

39. 1. Über das Erfordernis der Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems für Markenartikel als Voraussetzung für die Inanspruchnahme eines Außenleiters wegen Ausnutzung des Vertragsbruchs seines Verkäufers.

2. Über Grund und Zweck der Forderung des Nachweises eines lückenlosen Preisbindungssystems.

3. Über die Frage, ob allein in Äußerungen des Beklagten im Rechtsstreit, daß er auch in Zukunft Markenwaren der Klägerinnen unter den von ihnen festgesetzten Preisen verkaufen werde, schon die Bedrohung mit dem Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut oder Recht zu erblicken sei mit der Rechtsfolge, daß auf Grund solcher Äußerungen etwa die vorbeugende Unterlassungsklage gegeben wäre.

4. Über das Erfordernis der inhaltlichen Wiedergabe von nicht in der Sitzungsniederschrift festgelegten Zeugenaussagen in dem Berufungsurteil.

UnWZ. § 1. BGB. § 1004. ZPO. §§ 161, 286, 313 Abs. 1 Nr. 3.

II. Zivilsenat. Ur. v. 15. Mai 1936 i. S. F. (Werk.) w. B. & Co.
 RG. u. a. (Rl.). II 196/35.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Die Klägerinnen zu 1 bis 3 und 5 bis 8, die nur noch am Revisionsverfahren beteiligt sind, sind Hersteller von bekannten Markenwaren und Mitglieder des Markenschutzverbandes.

Der Beklagte betreibt ständig vor dem Rathaus in St. (Großberlin) von einem Wagen aus einen Straßenhandel insbesondere in Seifen und ähnlichen Waren. Er hat in den bei Prüfungen der

Klägerinnen festgestellt, in der Klageschrift im einzelnen aufgeführten Fällen in der Zeit von November 1932 bis März 1933 Markenwaren der vorstehend bezeichneten Klägerinnen unter dem festgesetzten, ebenfalls in der Klageschrift genannten Markenpreis verkauft.

Die Klägerinnen beantragen mit der vorliegenden Klage die Beurteilung des Beklagten zur Unterlassung, die Markenwaren, insbesondere die im Klageantrage aufgeführten, unter den vorgeschriebenen Preisen anzukündigen oder zu verkaufen oder die Preise durch Zugaben, Rabatte oder sonstige Vergünstigungen irgendwelcher Art zu unterbieten.

Nach Ansicht des Beklagten besteht der Anspruch der Klägerinnen auf Preischutz nicht, weil ihr „Reverssystem“ tatsächlich völlig durchlöchert und deshalb unwirksam sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es sieht das „Reverssystem“ der Klägerinnen als offenbar nicht ausreichend an, um eine Wirkung auf die Händlerchaft auszuüben, da ihre Markenwaren nicht nur in Einzelfällen, sondern von einem großen Teil der Markt- und Straßenhändler zu niedrigeren als den von den Klägerinnen vorgeschriebenen Preisen verkauft würden. Im zweiten Rechtszug haben die Klägerinnen außer dem in erster Reihe wiederholten Klageantrage hilfsweise den gleichen Antrag mit dem Zusatz gestellt, dem Beklagten zu untersagen, bei Bezahlung einen Preisnachlaß zu gewähren, der 3% der vorgeschriebenen Preise der Markenartikel überschreite. Sie behaupten, daß ihr „Reverssystem“ nicht nur gedanklich lückenlos sei, sondern daß es auch tatsächlich lückenlos durchgeführt werde, abgesehen von vereinzelt Verletzungsfällen, die aber unvermeidlich seien und deshalb auf die Rechtslage keinen Einfluß ausüben könnten. Im wesentlichen unterbiete nur der Markt- und Straßenhandel, dessen Anteil an dem Gesamthandel mit Waren zur Hautpflege aber nur etwa 1 bis 2% betrage, die vorgeschriebenen Markenpreise. Die Klägerinnen meinen im übrigen, daß es auf die lückenlose Durchführung der Preisbindung im vorliegenden Fall nicht ankomme, da dem Beklagten als Straßenhändler ohne weiteres nachzuweisen sei, daß er sich die unter Preis verkauften Markenwaren der Klägerinnen nur durch bewußte Ausnutzung des Vertragsbruchs eines oder mehrerer zur Einhaltung der Preise verpflichteter Händler habe beschaffen

können und ihm auch weiter die Beschaffung dieser Markenwaren nur auf „Um- und Schleichwegen“ möglich sei. Die Klägerinnen verweisen ferner darauf, daß Markenwaren für die Hautpflege wie die ihrigen nach § 66 Abs. 1 GewD. nicht zum Markthandel zugelassen seien, für den sie nicht bestimmt und geeignet seien. Das gleiche gelte nach §§ 55, 56, 42a GewD. für den Straßenhandel. Zur Begründung ihres im Berufungsrechtszuge neu gestellten Hilfsantrages bemerken die Klägerinnen, daß ein Barzahlungsrabatt nach dem Rabattgesetz vom 25. November 1933 von der Handelsüblichkeit abhängig und nur bis 3% zulässig sei.

