

2406 015

44

Für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: MRG (AmZ) Nr. 56 Art. V 9 c 1 u. 2
BrMilRegVO Nr. 78 Art. V 9 c 1 u. 2

Rechtssatz: 1. Vertikale Preisbindungsverträge zweiter Hand für Marken-Artikel waren bis zum Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 (BGBl. I 1081) nach Maßgabe des sog. Willner-Briefes vom 18. November 1952 rechtlich zulässig.

2. Bei Markenschokoladen verstieß der im Zusammenhang mit Preisbindungsverträgen zweiter Hand vereinbarte Ausschluß von ambulanten Händlern und Straßenhändlern nicht gegen die alliierten Dekartellierungsgesetze.

Aktenzeichen: I ZR 175/56

Urt. des BGH v. 10. Dezember 1957

OLG Stuttgart
LG Stuttgart

Spur 1958, 240

44

I ZR 175/56

Verkündet:
am 10. Dezember 1957
Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Gebr. W. [REDACTED], Schokoladen- und Kakaowerk,
S. [REDACTED], R. [REDACTED]straße [REDACTED],

Prozeßbevollmächtigter: Beklagten und Revisionsklägerin,
Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Anton B. [REDACTED], E. [REDACTED], H. [REDACTED]straße [REDACTED],

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

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 1957
unter Mitwirkung der Bundesrichter Prof. Dr. h. c. Wilde,
Dr. Bock, Dr. Krüger-Nieland, Dr. Weiß und Dr. Spreng

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Stuttgart vom 17. November 1955 aufgehoben.
- II. Die Berufung des Klägers gegen das an Stelle
der Verkündung am 15. November 1954 den Parteien
mitgeteilte Urteil der 2. Kammer für Handels-
sachen des Landgerichts Stuttgart wird zurück-
gewiesen.
- III. Dem Kläger werden auch die weiteren Kosten
des Rechtsstreits auferlegt.

Von Rechts wegen

... 2 ...

Tatbestand:

Der Kläger, der Süßwarenhändler ist, bezog in den Jahren 1952 bis 1954 von der Beklagten Kakaoerzeugnisse. Am 23. Mai 1953 unterzeichnete er nach Verhandlungen mit dem Generalvertreter der Beklagten, [REDACTED], einen Revers, in welchem er sich allgemein zur Anerkennung der auf der Rückseite der Urkunde abgedruckten Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Beklagten verpflichtete und sich außerdem bereit erklärte, die Erzeugnisse der Beklagten nur in den nachstehend aufgeführten Geschäften weiterzuverkaufen:

Konfitürengeschäfte, Cafés, Konditoreien, Eiscafé, Bäckereien, Lebensmittelgeschäfte, Trinkhallen, Gaststätten, Theater, Lichtspielhäuser, Bahnhöfe.

Er bestätigte ausdrücklich, die Erzeugnisse der Beklagten nicht an den ambulanten Handel, Straßenhandel und Werkshandel zu bringen und die Ware auch nicht an andere Zwischenhändler bzw. Großhändler weiterzugeben bzw. auszutauschen.

Weiterhin übernahm der Kläger in dem Revers die Haftung für die Einhaltung der Richtpreise durch die Endverkäufer. Er verpflichtete sich,

bei Nachweis irgendeines Verstoßes innerhalb von 30 Tagen den Betrag von 3.000 DM an den Generalvertreter [REDACTED] zu überweisen,

und erkannte an, daß bei einem Verstoß gegen den Revers eine Lieferungsverpflichtung der Beklagten entfalle.



Am 30. November 1953 schloß der Kläger mit der Beklagten einen Kaufvertrag über 1 to Schokolade und Kakao-pulver, nachdem in der Vergangenheit bereits zwei solcher Verträge zwischen den Parteien reibungslos abgewickelt waren. Als der Kläger am 13. März 1954 Waren im Rechnungsbetrage von 1.500,55 DM abrief, verweigerte die Beklagte mit Schreiben vom 20. März 1954 die Lieferung mit der Begründung, der Kläger verkaufe entgegen seiner Verpflichtungserklärung ihre Erzeugnisse teilweise an Straßenverkäufer, die ihrerseits die Ware unter den Richtpreisen der Beklagten weiterveräußerten. Daraufhin setzte der Kläger der Beklagten eine Nachfrist und berechnete nach deren Ablauf als Schaden den ihm im Kaufvertrag vom 30. November 1953 eingeräumten Rabatt in Höhe von 8 % auf die jeweils gültigen Kleinhandelsverkaufspreise.

Mit der Klage hat er beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an ihn 120,04 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 20. März 1954 zu bezahlen.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten und Widerklage erhoben mit dem Antrage, den Kläger zu verurteilen, an sie 3.000 DM zu bezahlen.

Die Beklagte hat Photokopien von Rechnungen vorgelegt, die der Kläger zwischen dem 10. November 1953 und 23. November 1953 an "██████. ██████" ausgestellt und nach denen er an den genannten Abnehmer u. a. ██████ Erzeugnisse verkauft hat. Die Beklagte hat dazu vorgetragen, Frau ██████ sei nach Mitteilung des Einzelhandelsverbandes in ██████ vom 19. Januar 1954 Straßenhändlerin.

Sie habe Ware, für die ein Richtpreis von 1,30 DM festgesetzt sei, für 1 DM verkauft.

Der Kläger hat beantragt, die Widerklage abzuweisen.

Er hat einen Verstoß gegen den Revers vom 23. Mai 1953 bestritten und vorgetragen, er habe den Geschäftsbetrieb der Frau [REDACTED] nicht näher gekannt. Auch habe er bereits seit Mitte Dezember 1953 von sich aus Frau [REDACTED] nicht mehr mit Erzeugnissen der Beklagten beliefert. Der Kläger hat weiterhin die Auffassung vertreten, der Revers vom 23. Mai 1953 sei für ihn nicht rechtsverbindlich, weil er sich nur unter der Bedingung verpflichtet habe, daß die Beklagte ihm in Zukunft einen Großhändlererrabatt von 15 % auf den Kleinhandelskaufspreis einräumen werde. Die Beklagte habe sich aber nicht an diese durch ihren Generalvertreter [REDACTED] ausgesprochene Zusage gehalten. Schließlich hat der Kläger geltend gemacht, der Inhalt der Reversverpflichtung verstoße gegen die alliierten Dekartellierungsgesetze und sei daher rechtsunwirksam.

Die Beklagte ist diesem Vortrag entgegengetreten.

Das Landgericht hat den Kläger auf die Widerklage zur Zahlung einer auf 1.000 DM herabgesetzten Geldstrafe verurteilt und im übrigen Klage und Widerklage abgewiesen.

Nach Beweiserhebung hat das Berufungsgericht die Beklagte verurteilt, an den Kläger 120,04 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 20. März 1954 zu zahlen und hat die Widerklage abgewiesen. Die Revision gegen das Urteil ist zugelassen.

Mit der Revision beantragt die Beklagte, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil zurückzuweisen. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der am 30. November 1953 von der Beklagten bestätigte Kaufvertrag über "1 000 kg [REDACTED]-Schokolade und Kakaopulver, abzunehmen innerhalb von 12 Monaten bei 8 % Rabatt und 4 % Prämie auf die am Tage der Lieferung gültigen Kleinhandelspreise" der Beklagten bedingungslos zu deren Lieferungs- und Zahlungsbedingungen vom 1. September 1950 - auf welche der Revers vom 23. Mai 1953 Bezug nimmt - zustande gekommen sei. Der Kläger habe den Vertrag insbesondere nicht unter der von ihm behaupteten Bedingung abgeschlossen, daß er mit 15 % Provision unter dem Kleinhandelspreis beliefert werde. Aus der Aussage des Zeugen [REDACTED] ergebe sich, daß dem Kläger die Gewährung des von dem Zeugen als Großhandelshöchstsatz bezeichneten Rabatts von 15 % auf die Kleinhandelsverkaufspreise weder zugesagt noch in Aussicht gestellt worden sei. Der Zeuge habe sich nur unverbindlich geäußert, er werde sich dafür bei der Beklagten verwenden. Auf den erstmals im Schriftsatz vom 29. März 1953 gestellten Beweis Antrag, den Zeugen [REDACTED] darüber zu hören, daß "nach einem vorangegangenen Ferngespräch" nochmals Verhandlungen zwischen dem Kläger und [REDACTED] stattgefunden hätten und dem Kläger sodann eine Provision von 15 % zugesagt worden sei, ist das Berufungsgericht nicht eingegangen, weil

nach seiner Auffassung die Vertragsbedingungen einen Verstoß gegen das amerikanische Militärregierungsgesetz Nr. 56 - britische Militärregierungsverordnung Nr. 78 darstellten und daher unwirksam seien (§ 134 BGB).

