gegolten, nicht aber für ihre Discountgeschäfte. Sie anerkennt damit indirekt, dass in herkömmlichen Läden ein Verkaufspreis von 60 Rappen aus Rentabilitätsgründen angezeigt erscheint. Dass sie nun in ihren Discountgeschäften mit einer wesentlich niedrigern Marge auskommen kann, ändert darum nichts, weil, wie ausgeführt, die Preisbindung zweiter Hand gerade darauf ausgerichtet ist, auch den herkömmlichen Geschäftsbetrieben eine bestimmte Marge zu sichern. Dass die Discountgeschäfte als neue Betriebsform des Detailhandels mit einer geringern Marge auskommen können, vermag nicht von vornherein die Preisbindung der zweiten Hand als nicht mehr schutzwürdig erscheinen zu lassen. Der Schluss, die Preisbindung beim Verkaufspreis von 60 Rappen sei wahrscheinlich angemessen, erweist sich deshalb, soweit sie in einem Verfahren nach Art. 10 KG getroffen wurde, nicht als willkürlich. Die genauere Abklärung der Angemessenheit muss dem Hauptprozess vorbehalten bleiben.

Dispositiv

Demnach erkennt das Bundesgericht:
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.