Der Beklagte hat um Zurückweisung der Berufung gebeten. Er macht in erster Reihe nach wie vor geltend, daß weder eine lückenlose Preisbindungs- noch eine lückenlose Vertriebsbindungsordnung bei den Klägerinnen bestehe; die von diesen behaupteten neuen Preischutzbemühungen seien nicht erfolgt, sie seien übrigens auch nicht geeignet, die Lückenlosigkeit ihrer Reverssysteme darzutun. Es handle sich nicht um vereinzelte Fehlschläge ihrer Bemühungen, vielmehr würden ihre Waren überall, besonders auch von fast sämtlichen Berliner Geschäften, unter Preis verkauft und sowohl von Großhändlern wie auch von Einzelhändlern in zahlreichen Fällen an Markt- und Straßenhändler abgegeben. Für die Markenwaren der Klägerinnen bestehe sogar ein regelrechter freier Markt, auf dem man sich jederzeit in beliebiger Menge ohne jegliche Preisbindung eindecken könne. Weiter hätten die Klägerinnen selbst ihre Reverssysteme auf die verschiedenste Weise durchbrochen, auch seien ihre Sperren von Großhändlern nicht ernst gemeint: Großhändler, über welche die Sperre verhängt werden solle, würden vorher durch einen Vertreter der betreffenden Klägerin aufgefordert, sich noch rechtzeitig durch einen größeren Abschluß für die Zeit der Sperrung einzudecken; oder es werde gesperrten Großhändlern mitgeteilt, wo sie trotz der Sperrung die Markenware mittelbar weiter erhalten könnten, oder es würden Scheinaufträge für eine zurückliegende Zeit aufgenommen. Die Folge sei naturgemäß, daß sich Großhändler, die solche Erfahrung gemacht, nicht mehr an Reversverpflichtungen hielten. Der Beklagte macht weiter geltend, es bestiehe eine sehr wesentliche Lücke in den Preischutzmaßnahmen der Klägerinnen insofern, als sie selbst oder durch ihre Großhändler Konzerne, sonstige Großbetriebe — auch staatliche — und besonders Konsum-

genossenschaften unter Preis belieferten, von denen er eine Anzahl nennt. Von diesen Stellen werden dann seiner weiteren Angabe nach die Markenwaren zum Teil an jedermann unter Preis weiterveräußert, ohne daß die Klägerinnen oder der Markenschutzverband hiergegen eingeschritten wären. Nach der weiteren Behauptung des Beklagten erhält jeder bekannte eingeführte Kunde bei einem Einzelhändler die Waren der Klägerinnen unter Preis. Denn die Einzelhändler würden von ihnen, sogar zu günstigeren Preisen als die Großhändler, in einem weit über den eigenen Bedarf hinausgehenden Umfang beliefert und dadurch von den Klägerinnen selbst in die Lage gesetzt, erhebliche Mengen von Markenwaren, wenn auch unter Verstoß gegen ihre Reversbedingungen, sogar an Großhändler noch zu günstigen Bedingungen weiterzukaufen. Keine der Klägerinnen übe die in dieser Hinsicht notwendige Aufsicht aus, um diese zweite sehr wesentliche Quelle des sogenannten freien Marktes der Markenwaren zu verstopfen. Nach alledem treffe es, wie der Beklagte betont, nicht zu, daß die Markt- und Straßenhändler sich die Markenwaren auf Um- und Schleichwegen, d. h. mittels Verleitung zum Vertragsbruch, beschaffen müßten. Die Ware werde ihnen vielmehr sowohl von Groß- wie auch von Einzelhändlern ohne weiteres angeboten.

Der Beklagte erhebt schließlich gegenüber dem Preisbindungs- und Vertriebsverfahren der Klägerinnen den Einwand, daß es selbst gegen die guten Sitten verstoße, weil es die Preise auf eine wucherische Höhe heraufschraube, die für den Verbraucher nicht mehr tragbar sei.

Gegenüber dem Hilfsantrag, der sich auf das Rabattgesetz stützt, macht der Beklagte geltend, daß es sich im vorliegenden Fall nicht um Gegenstände des täglichen Bedarfs handle, auf die sich dieses Gesetz allein beziehe.

Das Berufungsgericht hat, nachdem es Beweis erhoben hat, dessen „wesentliches Ergebnis“ es seiner Erklärung nach in den Entscheidungsgründen wiedergegeben hat, der Berufung der Klägerinnen zu 1 bis 3 und 5 bis 8 stattgegeben, indem es unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils in diesem Umfange den Beklagten gemäß dem Hauptantrage verurteilt hat. Dagegen hat das Berufungsgericht die Berufung der — für die Revisionsinstanz nicht mehr in Betracht kommenden — Klägerin zu 4 als unbegründet zurück-

gemiesen. Die Revision hatte insofern Erfolg, als das Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen wurde aus folgenden

Gründen:

1. Da der Beklagte unstreitig nicht in einem Vertragsverhältnis mit den Klägerinnen zu 1 bis 3 und 5 bis 8 (im folgenden kurz Klägerinnen) steht, die für das Revisionsverfahren nur in Betracht kommen, so scheidet der Fall der Verletzung einer vertraglich übernommenen Preisbindung hier aus, wird auch von den Klägerinnen nicht geltend gemacht. Da auch ein Warenbezug des Beklagten „auf unlauteren sittenwidrigen Schleichwegen“, sei es von den Klägerinnen, sei es von vertraglich ihnen gegenüber gebundenen Großhändlern oder Einzelhändlern, der den Klagenanspruch aus § 1 UrWG. ohne weiteres begründen würde (RGZ. Bd. 136 S. 73 betr. „Effa“ Margarine), hier nicht in Frage kommt, so kann es sich zunächst nur darum handeln, ob die Klägerinnen dem Beklagten wegen des Unterbietens der von ihnen für den Kleinverkauf ihrer sog. Markenartikel festgesetzten Verkaufspreise mit Recht den Vorwurf sittenwidriger Ausnutzung fremden Vertragsbruchs machen. Das Berufungsgericht bejaht dies im Gegensatz zum Landgericht, indem es abweichend von ihm und von der Darstellung des Beklagten ihr Preisbindungssystem als gedanklich lückenlos aufgestellt und tatsächlich ebenso durchgeführt ansieht. Denn das Preisunterbieten zu Wettbewerbszwecken allein für sich reicht, auch wenn es sich auf preisgebundene Ware bezieht, nicht aus zur Annahme eines sittenwidrigen Verhaltens, wohl aber wenn es auf Grund einer Verleitung zum Vertragsbruch, zum mindesten in Ausnutzung eines solchen geschieht, vorausgesetzt, daß die Preis- oder sonstige Bindung vor dem Gesetz und den guten Sitten Bestand hat. Für die Annahme einer Ausnutzung fremden Vertragsbruchs muß eine Bindung aller Abnehmer der Klägerinnen an deren Preisfestsetzungen vorgelegen haben. Die Klägerinnen müssen, wovon auch Land- und Kammergericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats (z. B. RGZ. Bd. 133 S. 330 [336] betr. Preisfälschern bei der Markenware „Asbach Uralt“, ferner Urf. v. 10. Mai 1932 in MuW. 1932 S. 334 [337]) ausgehen, darlegen und — mit Rücksicht auf das Bestreiten des Beklagten — beweisen, daß ihr Preisbindungs-