Unabhängig von der Frage, ob die Lieferungsbedingungen der Beklagten gegen § 134 BGB verstoßen, kam es auf den Beweisantrag [REDACTED] aus folgenden Gründen nicht an: Nach dem vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Schriftsatz vom 28. März 1955 war [REDACTED] als Zeuge für einen Vorgang benannt, der sich nach der Behauptung des Klägers in der Zeit vor der am 23. Mai 1953 durchgeführten Unterzeichnung des Reverses abgespielt haben soll. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aber hat der Kläger ein halbes Jahr nach dieser Unterzeichnung, nämlich am 30. November 1953, vorbehaltlos einen Kaufvertrag abgeschlossen, durch den ihm nur ein Einzelhandelsrabatt von 8 % zugebilligt worden ist. Bei der gegebenen Sachlage wäre es indessen spätestens bei Abschluß dieses Kaufvertrages, wie schon das Landgericht angenommen hat, nach Treu und Glauben Pflicht des Klägers gewesen, darauf hinzuweisen, er fühle sich an den Revers nicht gebunden, solange ihm keine Grossistenrabattsätze eingeräumt würden. Unterließ der Kläger einen solchen Hinweis, obwohl ihm nicht zweifelhaft sein konnte, welches entscheidendes Gewicht die Beklagte darauf legte, die in Frage stehenden Lieferbedingungen ihren sämtlichen Vertragsabschlüssen zu Grunde zu legen, so muß er sich so behandeln lassen, als habe er sich den Bedingungen des Reverses ohne Rücksicht auf die Höhe der Rabattsätze unterworfen.

II. Das Berufungsurteil läßt nicht mit Sicherheit erkennen, auf welchen Erwägungen seine Auffassung letztlich beruht, daß die Vertragsbedingungen der Beklagten wegen Verstoßes gegen die alliierten Dekartellierungsgesetze nichtig seien. Es werden in den Gründen, wie die Revision zu Recht rügt, die verschiedensten Fragen angeschnitten, ohne daß aus dem Zusammenhang in jedem Falle ersichtlich würde, welche Bedeutung den angestellten Erwägungen im Hinblick auf das Ergebnis beigemessen wird. Den Entscheidungsgründen ist indessen zu entnehmen, daß Absatzbindungen sich grundsätzlich nach Auffassung des Berufungsgerichts mit der freien Marktwirtschaft vereinbaren lassen (S. 34 d. U.). An anderer Stelle (S. 30 d. U.) wird allerdings hervorgehoben, durch den [REDACTED]-Brief (BB 1954, 115) sei "möglicher Weise" klar gelegt worden, daß nach den Dekartellierungsbestimmungen Absatzbindungen verboten seien, wenn sie nicht im Einzelfall genehmigt würden. Die zwischen den Parteien vereinbarte Vertriebsbindung hält das Berufungsgericht für unzulässig, weil ihr eine marktpolitische Bedeutung zukomme. Diese Bedeutung leitet es ersichtlich insbesondere daraus her, daß die Absatzbindung mit ähnlichen Absatz- und/oder Preisbindungen anderer Hersteller von Markenschokoladen zusammentreffe, wobei das Berufungsgericht allerdings unterstellt, daß ausdrückliche horizontale Abreden zwischen den Herstellern nicht getroffen sind. Das Berufungsgericht meint indessen (S. 33 d. U.), eine wirtschaftliche Vormachtstellung sei auch dann gegeben, wenn die "Übereinkunft" der deutschen Markenschokoladenfabrikanten nur stillschweigend oder nur tatsächlich sei. Auch andere

44

Markenschokoladenhersteller hätten die gleichen Bindungen dem Zwischenhandel auferlegt. Die Beklagte habe diese gekannt und sich nach ihnen gerichtet. Aus diesem Grunde könne der vereinbarte Ausschluß des ambulanten und Straßenhandels nicht unter Berufung auf die rule of reason gerechtfertigt werden. Auf eine vertikale Preisbindung, die nicht mit einer horizontalen Vereinbarung oder einer Absatzbindung verknüpft ist, finden die Dekartellierungsgesetze nach Auffassung des Berufungsgerichts in der Regel keine Anwendung, weil ihnen - "wenn nicht geradezu ein Erzeugermonopol, sei es rechtlich, sei es faktisch, bestehe" - nur selten marktpolitische Bedeutung zukomme. Indessen seien, so führt das Berufungsgericht aus, auch vom Standpunkt des [REDACTED]-Briefes (NJW 1956, 1777) vertikale Preisbindungen, die mit einer Absatzbindung von marktbeherrschender Bedeutung verknüpft seien, rechtlich unzulässig. An verschiedenen Stellen der Entscheidungsgründe (S. 19 ff, 34 ff, 46 ff) wird zum Ausdruck gebracht, daß die Handelsspannen für Markenschokolade ungerechtfertigt hoch seien. Diese Erwägungen scheint indessen das Berufungsgericht nicht als entscheidungserheblich angesehen zu haben. Jedenfalls betont es, es sehe es nicht als seine Aufgabe an, die zulässigen Kleinhandelsspannen zu bestimmen und zu prüfen, ob der Kläger diese eingehalten habe.

III. Entgegen der vom Berufungsgericht gewählten Betrachtungsweise scheint es richtig, in erster Linie die von dem Kläger eingegangene Preisbindung auf ihre kartellrechtliche Zulässigkeit zu prüfen. Denn es hängt,

wie sich aus den nachfolgenden Erörterungen ergeben wird, maßgeblich von der Entscheidung dieser Frage ab, wie weit die in dem Revers getroffenen Gesamtabreden rechtsgültig sind.

1. Da das inzwischen vom Bundestag mit Zustimmung des Bundesrats beschlossene Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 (BGBl. I 1081) erst am 1. Januar 1958 in Kraft tritt, ist der vorliegende Sachverhalt noch nach dem Gesetz Nr. 56 der amerikanischen Militärregierung vom 28. Januar 1947 (ABl vom 1. April 1947 S. 2) nebst Ausführungsbestimmungen (Abänderung Nr. 2 vom 1. März 1948 und Nr. 3 vom 27. Juli 1949) = Verordnung der britischen Militärregierung Nr. 78 (ABl Nr. 16 S. 412) zu entscheiden. Diese Gesetze gelten auch nach dem Inkrafttreten der Bonner Verträge (Bek. vom 30. März 1955 und vom 5. Mai 1955 - BGBl II 301, 628) bis zu dem Zeitpunkt ihrer Aufhebung durch den Gesetzgeber, d. h. nunmehr bis zum 1. Januar 1958 weiter (§ 109 Abs. 2 Ziff. 14, 15 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 (BGBl. I, 1081); BGH NJW 1956, 959). Ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz - nach Wiedererlangung der Souveränität durch die genannten [REDACTED] Verträge - ist vom 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs bereits bejaht worden (NJW 1956, 960). Der entscheidende Senat schließt sich dieser Auffassung an.

Ob die Dekartellierungsbestimmungen der vertikalen Preisbindung bei Markenartikeln grundsätzlich entgegenstehen, ist in Rechtsprechung und Rechtslehre in der Vergangenheit heftig umstritten gewesen. Als der Leiter der

US-Dekartellierungsabteilung bei der [REDACTED] (Zweimächtekontrollamt) in dem nach ihm benannten [REDACTED]-Brief vom 21. Juni 1948 (W u W / E All 2) erklärte, daß das Binden von Preisen (price fixing) in Art V § 9 c 1 des Gesetzes Nr. 56 ausdrücklich als eines der Mittel erwähnt worden sei, durch das der Handel beschränkt werde, und daher alle Vereinbarungen - einschließlich der Verträge über Markenartikel -, die Wiederverkaufspreise festsetzten, verboten seien, wurde im Schrifttum zunächst ganz überwiegend die Ansicht vertreten, vertikale Preisbindungen verstießen gegen die Dekartellierungsbestimmungen. Die Rechtsprechung war nicht einheitlich. Während das - soweit ersichtlich - erste einschlägige Urteil des Oberlandesgerichts Hamburg vom 5. Juli 1951 (GRUR 1952, 46) die Zulässigkeit von Preisbindungen für Markenartikel verneinte, hielten andere Gerichte (besprochen von Meyer MA 1952, 383) die Preisbindung für zulässig. Da diese Rechtslage unbefriedigend erschien, wandte sich der Bundeswirtschaftsminister auf Betreiben des Markenverbandes in einem Schreiben vom 5. November 1952 (W u W / E All 35) an die amerikanische Hohe Kommission für Deutschland - Decartelization and Industrial Deconcentration Group (DIDEG). In dem Antwortschreiben des Leiters der Decartelization and Deconcentration Division im Office of the United States High Commissioner for Germany vom 18. November 1952, dem nach seinem Verfasser genannten [REDACTED]-Brief, hieß es:

"In Ihrem Schreiben vom 5. 11. 1952 an die amerikanische Hohe Kommission für die Decartelization and Industrial Deconcentration Group (Ihr Akt. Z. I B 5 - 362 012 - 2389/52) erörtern Sie das Problem der Gesetzmäßigkeit der Bindung von Wiederverkaufspreisen von Markenartikeln im Hinblick auf die alliierten Dekartellierungsgesetze.

Sie stellen fest, daß diese Verträge, die in der französischen Zone gesetzmäßig sind, in der amerikanischen Zone nach US-MRG 56 als gesetzwidrig angesehen werden und daß Ihre rechtliche Beurteilung in der britischen Zone nach der VO 78 nicht geklärt ist. Sie geben der Meinung Ausdruck, daß derartige Vereinbarungen wirtschaftlich gerechtfertigt sind und nach den Vorschriften des vorgesehenen deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gesetzmäßig sein werden.

Nach unserer Ansicht sind Vereinbarungen zwischen dem Verkäufer und dem Käufer einer Ware, die den Preis festsetzen, zu dem der Käufer die Ware weiterverkaufen darf, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Markenartikel handelt oder nicht, Preisfestsetzungsverträge, die gegen die entsprechenden Vorschriften des Ges. 56 der US MilReg verstoßen.

Obwohl alle derartigen Verträge nach § 10 des vorgeschlagenen Bundesgesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gesetzwidrig sein werden, ziehen wir in Betracht, daß § 11 jenes Gesetzes den Abschluß bestimmter Arten von Verträgen über die Einhaltung von Wiederverkaufspreisen gestattet. Solche Verträge können jedoch unter den in den §§ 12 und 13 und anderen Vorschriften des Gesetzes bestimmten Voraussetzungen für unwirksam erklärt werden.

In Ihrem Brief erklären Sie: "Mehrere Hersteller von Markenartikeln haben den Wunsch geäußert, ihre geschäftlichen Maßnahmen schon jetzt der Lage anzupassen, die unter dem deutschen Gesetz maßgebend sein wird." Dieser Wunsch ist verständlich. Wir glauben aber, daß wir für die Bindung von Wiederverkaufspreisen keine generelle Befreiung von der Verfolgung nach US MRG 56 erteilen können, weil eine solche Befreiung dahin führen könnte, daß Preisbindungsvereinbarungen abgeschlossen werden, die entweder nicht durch § 11 des vorgesehenen Bundesgesetzes gedeckt sind oder nach den Vorschriften der §§ 12 und 13 dieses Entwurfes von dem Bundeskartellamt für unwirksam erklärt werden könnten.

Eine generelle Befreiung mit der Reichweite des § 11 des vorgeschlagenen Bundesgesetzes kann nicht erteilt werden, bevor das Bundeskartellamt errichtet worden ist, das Mißbräuche gemäß §§ 12 und 13 des Gesetzesvorschlages verhüten kann.

Um aber dem Wunsch der Hersteller von Markenartikeln zu entsprechen, ihre gegenwärtigen geschäftlichen Maßnahmen einem Verteilungs- und Absatzsystem anzupassen, das mit dem Inkrafttreten des deutschen Gesetzes gesetzmäßig sein wird, sind wir bereit, in der Durchführung des Ges. 56 wie folgt zu verfahren:

Unsere Behörde wird keine Verfahren gegen Hersteller oder Käufer von Markenartikeln anhängig machen, die die Einhaltung von Wiederverkaufspreisen vereinbaren, vorausgesetzt, daß solche Vereinbarungen erlaubt wären, wenn das Bundesgesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen schon in Kraft wäre. Sollten sich aus solchen Vereinbarungen Tatbestände ergeben, die nach Ansicht unserer Behörde Anlaß zu einem Einschreiten des künftigen Bundeskartellamts auf Grund der §§ 12 oder 13 des Entwurfes eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geben würden, so würden Schritte unternommen werden, um bei der DUEG die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens zu beantragen. Ein solches Verfahren würde mit der Aufforderung an die Beteiligten eröffnet werden, darzulegen, aus welchen Gründen sie ihr Vorgehen für gesetzmäßig halten.

Um jedes Mißverständnis auszuschließen, möchte ich klarstellen, daß sich diese Feststellungen nur auf Vereinbarungen über die Einhaltung von Wiederverkaufspreisen beziehen, die zwischen dem Verkäufer eines Markenartikels auf der einen Seite und seinen Käufern auf der andern Seite geschlossen werden. Sie dürfen insbesondere nicht dahin ausgelegt werden, daß dadurch Straf- oder Zivilverfahren ausgeschlossen werden gegen:

- a) horizontale Vereinbarungen unter Herstellern oder Großhändlern oder anderen Verteilern oder Einzelhändlern mit dem Inhalt, Bindungen der Wiederverkaufspreise durchzuführen oder durch Hergabe von Geld oder auf andere Weise

den Abschluß und die Durchsetzung solcher Verträge, Vereinbarungen oder Verbandsbeschlüsse von Gruppen zu unterstützen, die der Durchsetzung oder der Förderung von Bindungen der Wiederverkaufspreise dienen;

b) alle Vereinbarungen, die nach dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verboten sind und nicht unter die Ausnahme des § 11 des genannten Entwurfes fallen;

c) alle Verträge über die Einhaltung von Wiederverkaufspreisen mit wettbewerbsbeschränkenden Bestimmungen, die aus anderen Gründen ungesetzlich sein würden, weil sie Vorschriften über die Zuteilung von Marktgebieten oder Kunden oder über die Festsetzung von Preisen für Nichtmarkenartikel oder von Entgelten für Dienstleistungen enthalten.

Ich habe diese Angelegenheit mit meinen britischen Kollegen erörtert, die erklärt haben, daß ihre Einstellung zu dieser Frage nach der britischen Verordnung 78 die gleiche ist, wie sie im Vorstehenden dargelegt wurde."

Nach Bekanntwerden dieses Briefes haben Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. Übersichten in W u W 1954, 742; 1956, 70 u. 739) ganz überwiegend die Ansicht vertreten, daß Vereinbarungen über Preisbindungen zweiter Hand wieder rechtswirksam geschlossen werden könnten. Erst nach dem Inkrafttreten der Bonner Verträge verneinten einzelne Gerichte die Zulässigkeit solcher Abreden (OLG Hamm WuW / E OLG 151; OLG Bamberg WuW / E OLG 140; LG Köln WuW / E LG/AG 35). Auch vom Schrifttum sind mehrfach Bedenken erhoben worden, ob der Inhalt des [REDACTED]-Briefes es rechtfertige, die Rechtsgültigkeit von Preisbindungen bei Markenwaren anzuerkennen (Steindorff BB 1955, 1001; Heintz BB 1955, 607; 1955, 494 und Capelle BB 1955, 781 und 919).

Der Senat vertritt den Standpunkt, daß diese Bedenken nicht begründet sind. Es kann dahingestellt bleiben, ob vertikale Preisbindungsverträge als "Festsetzung von Preisen" im Sinne des Art. V 9 c 1 AmMRG 56 mit den Zwecken der Dekartellierungsgesetze schlechthin unvereinbar sind, mithin sogenannte per se-Verstöße darstellen oder ob sie im Wege der Anwendung der rule of reason auf ihre wirtschaftliche Vernünftigkeit im Einzelfall geprüft werden dürfen. Ebenso bedarf es keiner Erörterung, ob per se-Verstöße nur angenommen werden können, wenn die fraglichen Maßnahmen den Wettbewerb erheblich beschränken, also eine marktpolitische Bedeutung haben, oder ob die Erheblichkeit nur bei Anwendung der rule of reason geprüft werden kann. Denn der Senat steht auf dem Standpunkt, daß vertikale Preisbindungen bei Markenartikeln, die sich im Rahmen des Entwurfes des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Bundestagsdrucksache Nr. 3461 der ersten Wahlperiode) halten, rechtsgültig sind, weil durch den [REDACTED]-Brief, wie im einzelnen noch zu erörtern sein wird, entweder eine "Befreiung" gewährt worden ist, oder jedenfalls den seitens der zuständigen Dekartellierungsbehörde abgegebenen Erklärungen in Verbindung mit der von ihr geübten Verwaltungspraxis entnommen werden muß, daß solche Preisabsprachen zu ihrer Rechtsgültigkeit einer "Befreiung" im Einzelfall nicht bedürfen.

Da die hier in Frage stehenden Verträge und die von der Beklagten behaupteten Verstöße zeitlich vor den sog. [REDACTED] Verträgen und der Übertragung der bis dahin von der [REDACTED] ausgeübten Befugnisse für die Durchführung

der Dekartellierungsgesetze auf den Bundeswirtschaftsminister (Entscheidung des Amtes der Alliierten Hohen Kommission Nr. 36 vom 4. Mai 1955 = AB1 AHK Nr. 9 S. 87) liegen, kommt es allein auf den Rechtszustand an, der für die Zeit maßgeblich ist, als die [REDACTED] noch die alleinige Zuständigkeit besaß. Eine etwaige spätere unterschiedliche Auffassung des Bundeswirtschaftsministers, - die tatsächlich nicht vorliegt oder jedenfalls nicht erkennbar geworden ist -, würde nicht dazu führen können, Vertragsverstöße und ihre Folgen, insbesondere die Verwirkung von Vertragsstrafen, nachträglich rechtlich abweichend zu beurteilen.