System lückenlos aufgebaut ist und in dieser Verfassung von ihnen auch durchgeführt wird. Auf die Frage, weshalb dieser Nachweis zu erbringen ist, ist später einzugehen (vgl. unter Nr. 3). Und zwar muß grundsätzlich das System, um als lückenlos bezeichnet werden zu können, in diesem Zustande ausgebaut gewesen und gehandhabt worden sein schon zur Zeit des Erwerbes der Waren, die der Beklagte unter den festgesetzten Kleinverkaufspreisen abgegeben hat und noch abgeben will (vgl. RRG. Bd. 133 S. 330 [336]). Es kann somit, wie dort ausgeführt wird, nicht darauf ankommen, ob die Klägerinnen später — etwa im Hinblick auf die im gegenwärtigen Rechtsstreit von dem Beklagten erhobenen Einwendungen oder wegen Eintritts zahlreicher Verletzungsfälle — weitere Maßnahmen zum Ausbau oder zur Sicherung ihrer Preisbindungen getroffen haben. Mit diesem Grundsatz steht der vom Berufungsgericht vertretene Standpunkt in Widerspruch, daß zu Gunsten der Klägerinnen bei der Prüfung der Frage der tatsächlichen Durchführung ihres angeblich lückenlosen Preisbindungssystems die nach Ansicht des Berufungsgerichts früher nicht in gleichem Umfange erforderlichen Abwehrmaßnahmen aus den Jahren 1933 und 1934 — die vorliegende Klage ist Ende Juli 1933 bei dem Landgericht eingegangen — gegen das am Ende des Jahres 1932 nach der weiteren Annahme des Berufungsgerichts plötzlich hervortretende starke Anwachsen der Zahl preisfleubender Markt- und Straßenhändler und der hinter diesen stehenden Großhändler zu berücksichtigen seien. Das Berufungsgericht meint, der Beklagte werde hierdurch in keiner Weise unbillig benachteiligt. Denn er sei bei jedem neuen Erwerb von Markenware, die er unter den festgesetzten Preisen weiterverkaufen wolle, von neuem verpflichtet, die in diesem maßgebenden Zeitpunkt bestehende Gesamtlage in Rechnung zu stellen. Er kenne die Bemühungen der Klägerinnen zur Durchsetzung ihres Preissschutzes durch diesen Rechtsstreit aufs genaueste und damit auch sein Wagnis in dem Fall einer gerichtlichen Annahme der Lückenlosigkeit ihres Preissschutzes auf Grund dieser Bemühungen. Alsdann könne aber ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß der Beklagte die Markenware der Klägerinnen, die er in Zukunft noch unter dem Markenpreise verkaufen wolle, jedenfalls im wesentlichen erst nach Auswirkung der von ihm im übrigen für wertlos gehaltenen Abwehrmaßnahmen der Klägerinnen angeeschafft habe.

Dieser Standpunkt des Berufungsgerichts ist rechtlich nicht zutreffend. Entscheidend für den mit der vorliegenden Klage auf Grund der in der Klageschrift aufgeführten einzelnen Verletzungshandlungen des Beklagten aus dem November und Dezember 1932 sowie aus dem Januar und März 1933 geltend gemachten Unterlassungsanspruch ist, wie oben in Übereinstimmung mit dem Urteil des erkennenden Senats vom 6. Oktober 1931 in RGZ. Bd. 133 S. 330 (336) bereits hervorgehoben worden ist, ob zur Zeit des Erwerbes der Waren, die der Beklagte zu niedrigeren als den von den Klägerinnen festgesetzten Kleinverkaufspreisen abgegeben hat und noch abgeben will, das Preisbindungssystem der einzelnen (7) Klägerinnen sowohl gedanklich lückenlos aufgebaut war wie auch tatsächlich von ihnen so gehandhabt wurde mit der Wirkung, daß es — von vereinzelt un vermeidlichen Fehlschlägen abgesehen — ihre sämtlichen Abnehmer wirklich gedanklich und tatsächlich im Zeitpunkt des Erwerbes der betreffenden Waren durch den Beklagten erfaßte (vgl. das bereits erwähnte Urteil des erkennenden Senats vom 5. April 1932 in RGZ. Bd. 136 S. 65 [72]). Dabei soll, wie dort (a. a. O. S. 72 a. E. und S. 73) ausdrücklich betont wird, jede Milderung der Strenge des Erfordernisses der Lückenlosigkeit ausgeschlossen sein, selbst wenn die Durchführung einer solchen Preisbindung, falls es sich z. B. um eine Massenware des täglichen Bedarfs handelt, gewisse Schwierigkeiten bietet. Rechtsirrig ist die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Nachprüfung der Lückenlosigkeit, „da es sich um eine lediglich für die Zukunft bedeutsame Unterlassungs-, nicht um eine Schadensersatzklage handle und der Beklagte bis in die neueste Zeit bei allen Klägerinnen die Verbindlichkeit ihrer Preisbuchsysteme bestreite und ihre Markenwaren mit dieser Begründung weiter unter Preis verkaufen wolle, nicht auf die Zeit zu beschränken sei, in der sich die den Anlaß dieses Rechtsstreits bildenden Verletzungsfälle zugetragen haben.“ Demgegenüber ist zu bemerken, daß die Voraussetzung der Unterlassungsklage entweder in einer erstmalig drohenden Rechtsverletzung oder, falls eine solche bereits verwirklicht worden ist, in der Beforgnis ihrer Wiederholung besteht. In erster Reihe ist also zu prüfen, ob der von den Klägerinnen behauptete tatsächliche Rechtseingriff des Beklagten vorliegt. Die Äußerungen des Beklagten im Rechtsstreit, daß er auch in Zukunft Markenwaren der Klägerinnen unter den von ihnen festgesetzten