IV. 1. Die formalen Bedenken, die insbesondere im Schrifttum dagegen erhoben sind, dem [REDACTED]-Brief die Tragweite einer "Befreiung" im Sinne des Art. III US MRG 56 zuzuerkennen, greifen nicht durch. Art. III sieht für die Dekartellierungsbehörde die Möglichkeit vor, Befreiungen von bestimmten Verböten zu gewähren, falls sie zu dem Ergebnis gelangt, "daß Charakter und Betätigung des betreffenden Unternehmens a) mit den Zwecken dieses Gesetzes nicht in Widerspruch stehen ". Eine solche Befreiung braucht sich nicht auf ein bestimmtes Unternehmen oder auf einen konkreten Einzeltatbestand zu beziehen. Nach der Ausführungsverordnung Nr. 1 VI E Ziff. 4 können Befreiungen gewährt werden, "die in Bezug auf Zeitdauer, Parteien und Geltungsbereich bedingt oder bedingungslos, begrenzt oder unbegrenzt" sind. Demzufolge kann nicht der Einwand erhoben werden, daß

"Allgemeinverfügungen" sich stets auf einen konkreten Sachverhalt beziehen müssen. Auf Maßnahmen der Dekartellierungsbehörde treffen, wie die zitierte Bestimmung erweist, solche deutschem Rechtsdenken entsprechenden Erwägungen nicht zu. Auch bringt das Schreiben selber die Möglichkeit einer "generellen Befreiung" auch für nicht konkrete Einzeltatbestände unzweideutig zum Ausdruck. Geht man von dem Tatbestand einer "Befreiung" aus, so greift auch der im Schrifttum weiterhin erhobene Einwand nicht durch, der [REDACTED]-Brief habe die Dekartellierungsgesetze nicht ändern können, weil er mangels Veröffentlichung in dem AHK-Amtsblatt nicht als Rechtsnorm angesehen werden dürfe. Denn bei der vom Senat vorgenommenen Beurteilung des Schreibens handelt es sich nicht um die Annahme einer Abänderung des Gesetzes Nr. 56, sondern um eine Auslegung dahin, daß das Schreiben eine Freistellung von einem kartellrechtlichen Verbot im Rahmen der hierfür gegebenen Möglichkeiten enthält.

2. Es trifft zwar zu, daß durch die Entscheidung Nr. 4 der Alliierten Hohen Kommission vom 26. Januar 1950 (ABl AHK 1950, 87) die Zuständigkeit für die Ausführung der Dekartellierungsgesetze auf die [REDACTED] (Decartelization and Industrial Deconcentration Group) übertragen worden war und Willner bei Abfassung des Schreibens nicht ausdrücklich im Namen der [REDACTED] gehandelt hat. Indessen kann hieraus und aus der Wendung in dem Briefe, seine Behörde werde bei Tatbeständen, die unter §§ 12 und 13 des Entwurfes fielen, bei der [REDACTED] die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens beantragen, nicht die rechtliche Unerheblichkeit

dieses Briefes gefolgert werden. Die Anfrage des Bundeswirtschaftsministers vom 5. November 1952 war an die amerikanische Hohe Kommission für Deutschland - [REDACTED] - in [REDACTED] gerichtet. In seinem Antwortschreiben vom 18. November 1952 bestätigte [REDACTED] als Leiter der Decartelization and Deconcentration Division des amerikanischen Hohen Kommissars "das Schreiben vom 5. November 1952 an die amerikanische Hohe Kommission für die [REDACTED]". Aus der Anfrage des Bundeswirtschaftsministers ergab sich mit aller Deutlichkeit das Anliegen, endgültige Klarheit darüber zu gewinnen, ob bei Markenartikeln bereits vor Inkrafttreten eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nach der im Entwurf vorgesehenen Regelung verfahren werden dürfe. Wenn [REDACTED] daraufhin in seinem Antwortschreiben im einzelnen darlegte, in welcher Weise dem als verständlich bezeichneten Wunsch der Markenhersteller Rechnung getragen werden sollte, und hierbei ausdrücklich hervorhob, er handle im Einverständnis mit seinen britischen Kollegen, so konnte diese Antwort nach Treu und Glauben nur als Wiedergabe der mit dem Briefinhalt übereinstimmenden Auffassung der [REDACTED] angesehen werden, die ja allein den vom Bundeswirtschaftsminister beabsichtigten Erfolg herbeiführen konnte. Die Stellungnahme der französischen Amtsstelle ist in dem [REDACTED]-Brief offenbar nur deswegen nicht mitgeteilt worden, weil die entsprechende französische Dekartellierungsverordnung ein Verbot der vertikalen Preisbindung nicht vorsah. Im übrigen aber hat kurze Zeit darauf der Hohe Kommissar der Französischen Republik in dem an den Bundeswirtschaftsminister gerichteten Schreiben vom 28. November 1952 (WuV/E Allg. 49) erklärt, "eine gleiche Haltung einzunehmen, wie sie mein britischer und

mein amerikanischer Kollege eingenommen haben." Die Annahme, daß [REDACTED] in seinem Schreiben tatsächlich die Auffassung der [REDACTED] zum Ausdruck gebracht hat, wird bestätigt durch die von dieser Behörde in der Folgezeit verfolgte Verwaltungspraxis, - sie hat, soweit ersichtlich, niemals gegen die vertikalen Preisbindungen als solche Einwendungen erhoben - und insbesondere durch den Brief der [REDACTED] vom 14. Januar 1954, den sog. [REDACTED]-Brief (WuW / E All 40). In diesem an eine Firma gerichteten Schreiben erklärt die [REDACTED] die allgemeinen Lieferungsbedingungen der betreffenden Firma für kartellrechtlich unzulässig und betont ausdrücklich, die beanstandeten Bedingungen fielen "nicht in den Anwendungsbereich des Schreibens, das die US Decartelization and Deconcentration Division in Übereinstimmung mit UK High Commission am 18. 11. 1952 an das Bundeswirtschaftsministerium zur Frage der vertikalen Preisbindung richtete." Diese Stellungnahme kann schlechterdings nicht anders aufgefaßt werden, als daß die [REDACTED] sich die in dem [REDACTED]-Brief zum Ausdruck gebrachte Auffassung in vollem Umfange zu eigen gemacht und als eigene Stellungnahme zu erkennen gegeben hat, in Übereinstimmung mit dem Inhalt des [REDACTED]-Briefes und den in ihm genannten Voraussetzungen in Zukunft verfahren zu wollen.

V. Sind hiernach weder aus dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit noch der Zuständigkeit durchgreifende Bedenken dagegen zu erheben, dem [REDACTED]-Brief eine Freistellung der Markenartikel von dem Preisbindungsverbot zu entnehmen, so bleibt zu prüfen, ob Sinn und Wortlaut

dieses Schreibens eine solche Beurteilung seiner rechtlichen Tragweite rechtfertigen.

1. Der [REDACTED]-Brief nimmt auf die §§ 11- 13 des Entwurfs des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Bezug. Er verweist damit auf den Regierungsentwurf dieses Gesetzes, der in der Bundestagsdrucksache 3462 der ersten Wahlperiode niedergelegt ist. Dieser Entwurf hat in der Folgezeit mehrfache Änderungen erfahren. Auch das neue, am 1. Januar 1958 in Kraft tretende Gesetz weicht von seiner Fassung teilweise ab. Für die nachfolgenden Erörterungen muß indessen von dem ursprünglichen Regierungsentwurf ausgegangen werden, da dieser der Dekartellierungsbehörde vorlag und die ausgesprochene Absicht dahin ging, bis zum Erlaß des Gesetzes auf seiner Grundlage eine vorläufige Regelung zu schaffen. Die [REDACTED] hat niemals zum Ausdruck gebracht, daß der in dem Brief niedergelegte Rechtsstandpunkt im Hinblick auf die abgeänderten Entwürfe aufgegeben werde. Auch der Bundeswirtschaftsminister hat in der Folgezeit keinen abweichenden Standpunkt eingenommen.

2. § 11 des hiernach maßgebenden Entwurfs spricht die Erlaubnis der Preisbindung zweiter Hand bei solchen Markenwaren aus, die "mit gleichartigen Waren anderer Hersteller oder Händler im Wettbewerb stehen." In den §§ 12 und 13 sind Ausnahmen einer solchen Erlaubnis festgelegt. Nach § 12 kann die Kartellbehörde eine nach § 11 zulässige Preisbindung für unwirksam erklären, wenn für den Absatz der gebundenen Waren Handelsspannen vereinbart sind, die durch die Marktverhältnisse, insbesondere im Vergleich zu Handelsspannen für gleichartige Waren, nicht

gerechtfertigt sind. § 13 betrifft die noch im folgenden zu erörternden Absatzbindungen.

In dem [REDACTED]-Brief wird nun erklärt, es würden keine Verfahren gegen Hersteller oder Käufer von Markenartikeln anhängig gemacht werden, die die Einhaltung von Wiederverkaufspreisen vereinbaren, vorausgesetzt, daß solche Vereinbarungen erlaubt wären, wenn das Bundesgesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen schon in Kraft wäre. Aus diesem Wortlaut des Schreibens haben Rechtsprechung und Schrifttum nahezu einmütig gefolgert, daß der Zweck des Schreibens dahin ging, den im Entwurf vorgesehenen Rechtszustand praktisch vorwegzunehmen und den Markenartikelherstellern die sofortige Einführung von Preisbindungsverträgen zu ermöglichen. Dieses Ziel konnte indessen nach deutschem Recht nur erreicht werden, wenn die sich aus den Preisbindungen ergebenden Verpflichtungen auch zivilrechtlich erzwingbar waren. Die in Frage stehenden Dekartellierungsbestimmungen mußten zu diesem Zweck auch für die zivilrechtliche Seite ihres Verbotscharakters entkleidet werden. Es trifft zwar zu, daß der zuständigen Dekartellierungsbehörde in erster Linie verwaltungsrechtliche und strafrechtliche Befugnisse übertragen sind, um die wirtschaftlichen Ziele der Dekartellierungsgesetze und das Allgemeininteresse an der Aufrechterhaltung des freien Wettbewerbs durchzusetzen. In diesem Rahmen ist ihr indessen durch Art. III die Möglichkeit gegeben, Befreiungen zu erteilen und dadurch für einen gegebenen Tatbestand klarzustellen, daß öffentliche Belange und Interessen, die zur Erreichung der Ziele der Dekartellierungsgesetze gewahrt werden sollen (vgl. Art. IV MRG 56),

nicht auf dem Spiele stehen. Geht man davon aus, daß es sich bei dem Verbot der Preisbindungen um ein sog. per se-Verbot handelt, und sollte die zivilrechtliche Gültigkeit von Preisbindungsverträgen erreicht werden, so war dies tatsächlich nur durch eine Befreiung nach Art. III des Gesetzes Nr. 56 möglich. Wurde eine solche Befreiung erteilt, so wirkte sie sich zwangsläufig auch auf den zivilrechtlichen Sektor aus, weil hierdurch nunmehr der Verbots-tatbestand beseitigt worden war.

Es ist geltend gemacht worden, der [REDACTED]-Brief erkläre ausdrücklich, daß eine "Befreiung" von der Verfolgung nach US MRG 56 nicht erteilt werden könne. Dieser Einwand übersieht indessen, daß nur eine "generelle" Befreiung abgelehnt worden ist, und berücksichtigt nicht die Begründung, die [REDACTED] für den von ihm eingenommenen Standpunkt gegeben hat. Die Bedenken gegen eine "generelle Befreiung" beruhen, wie [REDACTED] erklärt, darauf, daß eine solche Befreiung dahin führen könne, daß in Zukunft Preisbindungsvereinbarungen abgeschlossen würden, die entweder nicht durch § 11 des Entwurfes gedeckt seien oder nach den Vorschriften der §§ 12 und 13 durch das Bundeskartellamt für unwirksam erklärt werden könnten. Die Befürchtung ging also dahin, daß sich eine "generelle Befreiung" auch auf Nichtmarkenartikel erstrecken würde und zum anderen vor der Schaffung eines deutschen Kartellamts, d. h. vor Inkrafttreten des Gesetzes keine Stelle zuständig wäre, etwaige Mißbräuche zu verhindern. Die [REDACTED] wäre jedenfalls nach Erteilung einer generellen Befreiung für alle Tatbestände des § 11 der Entwurfsregelung gehindert gewesen, gegen Mißbrauchstatbestände im Sinne des

§ 12 vorzugehen, weil die alliierten Dekartellierungsge-
setze die im Entwurf vorgesehene Mißbrauchslösung nicht
kennen. Berücksichtigt man diese Begründung und behält
man weiter im Auge, daß durch den von dem [REDACTED]-Brief
eingeschlagenen Weg ausgesprochenermaßen dem Wunsch der
Hersteller von Markenartikeln nachgekommen werden soll-
te, schon "ihre gegenwärtigen Maßnahmen einem Verteilungs-
und Absatzsystem anzupassen, das mit dem Inkrafttreten
des deutschen Gesetzes gesetzmäßig sein wird", so scheint
nur eine Auslegung des Briefes vernünftig und denkbar,
die bei der Fassung "generelle Befreiung" die Betonung
auf das Wort "generell" legt, und eine "Befreiung" als
erteilt annimmt, die innerhalb des Rahmens des § 11 und
mit einem Untersagungsvorbehalt gemäß §§ 12, 13 des Ent-
wurfs für die [REDACTED] wirksam sein soll. Im Hinblick auf
die Zielsetzung des Schreibens, rechtswirksame Preisbin-
dungen bei Markenartikeln zu ermöglichen, wäre es nur dann
gerechtfertigt, dem Schreiben keine für die Rechtswirksam-
keit erforderliche Befreiung zu entnehmen, wenn einer
solchen Annahme der Wortlaut des Schreibens eindeutig ent-
gegenstehen würde. Das ist indessen nicht der Fall. Einer
natürlichen Betrachtungsweise entspricht es allein,
den Inhalt des Briefes dahin auszulegen, daß Markenartikel
der in § 11 des Entwurfs gekennzeichneten Art schlecht-
hin von dem Verbot freigestellt werden, jedoch mit der
Einschränkung, daß der [REDACTED] für den Fall des Vorliegens
der Tatbestände der §§ 12 und 13 eine gleiche Eingriffs-
möglichkeit vorbehalten bleibt, wie sie der Entwurf für
das Bundeskartellamt vorsieht. Mit einer solchen Auslegung
steht auch der vorletzte Absatz des [REDACTED]-Briefes in
Einklang, in dem es heißt, die im Vorhergehenden getroffenen

Feststellungen dürften nicht dahin ausgelegt werden, daß dadurch "Straf- oder Zivilverfahren ausgeschlossen werden, gegen: b) alle Vereinbarungen, die nach dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen verboten sind und nicht unter die Ausnahme des § 11 des genannten Entwurfs fallen."

Hieraus kann der Gegenschluß gezogen werden, daß durch den [REDACTED]-Brief Zivilverfahren gegen Vereinbarungen, die unter die Ausnahme des § 11 des Entwurfs fallen, ausgeschlossen werden sollten, also die zivilrechtliche Verbindlichkeit von Preisbindungen bei Markenartikeln der in § 11 gekennzeichneten Art nicht in Frage gestellt werden sollte, solange die Kartellbehörde nicht auf Grund von § 12 des Entwurfs die Preisbindung für unzulässig erklärt hatte.

In Übereinstimmung mit dieser Auslegung ist, wie erörtert, die Handhabung der vertikalen Preisbindung bei Markenartikeln durch die Dekartellierungsbehörde erfolgt. Es ist jedenfalls nicht bekannt geworden, daß die [REDACTED] jemals gegen sie Beanstandungen erhoben hat.

Selbst wenn man der Auffassung nicht folgen wollte, daß durch das Schreiben eine - an keine Formvorschriften gebundene - Befreiung im Sinne des Art. III MRG 56 erteilt worden ist, so ergibt der Inhalt des [REDACTED]-Briefes in Verbindung mit den von der [REDACTED] abgegebenen Erklärungen (vgl. [REDACTED]-Brief) sowie der von ihr geübten Verwaltungspraxis jedenfalls, daß eine Befreiung für die vertikalen Preisbindungsverträge von der [REDACTED] im Einzelfall

nicht mehr als erforderlich angesehen wird. In diesem Fall wäre das Gesamtverhalten der [REDACTED] nach deutschen Auslegungsgrundsätzen jedenfalls wie eine Befreiung zu werten. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß eine "Genehmigung" nicht mehr erforderlich ist, wenn die für die Genehmigung zuständige Stelle ein Geschäft für genehmigungsfrei erklärt hat (BGHZ 1, 294; vgl. auch BGHZ 14, 4). Die gleichen Grundsätze müssen im vorliegenden Fall für die "Befreiung" gelten. Das Gesamtverhalten der [REDACTED] kann nur in dem Sinne gewürdigt werden, daß sie für Preisbindungsverträge in dem erörterten Rahmen Anträge auf Befreiung nicht mehr als erforderlich angesehen, mithin diese Verträge für "befreiungsfrei" erklärt hat (vgl. Danckelmann MA 1957, 53, 74).