Preisen verkaufen werde, weil er die Verbindlichkeit ihrer Preis-
schußsysteme bestreite, begründen nicht, wie das Berufungsgericht
anscheinend annimmt, den Tatbestand einer Fortsetzung der der
Klage zugrunde liegenden Rechtseingriffe, welcher der rechtlichen Be-
urteilung unter Berücksichtigung inzwischen, d. h. erst nach dem
Zeitpunkt des Erwerbs der Waren durch den Beklagten (vgl. oben),
von den Klägerinnen getroffener weiterer Maßnahmen zum Ausbau
oder zur Sicherung ihrer Preisbindungen unterläge. Der Prozeß-
bevollmächtigte der Klägerinnen hat in der mündlichen Verhandlung
vor dem Revisionsgericht auf Vorhalt zu diesem Punkt geltend ge-
macht, daß schon die Bedrohung mit dem Eingriff in ein geschütztes
Rechtsgut oder Recht nach den Umständen des einzelnen Falls eine
so erhebliche Störung des Rechtsfriedens darstellen könne, daß darin
ein widerrechtlicher Eingriff im Sinn der Voraussetzungen für die
Gewährung der vorbeugenden Unterlassungsklage gefunden werden
könne. Das sei nach Lage der Sache hier der Fall. Dieser Rechts-
standpunkt der Klägerinnen ist rechtsgrundsätzlich nicht zu beanstanden,
er entspricht auch den Ausführungen des VI. Zivilsenats des Reichs-
gerichts in RGZ. Bd. 101 S. 335 (340). Aber der Fall, den die
Klägerinnen im Auge haben, ist hier nicht gegeben. Das Berufungs-
gericht geht ersichtlich nicht davon aus, daß es sich bei den Erklärungen
des Beklagten im Rechtsstreit um einen drohenden erstmaligen wider-
rechtlichen Eingriff in ein geschütztes Rechtsgut oder Recht handele,
sondern um die Fortsetzung einer vorherigen bereits zur Ausführung
gekommenen Verletzungshandlung des Beklagten gegenüber den
Klägerinnen. Ein solches Verhalten des Beklagten kann aber in
seinen lediglich im Rechtsstreit abgegebenen Erklärungen nicht erblickt
werden, die nicht von irgendwelchen Maßnahmen begleitet sind, aus
denen sich der Anfang einer Ausführungshandlung oder auch nur
so viel ergäbe, daß der Beklagte ernste Vorbereitungen zur Bewirk-
lichung seiner Erklärungen getroffen hätte oder auch nur unmittelbar
davor stände, dies zu tun (vgl. die genannte Entscheidung in RGZ.
Bd. 101 S. 340). In dieser Beziehung fehlt es hier an jedem Anhalt,
ist auch von den Klägerinnen selbst in den Instanzen nichts vor-
getragen worden. Alles, was der Beklagte im vorliegenden Rechts-
streit in der Richtung erklärt hat, daß er ein Recht für sein Vorgehen
beanspruche und in derselben Weise auch künftig handeln werde,
ist somit, falls eine von ihm begangene Störung der von den

Klägerinnen behaupteten Art bewiesen werden sollte, lediglich als Begründung für die Annahme der Wiederholungsgefahr zu berücksichtigen. Wird aber ein bereits vollzogener Eingriff nicht bewiesen, so sind die Prozeßerklärungen ihrer Art nach nicht geeignet, die Besorgnis vor einem erstmaligen widerrechtlichen Eingriff zu begründen.

Da die erste der in der Klageschrift zur Begründung des Unterlassungsanspruchs aufgeführten einzelnen Verletzungshandlungen des Beklagten am 15. November 1932 geschehen ist, der Erwerb der von ihm unter Preis verkauften Waren somit vor diesem Tage liegen muß, so kommt es für die Prüfung und Entscheidung der von den Klägerinnen behaupteten Lückenlosigkeit ihres Preisbindungssystems gedanklich in seinem Aufbau und tatsächlich in seiner Durchführung auf die Zeit kurz vor dem 15. November 1932 an. Das Berufungsgericht hat aber seinen Feststellungen auf Grund der Beweiswürdigung nicht diesen Zeitpunkt, sondern einen viel späteren, vielfach erst lange nach Erhebung der gegenwärtigen Klage liegenden zugrunde gelegt. So erklärt das Berufungsgericht: „Die Erhebung der von dem Beklagten (zur Widerlegung der Lückenlosigkeit der Preisbindungen) in erster Reihe angetretenen Beweise ergab für die jetzt maßgebende Zeit gerade das Gegenteil.“ In dem vorhergehenden Absatz des Berufungsurteils, auf den das Berufungsgericht verweist, vertritt es den vorstehend als rechtsirrig dargelegten Standpunkt, daß die von den Klägerinnen erst in den Jahren 1933 und 1934 eingeführten stärkeren Abwehrmaßnahmen für den mit der vorliegenden Klage geltend gemachten Unterlassungsanspruch entscheidend zu berücksichtigen seien. Das Berufungsgericht sagt bezüglich der „Abnehmerkategorie der Konsumgenossenschaften, Kantinen von Großbetrieben usw.“: „Es ist hier in allen nachgeprüften Fällen mit Ausnahme des besonders liegenden Falles der Universität in B. jedenfalls in der neueren Zeit ausdrücklich die Lieferungsbedingung festgelegt worden, daß die Markenware nur zu Markenpreisen abgegeben werden dürfe; wo dies nicht von vornherein geschehen ist, ist der Markenschutzverband später vorstellig geworden und ist darauf jedenfalls im Laufe des Jahres 1933 Abhilfe geschaffen.“ Weiter stellt das Berufungsgericht auf Grund der Aussage des Zeugen St. fest, daß bei der Konsumgenossenschaft der D. Bank in B. zwar früher auch Markenware an Mitglieder unter