VI. Bindet hiernach die vertikale Preisbindung im Grundsatz die Vertragsparteien, so bleibt zu prüfen, ob ihre Verbindlichkeit im Streitfall dadurch in Frage gestellt wird, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auch andere Markenschokoladenhersteller dem Zwischenhandel die gleichen Preisbindungen und die noch zu erörternden gleichen Absatzbeschränkungen auferlegt haben.

Das Berufungsgericht hat nicht in Zweifel gezogen, daß es sich bei der von der Beklagten hergestellten Schokolade um Markenwaren handelt, die mit gleichartigen Waren anderer Hersteller im Wettbewerb stehen (§ 11 des Entwurfs). Es hat indessen einer Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm (WuW / E OLG 74) und einer weiteren

unveröffentlichten Entscheidung des Landgerichts Essen (17 HQ 3/54 vom 11. Februar 1954) entnommen, daß mindestens die Firmen [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] und die Beklagte ihre Abnehmer in gleicher Weise verpflichten, die in ihren Preislisten festgesetzten Preise einzuhalten, und auch die gleichen Absatzbedingungen hätten. Das Berufungsgericht hat mit diesem Hinweis offenbar zum Ausdruck bringen wollen, daß zwischen den Markenschokoladenherstellern möglicherweise Abreden bestehen, die die gleichmäßige Durchführung des Preisbindungssystems zum Ziele haben. Zwar unterstellt es in seinen folgenden Ausführungen, daß eine horizontale Bindung der Beklagten gegenüber andern Herstellern nicht vorliege. Indessen bleibt zu prüfen, ob der Rechtsstreit etwa zur Aufklärung dieser vom Berufungsgericht unentschieden gelassenen Frage zurückzuverweisen wäre. Lügen per se verbotene horizontale Absprachen tatsächlich vor, so würde die Nichtigkeit dieser Abreden auch die Rechtsgültigkeit der vertikalen Preisbindungsverträge ergreifen. Denn diese Verträge würden dann nur der Verwirklichung der horizontalen Abreden dienen, also nur ein Mittel zu ihrer Durchsetzung darstellen (vgl. Flume WuW 1956, 457, 458).

Es mag zutreffen, daß bei Preisbindungen von Markenwaren nicht selten ein kartellähnliches Verhalten zu beobachten ist. Auch kann die Übereinstimmung von gleichlautenden Bindungsverträgen durchaus ein Beweisanzeichen für das Vorliegen horizontaler Abreden sein. Indessen hängt die Beurteilung ganz von den Umständen des gegebenen Sachverhalts ab. Handelt es sich um Waren, die nach gleichem Gewicht und gleichen oder jedenfalls ähnlichen Qualitäts-

stufen zum Verkauf gelangen, wie es bei Schokoladenwaren der Fall ist, so ist es durchaus denkbar, daß sich auch ohne horizontale Absprachen der Preis für die jeweiligen Qualitätsstufen auspendelt und sich den Preisen der Konkurrenzwaren angleicht. Ob solche oder ähnliche Umstände die angeblich übereinstimmenden Preisbindungen der Markenschokoladenfabrikanten zu erklären vermögen, bedarf keiner abschließenden Beurteilung. Denn jedenfalls wäre es bei der gegebenen Sachlage Aufgabe des Klägers gewesen, substantiierte Angaben zu machen und Beweisanträge zu stellen, die eine Nachprüfung eines etwaigen kartellwidrigen Verhaltens der Beklagten ermöglichen. Tatsächlich hat der Kläger in dieser Beziehung überhaupt nichts vorgetragen, und das Berufungsgericht hat seine Bedenken auch nur auf die in den zitierten Urteilen enthaltenen Ausführungen gestützt. Unter diesen Umständen bestand kein Anlaß, eine weitere Aufklärung des Sachverhalts herbeizuführen. Den Gerichten liegt es im zivilen Rechtsstreit nicht ob, von Amts wegen Tatbestände aufzuklären, für deren Vorliegen keine substantiierten Parteibehauptungen aufgestellt, geschweige denn unter Beweis gestellt sind.

VII. 1. Soweit das Berufungsgericht die Höhe der Preisspannen an verschiedenen Stellen seines Urteils beanstandet hat, sind seine Bedenken insoweit rechtlich unerheblich, als sie die kartellrechtliche, in § 12 des Entwurfs behandelte Frage betrifft, ob Handelsspannen vorliegen, die durch die Marktverhältnisse nicht gerechtfertigt sind. Die Nachprüfung dieser Frage stand ausschließlich der Kartellbehörde zu. Denn nach der oben gegebenen Auslegung des [REDACTED]-Briefes hängt die Zulässigkeit von Preisbin-

dungsverträgen nur davon ab, ob sie erlaubt wären, wenn das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen schon in Kraft wäre. Sind die Vereinbarungen daher nach § 11 des Entwurfs zulässig, so bleiben sie rechtsgültig, auch wenn sie im Einzelfall unter den Tatbestand des § 12 des Entwurfs fallen, und zwar bis zu dem Zeitpunkt, zu dem sie von der zuständigen Kartellbehörde - mit Wirkung es nun - für unwirksam erklärt werden (vgl. Entscheidung des Kammergerichts vom 17. November 1953 WuW / E OLG 57; ähnlich auch LG Wuppertal vom 16. Oktober 1956 WuW / E LG/AG 39). Weder die [REDACTED] noch der Bundeswirtschaftsminister, auf den die Befugnisse der [REDACTED] übertragen worden waren, haben indessen die hier in Betracht kommenden Preisspannen jemals beanstandet.

2. Ob die Beklagte etwa für ihre Waren unangemessene Einzelhandelspreise gefordert und sich daher eines Verstoßes gegen § 19 des Wirtschaftsstrafgesetzes vom 26. Juli 1949 schuldig gemacht hat, bedarf im Streitfall ebenso wenig einer Entscheidung wie die Frage, ob ein etwaiger Verstoß überhaupt die Nichtigkeit des Kaufvertrages in vollem oder jedenfalls beschränktem Umfang (§§ 134, 139 BGB) herbeiführen könnte. Denn der Kläger hat auch hinsichtlich der Höhe der Einzelhandelspreise der Beklagten keinerlei substantiierte Angaben gemacht, die dem Berufungsgericht zu einer Nachprüfung hätten Veranlassung geben können. Wie das Berufungsgericht aus den herangezogenen Akten des Wirtschaftsministeriums Baden-Württemberg festgestellt hat, ist der Kleinhandelsverkaufspreis von 1,30 DM je 100 g Tafel-Schokolade durch Erlass des Ministeriums vom 25. Juni 1949 auf Grund einer von der Beklagten

vorgelegten Preisberechnung vom 21. Juni 1949 genehmigt worden. Diese Genehmigung ist niemals widerrufen worden. Die von dem Berufungsgericht zitierten Auslassungen einzelner Regierungspräsidenten (S. 46 d. U.), die schon einige Jahre zurückliegen, bemängeln zwar die Höhe der gewährten Handelsspannen. Die Angemessenheit der Handelsspannen beruht indessen auf den verschiedensten Bestimmungsfaktoren und es bedarf jeweils genauer Untersuchung, ob eine Handelsspanne berechtigt ist oder nicht (Mellerowicz, Die Problematik der Handelsspannen, MA 1955, 773 ff). Die genannten Akten enthalten aber insoweit keinerlei nachprüfbare Unterlagen; auch haben sie niemals zu einem Einschreiten der Preisbehörde oder des Bundeswirtschaftsministers geführt.

3. Die Preisbindungsverordnung vom 23. November 1940 ist, soweit nach ihr Preisbindungen grundsätzlich nur mit Genehmigung des Kommissars für die Preisbildung zulässig sind, durch die alliierten Dekartellierungsgesetze ersetzt worden. Diese Gesetze, die in einzelnen Bestimmungen mit der Preisbindungsverordnung in Widerspruch stehen, sind an die Stelle der Verordnung getreten (Urteil des BGH vom 15. Dezember 1953 - 5 StR 238/53 -, WuW / E BGH 58; KG Berlin WuW / E OLG 57).

VIII. 1. Auch das Berufungsgericht ist, wenn auch aus anderen Gründen, zu dem Ergebnis gelangt, daß vertikale Preisbindungsverträge grundsätzlich nicht gegen die Dekartellierungsgesetze verstoßen. Es vertritt indessen die Auffassung, daß die zwischen den Parteien getroffene

Vereinbarung wegen der gleichzeitig mit der Preisbindung gekoppelten Absatzbindung einen Verstoß darstelle, der zur Nichtigkeit des gesamten Vertrages führen müsse. Ob eine unzulässige Absatzbindung in jedem Falle auch die Nichtigkeit der Preisbindungsvereinbarung zur Folge haben müßte, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn gegen die Zulässigkeit des von der Beklagten geforderten Ausschlusses des ambulanten Handels und des Straßenhandels können rechtserhebliche Bedenken nicht erhoben werden.