dem vorgeschriebenen Kleinverkaufspreis abgegeben worden, im April 1933 aber der Markenschutzverband vorstellig geworden ist und daß daraufhin spätestens seit August 1933 Markenwaren nur noch zu den vorgeschriebenen Preisen abgegeben werden. Das Berufungsgericht stellt ferner fest, daß in der Verkaufsabteilung der Universität in B. der Vertrieb von Markenwaren auf Grund einer Auseinandersetzung mit dem Markenschutzverband auf wirkliche Bedarfswaren für den Studenten beschränkt sei, der Verkauf hier allerdings weiter zu ermäßigten Preisen stattfindet; durch Überwachung sei aber dafür gesorgt, daß nur Studenten kaufen können und jeder nur seinen eigenen üblichen Bedarf deckt. Das Berufungsgericht erblickt in diesem Verfahren, über dessen Anwendung es keinerlei Zeitangaben macht, keine Durchbrechung der Preisbindungsordnung der Klägerinnen, weil der allerdings unter Preis stattfindende Verkauf der hier in Frage kommenden Markenwaren nach der Art, wie er „nach den Vorstellungen des Markenschutzverbandes“ durchgeführt werde, eine hinreichende Gewähr dafür biete, daß nur ein eng begrenzter Kreis von Personen, dessen Bevorzugung gerechtfertigt sei, die Markenwaren unter Preis bekommen könne. Weiter unterstellt das Berufungsgericht die Behauptung des Beklagten als richtig, daß z. B. die WEG. allein im Jahre 1933 mehrere Waggonladungen Markenwaren von den Klägerinnen unter Preis bezogen und mit deren Wissen auch unter Preis verkauft habe. Das Berufungsgericht meint aber, daß dieser Behauptung des Beklagten nicht nachgegangen zu werden brauche, „da selbst, wenn derartige damals (1933) noch möglich gewesen wäre, aus den aufgeklärten Fällen deutlich jedenfalls ein klarer und durch die Vorstellungen des Markenschutzverbandes betätigter Wandel in der Einstellung der hier von diesem Verband geführten Klägerinnen nachgewiesen ist, künftig auch bei derartigen Großabnehmern, die an sich nur für ihre Angehörigen gemeinschaftlich einkauften, aber diesen die Markenwaren billiger verschaffen wollten, die Einhaltung der Markenpreise durchzusetzen.“

Das Berufungsgericht hat bei seinen vorstehend wiedergegebenen Darlegungen aus Rechtsirrtum, wie oben ausgeführt worden, einen unrichtigen, nämlich zu späten Zeitpunkt der Prüfung und Entscheidung der Frage, ob das Preisbindungssystem der Klägerinnen lückenlos erbracht und so auch tatsächlich durchgeführt worden sei,

zugrunde gelegt. Daher ist auch seine Feststellung, es fehle an jedem Anhalt dafür, daß auf dem Umwege über Konsumgenossenschaften, Kantinen großer Unternehmungen usw., Markenwaren der Klägerinnen unter Preis und ohne Preisbindungen in den Handelsverkehr gelangt seien, hinfällig, weil die Feststellung eben rechtsirrig nicht für den maßgebenden, sondern für einen zu späten Zeitpunkt unter bewußter Berücksichtigung von nachträglich von den Klägerinnen oder für sie vom Markenschutzverband getroffenen Maßnahmen zum Ausbau und zur Sicherung getroffen ist. Dazu wird noch bemerkt, daß in dem (ersten) Beweisbeschuß vom 25. Juni 1934 ein bestimmter Zeitpunkt, auf den die Beweisfragen abgestellt wären, überhaupt nicht genannt ist, ferner daß in dem (zweiten) Beweisbeschuß vom 26. Juli 1934 gefragt wird, ob die dort genannten Großhändler, obwohl sie keinen Revers unterzeichnet hätten, von den Klägerinnen oder anderen Großhändlern bis in die neueste Zeit ohne Bindung mit Markenware beliefert worden seien und um wie hohe Umsätze es sich hierbei im Einzelfall innerhalb des letzten Jahres handle; das wäre also, wie hierzu zu bemerken ist, fast genau seit Erhebung der vorliegenden Klage. In dem (letzten) Beweisbeschuß vom 15. Februar 1935 wird eine Beweisfrage abgestellt auf „die letzten Jahre bis in die neueste Zeit“, eine andere auf die Jahre 1932/33.

Schon wegen des vorstehend dargelegten Rechtsirrtums war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zwecks anderweitiger Verhandlung und Entscheidung zurückzuerweisen.

2. Dazu kommt weiter die von der Revision mit Recht gerügte Verletzung der §§ 161 und 313 Abs. 1 Nr. 3 und des § 236 ZPO. mit Rücksicht darauf, daß keine der Aussagen der vor dem Senat des Berufungsgerichts vernommenen Zeugen in der Sitzungsniederschrift oder im Tatbestand oder in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils wiedergegeben ist. Die Revision vertritt im Anschluß an RGZ. Bd. 145 S. 390, Bd. 146 S. 348 (355), Deutsche Justiz 1935 Nr. 31 Ausgabe A S. 1102 den Standpunkt, die Anwendung des § 161 ZPO. entspreche den Vorschriften der Zivilprozeßordnung nur, wenn das Fehlen der Beweisaufnahme-Niederschrift durch eine Wiedergabe der Zeugenaussagen im Urteil ersetzt werde, da sonst weder dem Erfordernis des § 313 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. genügt

noch die nötige Unterlage für die vom Berufungsgericht selbst vorzunehmende und vom Revisionsgericht auf ihre richtige Handhabung nachzuprüfende Würdigung nach § 286 ZPO. und für die etwaigen sachlich-rechtlichen Folgerungen in den Akten enthalten sei. Die Revision sieht auch in den Schlüssen, die in den Entscheidungsgründen aus den Aussagen gezogen sind, keinen ausreichenden Ersatz für die fehlende Wiedergabe. Hierzu ist zu bemerken, daß in der Sitzungsniederschrift des Berufungsgerichts vom 13. September 1934 angegeben ist, daß die dort mit Namen genannten 21 Zeugen nach Maßgabe des anliegenden Stenogramms vernommen worden seien, nachdem sie zur Wahrheit ermahnt und darauf hingewiesen worden waren, daß sie ihre Aussage erforderlichenfalls beeidigen müßten; dann folgt als Anlage zur Sitzungsniederschrift die Beurkundung der Vernehmung als Übertragung aus dem Stenogramm. Diese Beurkundung beschränkt sich dort bei jedem der 21 Zeugen auf die Wiedergabe der persönlichen Verhältnisse und den Satz: Der Zeuge wurde zur Sache vernommen. In gleicher Weise ist verfahren in der Sitzungsniederschrift vom 22. November 1934 hinsichtlich der dort mit Namen genannten weiteren 7 Zeugen. Die Feststellung der Zeugenaussagen in der Sitzungsniederschrift konnte unterbleiben, da die Vernehmung vor dem Prozeßgericht geschah und das Endurteil der Berufung nicht unterlag (§ 161 ZPO.). In einem solchen Fall ist nach feststehender Rechtsprechung die Wiedergabe des Inhalts der Zeugenaussage im Urteil erforderlich (vgl. z. B. RGZ. Bd. 145 S. 390 [392, 393]). Die Wiedergabe in den Entscheidungsgründen ist, wie in dem soeben angeführten Urteil des Reichsgerichts dargelegt ist, nicht ausgeschlossen. Eine ausreichende Wiedergabe der Aussagen in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils liegt hier jedoch nicht vor. Es wird vielmehr ausgeführt, was sich durch die Aussagen „ergab“, „herausgestellt hat“, was „der Zeuge B. glaubhaft bekundet“, „überzeugend dargelegt hat“, „was bei der genauen Befragung der Zeugen und ihrer Gegenüberstellung mit den nicht weniger glaubwürdigen Zeugen der Klägerinnen sich ergab . . .“ Bei dem großen Umfang der Beweisaufnahme und den keineswegs besonders einfachen Beweisfragen kann aus dieser Art der Behandlung der Beweisaufnahme durch das Berufungsgericht nicht entnommen werden, was die einzelnen Zeugen in Wirklichkeit ausgesagt haben. Das Berufungsgericht teilt

nur einzelne Sätze einer Anzahl von Aussagen unter ihrer gleichzeitigen Würdigung mit, ohne daß deren vollständiger Inhalt und Zusammenhang erkennbar sind, wie die Revision mit Recht in Übereinstimmung mit RÖZ. Bd. 146 S. 355 geltend macht. Im Tatbestande des Berufungsurteils ist auch nur angegeben, daß „in den Entscheidungsgründen das wesentliche Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme wiedergegeben ist“, also nicht der Inhalt der Zeugenaussagen, sondern nur das, was das Berufungsgericht in ihnen für wesentlich ansieht. Eine Nachprüfung, ob das Berufungsgericht bei Prüfung der sehr umfangreichen Beweisaufnahme den Prozeßgesetzen entsprechend richtig und erschöpfend verfahren ist, ist unter diesen Umständen, wie die Revision mit Recht betont, nicht möglich.

Danach hatte auch der auf Verletzung der angeführten Prozeßvorschriften gestützte Angriff der Revision Erfolg.

3. Das Berufungsgericht stellt fest, daß das Preisbindungssystem der Klägerinnen sowohl lückenlos erdacht wie auch tatsächlich lückenlos durchgeführt ist durch Überwachungen, Klagen, Sperren usw. In erster Reihe ist zu dieser Feststellung des Berufungsgerichts zu bemerken, daß sie auf der bereits oben unter Nr. 1 als rechtsirrig dargelegten Auffassung des Berufungsgerichts beruht, daß maßgebend für die Frage der Lückenlosigkeit der jetzige Zustand der Bindungsordnung und das jetzige Verhalten der Klägerinnen zu seiner tatsächlichen Durchführung sei.

Weiter aber ist auch die Revisionsrüge der Verletzung des in der Rechtsprechung des Reichsgerichts entwickelten Begriffs der Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems von Markenwarenerzeugern für ihre Markenwaren begründet.

Was die gedankliche Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems der Klägerinnen betrifft, die nach Angabe des Berufungsgerichts von dem Beklagten erstlich nicht bestritten, auch von der Revision nicht beanstandet wird, so stellt das Berufungsgericht fest: Sie sei aufgebaut auf dem System der blauen und grünen Verpflichtungsscheine des Markenschutzverbandes, von diesen würden die ersten von den mit preisgebundenen Markenwaren belieferten Großhändlern, die zweiten von den Kleinhändlern unterzeichnet; die Scheine würden durch den Markenschutzverband gesammelt und verzeichnet und zu einer den Mitgliedsfirmen mitgeteilten Liste der an das Preischutz-

system angeschlossenen Abnehmer verarbeitet. Das Berufungsgericht nimmt an, daß die vom Beklagten betonte einzig gedanklich mögliche Lücke in dem Preischutzsystem der Klägerinnen der bindungsfreie Erwerb von Markenwaren in Zwangsversteigerungen bei Groß- und Kleinhändlern sei, weil die Klägerinnen ihre Ware nicht zurücknähmen. Aber das Berufungsgericht stellt fest, daß der Beklagte für seine — mit Einzelheiten nicht belegte — Behauptung, bei solchen Zwangsversteigerungen könne sich jeder Groß- und Kleinhändler ohne Bindungen mit so viel Ware versorgen, wie er benötige, kein Beispiel einer Zwangsversteigerung anzuführen vermocht habe, bei der überhaupt Markenware im großen ausgedoten worden sei. Das Berufungsgericht gelangt daher nach einigen auf tatsächlichem Gebiete liegenden weiteren Erwägungen zu dem Ergebnis, daß diese an sich bestehende mögliche Lücke in dem Preisbindungssystem der Klägerinnen als bedeutungslos außer Betracht zu bleiben habe. Diese Feststellung des Berufungsgerichts wird, wie gesagt, von der Revision nicht angegriffen, ist auch als rechtlich bedenkenfrei nicht zu beanstanden.