Allerdings trifft die von der Revision vertretene Ansicht nicht zu, daß die Frage, ob die im Streitfall vereinbarte Absatzbindung das Gesetz Nr. 56 verletzt, keiner Prüfung durch die Gerichte bedürfe, weil es sich nach der Entwurfsregelung auch insoweit um einen Mißbrauchstatbestand handele, der nur eine Eingriffsmöglichkeit der Kartellbehörde auslöse (§ 13 des Entwurfs). Nach dem -Brief ist "Befreiung" nur im Rahmen des § 11 des Entwurfs erteilt. § 11 des Entwurfs - ebenso wie der erörterte § 12 - befassen sich allein mit der Preis-, aber nicht mit der Absatzbindung. Die Frage, ob und unter welchen Umständen Absatzbindungen zulässig sind, muß daher von den Gerichten selbständig geprüft werden.

Ob, wie das Berufungsgericht annimmt, nach den alliierten Dekartellierungsgesetzen Absatzbindungen nur unzulässig sind, soweit ihnen eine marktpolitische Bedeutung zukommt, und ob diese Voraussetzung bei der in Frage stehenden Absatzbindung zutrifft, kann hier dahinstehen. Denn jedenfalls stellen auch Absatzbindungen von marktpolitischer Bedeutung keine sog. per se-Verstöße dar,

sondern unterliegen, wie sich aus der Fassung von Art. V 9 c 2 MRG 56 ergibt, der rule of reason (vgl. BGHZ 13, 33, 40). Ihre Zulässigkeit hängt somit davon ab, ob sie sich bei gerechter Abwägung der Interessen der Beteiligten, wozu auch die Allgemeinheit gehört, als wirtschaftlich vernünftig erweisen. Daß auch nach Auffassung der zuständigen Kartellbehörde Absatzbindungen nicht schlechthin unzulässig sind, ergibt sich aus der ausdrücklichen Bezugnahme auf § 13 der Entwurfsregelung in dem [REDACTED]-Brief. Wenn [REDACTED] in diesem Schreiben ausführt, daß seine Behörde gegen Preisabsprachen, die mit einer Absatzbindung gekoppelt sind, Dekartellierungsverfahren einleiten werde, falls der Tatbestand des § 13 gegeben sei, so kann hieraus nur entnommen werden, daß auch seine Behörde davon ausging, derartige Absatzbindungen seien nur unter den in dieser Entwurfsregelung festgelegten Voraussetzungen kartellrechtlich zu beanstanden.

Nach § 13 des Entwurfs können Verträge zwischen Unternehmen über Waren für unwirksam erklärt werden, "soweit sie einen Vertragsbeteiligten darin beschränken, die gelieferten Waren an Dritte abzugeben, und dadurch die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit dieses Vertragsbeteiligten oder anderer Unternehmen unbillig einschränken." Nach dieser Entwurfsregelung, die nach dem [REDACTED]-Brief als Prüfungsmaßstab für die Zulässigkeit solcher Absatzbindungen heranzuziehen ist, sollen somit stets besondere Umstände des Einzelfalles maßgebend sein, wobei im Rahmen der erforderlichen Billigkeitsprüfung die einander gegenüberstehenden Interessen abzuwägen sind.

2. Eine solche Billigkeitsprüfung hat auch das

Berufungsgericht vorgenommen. Es erkennt jedoch nicht an, daß nur die im Revers zugelassenen Letztverteiler die Gewähr dafür böten, die Schokolade der Beklagten werde keinem Verderb durch unsachgemäße Lagerung usw. ausgesetzt. Eine Kontrolle der Einzelhändler finde, so führt das Berufungsgericht aus, seitens der Beklagten oder des Markenverbandes nicht statt. Es gebe fliegende Händler, die im Gegensatz zu Gemischtwarengeschäften ihre Waren sehr rasch umsetzen. Das Publikum, welches beim fliegenden Händler eine unansehnliche Ware mit beschädigter, insbesondere verfetteter Verpackung oder ältere Ware unter Richtpreis erstehe, werde für diese Mängel nicht die Herstellerin verantwortlich machen, sondern sie des billigeren Preises wegen in Kauf nehmen. Volkswirtschaftlich möge es gerechtfertigt sein, den Zwischenhandel zu regeln, z. B. wenn eine bestimmte Ware einen "service" erfordere. Dem berechtigten Interesse an der Sicherung eines steten Absatzes habe die Beklagte bereits durch den Abschluß des Lieferungsvertrages Rechnung getragen. Absatzstörungen von der Preisseite her könne die Beklagte auch durch feste Fabrikverkaufspreise begegnen. Sei auch nicht zu bezweifeln, daß die Festpreisbindung bei Markenartikeln sich zugunsten der Verbraucher auswirken könne, so reiche dieser Grund doch nicht aus, um Absatz- und Preisbindungen zu rechtfertigen, die im konkreten Fall zu Beanstandungen Anlaß gäben. Auch die von der Rechtsprechung geforderte Lückenlosigkeit einer Preisbindung gestatte es nicht, eine sonst unzulässige Absatzbindung als rechtswirksam anzusehen.

Demgegenüber weist die Revision in erster Linie

44

darauf hin, daß es nicht angängig sei zu prüfen, ob in Einzelfällen Straßenhändler die Gewähr böten, die Schokolade ordnungsmäßig ihren Kunden anzubieten. Der maßgebende Gesichtspunkt hätte für das Berufungsgericht insofern nur sein können, ob im allgemeinen bei Straßenhändlern gewährleistet sei, daß sie nach den Erfahrungen die Ware in ordnungsmäßigem Zustand an die Kunden gelangen lassen. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Auch das Berufungsgericht hat im Eingang seiner Entscheidungsgründe darauf hingewiesen, einem Hersteller von verderblichen Waren müsse daran gelegen sein, den Absatzweg zu überwachen und ungeeignete Vertriebsstellen auszuschalten. Gerade bei der Wärmeempfindlichkeit der Schokolade sei es, so meint das Berufungsgericht, trotz der isolierenden Wirkung der doppelten Verpackung schädlich, Schokolade der Sonne auszusetzen. Der Verbraucher lege auf Unversehrtheit der Verpackung aus ästhetischen und hygienischen Gründen Wert. Auch erwarte er bis zu einem gewissen Grade vom Hersteller der Markenschokolade eine Vorsorge, daß sie überhaupt nicht auf einen Verteilerweg gelange, welcher sie nicht möglichst in der ursprünglichen Güte erhalte. Das Berufungsgericht läßt diese eingangs von ihm selber zutreffend angestellten Erwägungen bei der Würdigung der Zulässigkeit der Absatzbindungen unberücksichtigt und setzt sich mit ihnen teilweise in Widerspruch. Auch die Annahme, das Publikum werde für etwaige Mängel der Ware nicht die Herstellerin verantwortlich machen, sondern sie des billigeren Preises wegen in Kauf nehmen, erscheint nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat im Anschluß an

Mellerowicz (Markenartikel, Die ökonomischen Gesetze der Preisbildung und Preisbindung, 1955) hervorgehoben, im allgemeinen werde, soweit ein Markenartikel dem Verbraucherpublikum ein Begriff geworden sei, nicht der Händler, sondern der Hersteller verantwortlich gemacht, wenn ein Markenartikel mißfalle oder schlechter werde. Ist dies aber der Fall, so leuchtet es nicht ein, daß die Sachlage eine andere sein soll, wenn die Ware unter dem Richtpreis abgegeben wird. Auch in diesen Fällen wird vielmehr nach der Lebenserfahrung die Gefahr bestehen, daß der Ruf der Ware in Mitleidenschaft gezogen wird, weil der Käufer vor allem die schlechte Beschaffenheit der Ware in der Erinnerung behalten wird, ohne sich immer über den gleichzeitig herabgesetzten Preis noch Rechenschaft abzulegen. Auch der Hinweis des Berufungsgerichts, die Nahrungsmittelpolizei würde eingreifen, wenn verdorbene und daher gesundheitsschädliche Schokolade zum Verkauf angeboten wird, erscheint verfehlt; denn das Interesse der Markenhersteller beschränkt sich nicht darauf, zu verhüten, daß gesundheitsschädigende Schokolade sich auf dem Markt befindet. Es geht darüber hinaus und will verhindern, daß die Ware überhaupt in einem nicht völlig einwandfreien Zustand geliefert wird. Schokoladen, die unter freiem Himmel angeboten werden, sind den Wärmeeinwirkungen der Luft und der Sonne in weit stärkerem Maße ausgesetzt, als dies in Ladengeschäften der Fall ist. Allein die Gefahr, daß solche Einflüsse die Güte der Ware berühren, macht das Bestreben der Schokoladenfabrikanten verständlich, den Straßenhandel bei der Belieferung mit Waren unberücksichtigt zu lassen. Die Möglichkeit einer Kontrolle über das Schicksal der bei dem

ambulanten Handel befindlichen Waren besteht tatsächlich nur in einem verschwindend geringen Umfange.