Der Schwerpunkt der Beanstandung der behaupteten Lückenlosigkeit durch den Beklagten und der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellung dieses Inhalts durch die Revision liegt auf dem Gebiete der tatsächlichen Durchführung. Sie muß, wie auch bereits oben in Übereinstimmung mit der Entscheidung des erkennenden Senats in RGZ. Bd. 133 S. 341 ausgeführt worden ist, zusammen mit der grundsätzlichen (theoretischen) Lückenlosigkeit die zweifelsfreie Gewähr für eine tatsächliche rechtliche Bindung der Kunden an die Preiskette bieten. Demgemäß sieht die ebenfalls bereits genannte Entscheidung des erkennenden Senats in RGZ. Bd. 136 S. 72 (betr. die preisgebundene Markenware Effka-Margarine) das Vorgehen gegen einen Außenseiter nur dann als berechtigt an, wenn das Preisbindungssystem des jeweiligen Klägers so aufgebaut ist und tatsächlich gehandhabt wird, daß es — von vereinzelt un vermeidlichen Fehlschlägen abgesehen — die Abnehmer wirklich grundsätzlich und tatsächlich insgesamt erfasst. Dabei wird zwar ausdrücklich dort zugegeben, daß die Durchführung einer solchen Preisbindung, wenn es sich um eine Massenware des täglichen Bedarfs handelt, was übrigens bei den hier in Frage stehenden Waren schon mit Rücksicht auf ihren zum Teil verhältnismäßig hohen

Preis im Gegensatz zu Margarine, die den Gegenstand jenes Rechtsstreits bildete, immerhin zweifelhaft sein könnte, gewisse Schwierigkeiten bietet; es wird aber betont, daß daraus keineswegs folge, daß deshalb die rechtlichen Voraussetzungen für die vertragliche Erfassung der beteiligten Abnehmer andere würden; denn die (damalige) Klägerin könne weder für sich noch für ihr Preisbindungssystem insoweit eine Sonderbehandlung beanspruchen.

Das Berufungsgericht erkennt solche Schwierigkeiten hier ausdrücklich an, indem es annimmt, daß es den Klägerinnen, die allein in Berlin mit mehr als 50 selbständigen Großhändlern zusammenarbeiten und außerdem auch Kleinhändler unmittelbar beliefern, und bei der großen Zahl der in Frage kommenden Kleinhändler nicht möglich sei, die genaue Belieferung jedes einzelnen von ihnen zu ermitteln, zumal wenn er außer mit den Klägerinnen womöglich noch mit mehreren Großhändlern in Geschäftsverbindung stehe; schon die hierzu notwendigen laufenden Abschlußmeldungen der Großhändler würden nicht zu erreichen sein. Es sei den Klägerinnen aber auch sonst nicht zuzumuten, derartige allein zuverlässige Überwachungen der Gesamtlieferung ihrer einzelnen Kleinhändlerkunden mit ihren Markenwaren einzuführen, weil auch dann noch die Gegenüberstellung dieser Gesamtlieferung mit den in dem betreffenden Kleinhandelsgeschäft schätzungsweise möglichen Umsätzen regelmäßig kein zuverlässiges Ergebnis zeitigen werde. Auch der Markenwarenerzeuger muß nach der vom Berufungsgericht ausdrücklich ausgesprochenen Ansicht grundsätzlich davon ausgehen können, daß jeder Kleinhändler nur seinen eigenen regelrechten Bedarf eindeckelt und pflichtgemäß die von ihm übernommenen Vertragsbedingungen einhalte. Man könne vom Markenwarenerzeuger lediglich bei irgendwie verdächtigen Verhältnissen ein erhöhtes Maß von Vorsicht verlangen. Daß die Klägerinnen diese Vorsicht versäumt und dadurch eine Lücke ihres Preisrechtes selbst verschuldet hätten, verneint das Berufungsgericht außer bei der Klägerin zu 4 (die für das Revisionsverfahren nicht in Betracht kommt).

Das Berufungsgericht unterstellt dann als richtig, daß es für den eingeweihten Markt- und Straßenhändler möglich sei, sich alle Markenwaren in ausreichenden Mengen ohne Preisbindung zu verschaffen. Als eine der Quellen, die den Markt- und Straßenhändler mit preisgebundener Markenware ohne Bindung versorgen, stellt

das Berufungsgericht den mit dem Markt- und Straßenhändler befreundeten oder sonst mit ihm zusammenarbeitenden Kleinhändler fest. Eine ausreichende Überwachung von dessen Einkauf und Vertrieb von preisgebundenen Markenwaren aber ist nach den vorstehend wiedergegebenen Ausführungen des Berufungsgerichts den Klägerinnen nicht möglich, ihnen aber auch nicht zuzumuten, abgesehen von irgendwie verdächtigen Verhältnissen. Dagegen unterstellt das Berufungsgericht die weitere Behauptung des Beklagten — jedenfalls soweit es sich um ihren äußeren Inhalt handelt — als richtig, daß Kleinhändler von den Klägerinnen über ihren Eigenbedarf zu günstigeren Preisen als die Großhändler mit Markenware beliefert und dadurch selbst in die Lage gesetzt würden, erhebliche Mengen von Markenwaren, wenn auch unter Verstoß gegen ihre Reversverpflichtungen, an Wiederverkäufer, insbesondere auch an Großhändler, weiterzugeben. Das Berufungsgericht weist nur die weitergehende Behauptung des Beklagten, daß die Belieferung der Kleinhändler in „deutlich erkennbarer“ Weise über ihren Eigenbedarf durch die Klägerinnen geschehe, als unrichtig zurück durch seine oben wiedergegebenen Ausführungen, daß ihnen eine Überwachung der genauen Belieferung jedes Kunden nicht möglich, aber auch nicht zuzumuten sei. Die Revision erblickt in dieser über den eigenen Bedarf hinausgehenden Belieferung der Einzelhändler geradezu deren Verleitung, zum mindesten Unterstützung durch die Klägerinnen, sich der den eigenen Bedarf übersteigenden Warenmenge durch Lieferung unter Vertragsbruch an Großhändler und Straßenhändler zu entledigen. Die gesamte Begründung des Berufungsgerichts, mit der es darzulegen sucht, daß das Preisbindungssystem der Klägerinnen von ihnen auch lückenlos tatsächlich durchgeführt werde, steht in Widerspruch mit den in der oben wiedergegebenen Rechtsprechung des erkennenden Senats entwickelten Grundsätzen, an denen festzuhalten ist. Die Begründung des Berufungsgerichts ist auch, soweit es sich um die vorstehend wiedergegebenen, von ihm als richtig unterstellten Angaben des Beklagten handelt, nicht frei von Widersprüchen. Vor allem aber widerspricht es den oben wiedergegebenen Anforderungen des Reichsgerichts an die lückenlose tatsächliche Durchführung des Preisbindungssystems, wenn das Berufungsgericht glaubt, die Klägerinnen dürften in Anbetracht der Größe ihrer Betriebe sowie der