Bei der erforderlichen Interessenabwägung fällt weiterhin zugunsten der Markenschokoladenhersteller ins Gewicht, daß die allein in Streit stehende Absatzbindung, nämlich der Ausschluß von Straßenhändlern, notwendig ist, die Lückenlosigkeit und die Überwachung der Preisbindung zu gewährleisten. Es entspricht der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. RGZ 133, 330; 151, 239), daß Ansprüche wegen Mißachtung eines zulässigen vertikalen Preisbindungssystems aus § 1 UWG und § 826 BGB nur dann begründet sein können, wenn die lückenlose Durchführung dieses Systems sichergestellt ist. Lückenhaft ist indessen ein Preissystem nicht nur dann, wenn es in großem Umfange tatsächlich durchbrochen ist, sondern schon dann, wenn es nicht mehr vollständig durchgesetzt werden kann. Eine vertikale Preisbindung hat daher keine Bedeutung mehr, wenn die Ware dem Verbraucher über solche Händler zugeführt wird, die ihrerseits durch keinen Revers gebunden sind und von dem Hersteller trotz aller Bemühungen auch nicht überwacht werden können. Folgt man daher der Auffassung, daß ein Preisbindungssystem bei Markenartikeln mit dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen nicht in Widerspruch steht und schutzwürdig sein kann, so muß den Markenschokoladenherstellern grundsätzlich auch die Möglichkeit gegeben sein, die von der Rechtsprechung mit gutem Grund geforderte Lückenlosigkeit durchzuführen. Geschieht dies nicht, so ist das ganze Preisbindungssystem für sie wertlos. Kartellrechtlich gesehen, kann

es zwar nicht entscheidend darauf ankommen, in welcher Weise für ein Bindungssystem gesorgt werden muß, um es erfolgreich durchzusetzen, sondern es steht insoweit zur Entscheidung, ob eine wesentliche und unbillige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 13 aaO vorliegt. Indessen kann nicht in Abrede gestellt werden, daß bei der erforderlichen Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen dieser Blickpunkt ebenfalls zu berücksichtigen ist.

Das Berufungsgericht hat eingeräumt, bei Straßenhändlern sei wenig Verlaß darauf, daß sie feste Verkaufspreise einhielten. Verstößen gegen die Preisbindung wirksam zu begegnen, biete der Ausschluß dieser Zwischenhändler eine Handhabe. Gleichwohl ist es der Auffassung, der Gesichtspunkt der Lückenlosigkeit einer Preisbindung rechtfertige eine sonst unzulässige Absatzbindung nicht, und hat zur Begründung auf einen Aufsatz von Büntig (BB 1953, 753, 754) verwiesen. Büntig vertritt den Standpunkt, daß nichts anderes übrig bleibe, als die von der höchststrichterlichen Rechtsprechung an die Überwachung der Lückenlosigkeit gestellten Bedingungen herabzusetzen, wenn die Hersteller diesen Anforderungen nicht mehr genügen können. Es leuchtet ein, daß dieser Weg nicht gangbar ist. Ein Preisbindungssystem kann in Wahrheit nur seinen Zweck erfüllen, wenn es lückenlos ist. Trifft dies nicht zu, so ist es der klagenden Partei nicht mehr möglich, die Verleitung zum Vertragsbruch oder dessen Ausnutzung nachzuweisen; auch kann sie dann regelmäßig die

Unlauterkeit der Preisunterbietung nicht nachweisen
(Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht
7. Aufl. § 1 UWG Anm. 236).

Diesen Erwägungen gegenüber kann kein Überwiegen-
des Interesse des ambulanten und Straßenhandels anerkannt
werden, auch seinerseits alle Markenschokoladenwaren zu
führen. Dem Straßenhandel bleibt nach den Feststellungen
des Berufungsgerichts die Möglichkeit, Konsumwaren zu
erwerben und zum Verkauf anzubieten. Auch steht es ihm
frei, andere nicht absatzgebundene Markenschokolade zu
verkaufen. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die
englische Markenschokolade [REDACTED] überwiegend im Straßen-
handel verkauft wird, allerdings im Gegensatz zur Konsum-
schokolade zu einem festen Preis. Ob auch die [REDACTED]-Scho-
kolade von Straßenhändlern geführt werden darf, ergibt
sich entgegen der Annahme der Revision aus den Feststel-
lungen des Berufungsgerichts nicht mit Sicherheit. Denn
das Berufungsgericht weist insoweit nur darauf hin, daß
sie in Kantinen verkauft werde.

Bei den hiernach dem ambulanten- und Straßenhan-
del gegebenen Ausweichmöglichkeiten vertritt der Senat
den Standpunkt, daß es angesichts der dargelegten schutz-
würdigen Interessen der Markenschokoladenhersteller keine
unbillige Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungs-
freiheit dieser Händlergruppen darstellt, wenn sie von
dem Vertrieb der Markenschokolade der Beklagten ausge-
schlossen werden. Der Senat trägt daher keine Bedenken,
die Reversbedingung der Beklagten, wonach dem Kläger

untersagt ist, an den ambulanten und Straßenhandel [REDACTED]-Schokolade abzugeben, als verbindlich anzusehen. Der Tatbestand des Boykotts (Art. V 9 c 4 aaO) liegt hiernach gleichfalls nicht vor. Denn die zugunsten der Markenschokoladenhersteller angeführten Umstände schließen die Annahme aus, die Beklagte habe ihre Maßnahmen lediglich zum Zwecke der Behinderung des freien Wettbewerbs getroffen, ohne daß ihr vom Recht gebilligte Gründe zur Seite ständen.

IX. Nach alledem erweist sich die Klage als unbegründet, ohne daß noch erforderlich wäre, auf die weiterhin von der Revision vorgetragenen Gründe einzugehen, aus denen sie die Rechtsgültigkeit der von den Parteien getroffenen Gesamtabreden herleiten will. Nach dem Inhalt des Reverses entfiel für die Beklagte eine Lieferungs-pflicht, wenn der Kläger gegen die von ihm eingegangenen Verpflichtungen verstieß. Bereits das Landgericht hat festgestellt, der Kläger habe durch Belieferung der Straßenhändlerin [REDACTED] dem Revers zuwidergehandelt. Er bestreite nur, gewußt zu haben, daß Frau [REDACTED] unter die Gruppe der Straßenhändler falle. In der Berufungsinstanz sind diese Feststellungen von dem Kläger nicht angegriffen worden. Es kann daher unbedenklich davon ausgegangen werden, daß der Kläger an den ambulanten Straßenhandel [REDACTED]-Schokolade geliefert hat. Nach seinem eigenen Vortrag ist dies bis Mitte Dezember 1953 geschehen, also noch zu einer Zeit, als der den Gegenstand dieses Rechtsstreits bildende Kaufvertrag bereits geschlossen war und die Lieferungen der Beklagten auf Grund

dieses Vertrages erfolgten. Auf ein Verschulden des Klägers kommt es angesichts des Wortlauts der Bedingungen nicht an. Im übrigen aber hat das Landgericht zu Recht ein grob fahrlässiges Verhalten aus der unstreitigen Tatsache hergeleitet, daß der Kläger Frau [REDACTED] bereits in der Vergangenheit viermal mit Waren im Werte von rund 2.500 DM beliefert hat. Bei einer solchen Sachlage würde dem Kläger jedenfalls eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fallen, wenn er sich nicht genügend vergewissert hätte, welcher Händlergruppe Frau [REDACTED] angehörte.

Gleichzeitig folgt hieraus, daß die Vertragsstrafe, die die Beklagte mit der Widerklage geltend macht, verwirkt ist. Gemäß § 339 Satz 2 BGB tritt eine Verwirkung bereits mit der Zuwiderhandlung ein, wenn die geschuldete Leistung in einer Unterlassung besteht. Die Strafe ist auch ohne Verschulden durch die bloße Zuwiderhandlung verwirkt (BGB RGRK 10. Aufl. § 339 Anm. 2). Die Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben kann im Streitfall zu keinem andern Ergebnis führen. Denn der Kläger hat sich, wie erörtert, grob fahrlässig verhalten, indem er Frau [REDACTED] beliefert hat.

Da das Landgericht Bedenken gehabt hat, ob der Kläger Vollkaufmann ist, hat es entgegen der Regel des § 348 HGB die Vertragsstrafe gemäß § 351 HGB auf 1.000 DM herabgesetzt. Eine etwaige weitere Herabsetzung der Vertragsstrafe erscheint nach den Umständen

des Falles nicht gerechtfertigt. Der Kläger hat in der Berufungsinstanz auch keine Gründe dargelegt, die dazu führen könnten, eine darüber hinausgehende Herabsetzung vorzunehmen.

Nach alledem war, wie geschehen, zu erkennen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Wilde

Bock

Krüger-Nieland

Weiß

Spreng