Menge ihrer Abnehmer und der sich danach für jene ergebenden Schwierigkeiten einer Überwachung von Maßnahmen zur Sicherung ihrer Preisbindungen absehen, es sei denn, daß besonders verdächtige Umstände eintreten. Die Klägerinnen müssen eben die Folgen eines solchen Verhaltens tragen, wenn sie meinen, infolge ihres großen Umsatzes und der bedeutenden Zahl ihrer Abnehmer wirksame Überwachungsmaßnahmen über den Umfang des Bezuges und des ungefähren regelmäßigen Eigenbedarfs nicht durchführen zu können. Es widerspricht den oben wiedergegebenen Anforderungen des Reichsgerichts, daß sich der Markenwarenerzeuger grundsätzlich darauf verlassen dürfe, daß jeder Kleinhändler nur seinen eigenen regelrechten Bedarf eindecke und im übrigen seine Vertragspflichten erfülle. Es handelt sich überhaupt nicht um eine Frage des Verschuldens der Klägerinnen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, das prüft, ob sie die ihnen obliegende Vorsicht versäumt und dadurch eine Lücke ihres Preiszuges selbst verschuldet haben. Es handelt sich vielmehr um sachliche Anforderungen an die lückenlose tatsächliche Durchführung ihres Preisbindungssystems, dessen gedanklich vorhandene Lückenlosigkeit durch die Unterschrift der Reversse durch sämtliche Abnehmer eben nur auf dem Papier stehen würde, wenn die Klägerinnen nicht zugleich Maßnahmen zur Überwachung der tatsächlichen Durchführung ihres Preisbindungssystems treffen und treffen können. Der vom Berufungsgericht vertretene Standpunkt, daß es auf ein Verschulden der Klägerinnen ankomme, beruht überhaupt auf einer Verkennung des Grundes und Zwecks der Forderung einer lückenlosen Vertriebsbindung. Der Gedanke, für die Inanspruchnahme eines Außenseiters den Nachweis gedanklicher und tatsächlicher Lückenlosigkeit der Vertriebsbindung zu fordern, hat nur den Sinn einer Beweiserleichterung für den Markenwarenerzeuger. Un- und für sich müßte er dem aus § 1 UWG. belangten Außenseiter nachweisen, daß er den Vertragsbruch eines bestimmten reversgebundenen Händlers ausgenutzt habe. Da ein solcher Nachweis aber in den seltensten Fällen möglich ist, so hat sich die Rechtsprechung damit begnügt, daß der Erzeuger eine Rechts- und Sachlage dartut, die es nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge ausschließt, daß der Außenseiter seine Ware anders als durch Vertragsbruch erworben hat. Diese Rechts- und Sachlage ist die vollständige — gedankliche und tatsächliche — Lückenlosigkeit der

Bindung. Je größer der Absatz preisgebundener Markenwaren ist, desto größer ist die Schwierigkeit der Schaffung und Erhaltung der tatsächlichen Lüdenlosigkeit. Diese Schwierigkeit ist, wie die mehrfach erwähnte Entscheidung des erkennenden Senats in *RWZ.* Bd. 136 S. 72 ausführt, regelmäßig vorhanden, wenn es sich um Waren handelt, die nach ihrer Art und dem Umfange ihres Umsatzes Massenwaren des täglichen Bedarfs bilden. Dort ist auch, wie ebenfalls schon bemerkt, hervorgehoben, daß für die Frage der tatsächlich durchgeführten Lüdenlosigkeit nur von „vereinzelt un vermeidlichen Fehlschlägen“ abgesehen werden darf. Die Einräumung einer grundsätzlichen Sonderstellung ist dagegen sogar für den Fall, daß es sich um solche preisgebundenen Massenwaren handelt, nicht zulässig.

Danach war auch dieser Revisionsangriff begründet.

Unter diesen Umständen bedurfte es eines Eingehens auf die weiter von der Revisionsbegründung erhobenen Angriffe nicht mehr, die insbesondere dahin gehen, daß die künstlich hochgehaltene Preisbemessung der Klägerinnen in Verbindung mit dem Preisbindungssystem wucherisch nach § 138 Abs. 2 *BGB.* sei, da durch dieses System die Unerfahrenheit der Allgemeinheit über die wirklichen Gestehungskosten der Waren der Klägerinnen und die von ihnen eingeführten Zwischenhandels-Preispannen ausgenutzt würde, wobei die Klägerinnen sich zugleich ihrer monopolartigen Stellung bedienten. Es mag in dieser Beziehung nur bemerkt werden, daß jedenfalls die bisherige Begründung des Berufungsgerichts, die im wesentlichen aus dem Hinweis auf die Tatsache besteht, daß insbesondere das Reichswirtschaftsministerium trotz Kenntnis der Preise, Preisbindungen und Preispannen für Einzel- und Großhändler bei den Markenwaren dieser Art keinen Anlaß zu einem Einschreiten gegen die Preisfestsetzungen der Klägerinnen genommen hätte, nicht genügt zur Zurückweisung dieser bereits vor den Tatgerichten von dem Beklagten erhobenen Angriffe.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen zwecks anderweiter Verhandlung und Entscheidung.