

Verkündet
am 8. März 1963
Zug, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2546 064

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

In dem Rechtsstreit

der eingetragenen Genossenschaft mit beschränkter Haftung

Wi. Ge. Wo. eGmbH, Ha. - Wa. , Fr. - Eb. - Da. , gesetzlich vertreten durch ihren Vorstand

1. Direktor Walter I. , Be. - W. ,
2. Direktor Helmut F. , H. ,
3. Direktor Konrad Ge. , H. - Wa. ,
4. Direktor Dipl.-Kfm. G. - A. B. , H. - Wa. ,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

g e g e n

den eingetragenen Verein Verband der Ch. - I. und S. N. e.V., vertreten durch seinen Vorstand Bruno He. , H. , Ne. R. str. ,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 8. März 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. h. c. Wilde und der Bundesrichter Dr. Krüger-Nieland, Pehle, Ebel und Dr. Sprengmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 13. Juli 1961 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist ein Verband zur Förderung und Wahrung der rechtlichen und wirtschaftlichen Belange der ihm angehörenden Geschäfte für chirurgische Instrumente und Sanitätsbedarf Norddeutschlands.

Die aus einem Zusammenschluß karitativer und gemeinnütziger Verbände hervorgegangene Beklagte befaßt sich u.a. mit dem Verkauf von Chirurgie- Instrumenten und anderen Artikeln des Krankenhausbedarfs. Sie gibt von Zeit zu Zeit gedruckte Preislisten heraus. Beim Verkauf an Krankenhäuser und Krankenanstalten gewährt sie auf die in diesen Listen aufgeführten Preise gewisse Nachlässe. Eine solche im Januar 1957 erschienene Preisliste, in der ein Krankenhausrabatt von 20 % angekündigt war, wurde vom Bundesverband der Chirurgie- Instrumenten- und Sanitätsgeschäfte als mit dem Rabattgesetz nicht vereinbar beanstandet. Das von diesem Verband eingeleitete Verfahren vor dem Einigungsamt für Wettbewerbsstreitigkeiten bei der Handelskammer Hamburg endete mit einem Vergleich, in dem sich die Beklagte verpflichtete, bei ihren Angeboten eine Rabattgewährung, die höher als orts- und handelsüblich ist, weder schriftlich noch mündlich anzukündigen.

Im Jahre 1960 gab die Beklagte eine Preisliste "Teil 4/1960 Medizin-Technik" heraus und verteilte sie an eine unbestimmte Zahl von Krankenanstalten und karitativen Einrichtungen im Bundesgebiet. Auf die darin genannten Preise gewährte die Beklagte beim Verkauf an Krankenhäuser und ähnliche Einrichtungen - abgesehen von dem in der Preisliste selbst angekündigten Barzahlungsrabatt von 2 % - Sonderrabatte nach Maßgabe eines besonderen, für ihre Vertreter bestimmten "Rabattschlüssels zur Preisliste 4/1960 Medizin-Technik" vom 1. März 1960. Dieser sah für fast alle in der Preisliste aufgeführten Artikel Rabatte vor, die sich meist zwischen 10 und 20 % bewegten; bei einem Artikel sollte der Rabatt nur 7 1/2 %, bei je einem weiteren Artikel dagegen 25 bzw. 30 % betragen.

Der klagende Verband erblickt in diesem Vorgehen der Beklagten einen Vorstoß gegen das Rabattgesetz. Er hat vorgetragen, die von ihr angebotenen Artikel seien Waren des täglichen Bedarfs und die Krankenanstalten seien Letztverbraucher im Sinne von § 1 RabattG. Die Gewährung eines über den Barzahlungsrabatt von 3 % nach § 2 RabattG hinausgehenden Preisnachlasses sei unzulässig. Die Sondervorschrift des § 9 Ziff. 1 RabattG sei nicht anwendbar, weil der hier geregelte Verwerternachlaß bei Verkäufen an Krankenanstalten nicht orts- oder handelsüblich sei. Krankenanstalten seien auch nicht als Großverbraucher im Sinne von § 9 Ziff. 2 RabattG anzusehen.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, im Verkauf von chirurgischen Instrumenten oder anderen Artikeln des Krankenhausbedarfs an letzte Verbraucher, insbesondere Krankenanstalten aller Art, Preisnachlässe zu gewähren, die mehr als 3 % über den allgemein in Preislisten oder auf andere Art angekündigten Preisen liegen, insbesondere die Preisliste "Teil 4/1960 Medizin-Technik" in Verbindung mit dem "Rabattschlüssel" zu dieser Preisliste zu verbreiten.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie hat erwidert, die angebotenen Artikel seien zum überwiegenden Teil keine Waren des täglichen Bedarfs. Der Rabattschlüssel enthalte auch keine Preisnachlässe, sondern stelle nur den Unterschied zwischen Brutto- und Nettopreis klar. Außerdem seien die Sondervorschriften des § 9 Ziff. 1 und 2 RabattG anzuwenden, denn die Gewährung von Krankenhausrabatten in der aus dem Rabattschlüssel ersichtlichen Höhe sei orts- und handelsüblich; die Krankenanstalten seien auch Großabnehmer.

Das Landgericht hat bei 14 Industrie- und Handelskammern des Bundesgebietes Auskünfte darüber eingeholt, ob und in welcher Höhe eine Rabattgewährung beim Verkauf von Chirurgie-Instru-



menten und anderen Artikeln des Krankenbedarfs an Krankenhäuser und Krankenanstalten orts- oder handelsüblich ist. Es hat der Klags alsdann mit der Maßgabe stattgegeben, daß sich das Verbot der Rabattgewährung auf den "Einzelverkauf" - statt, wie es im Klagsantrag hieß, auf den "Verkauf" - der angegebenen Waren bezieht; mit dieser Abweichung vom Klagsantrag hat es klarstellen wollen, daß das Verbot nicht die Gewährung eines Mengenrabattes nach § 7 RabattG oder eines Großabnehmernachlasses gemäß § 9 Ziff. 2 RabattG ausschließen soll.

Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klags weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe :

I. Das Berufungsgericht legt einleitend dar, die Beklagte habe unstreitig Rabatte von 7 1/2 bis 25 % - richtig hätte es heißen müssen: bis 30 % - auf die in der Preisliste "Teil 4/1960" aufgeführten Waren angeboten und gewährt. Damit habe sie gegen § 1 RabattG verstoßen, denn die in der Preisliste genannten chirurgischen Instrumente und anderen Gegenstände des Krankenhausbedarfs seien "Waren des täglichen Bedarfs" und die Krankenanstalten seien "letzte Verbraucher" im Sinne jener Vorschrift.

Im Anschluß an diese - rechtlich bedenkenfreien und auch seitens der Revision nicht angegriffenen - Darlegungen untersucht das Berufungsgericht die Anwendbarkeit der Ausnahmenvorschrift des § 9 Ziff. 1 RabattG, nach der Sondernachlässe und Sonderpreise an solche Personen gewährt werden dürfen, die

die Ware oder Leistung in ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit verwerten, sofern dieser Nachlaß seiner Art und Höhe nach orts- oder handelsüblich ist. Es geht davon aus, daß Krankenhäuser und Krankenanstalten zu dem Kreis von Abnehmern gehören, denen nach dieser Vorschrift ein Sondernachlaß gewährt werden darf, gelangt aber in Übereinstimmung mit dem Landgericht zu dem Ergebnis, daß eine Orts- oder Handelsüblichkeit der von der Beklagten gewährten Rabatte nicht festgestellt werden könne.

Eine Prüfung der Frage der Ortsüblichkeit sei, so meint das Berufungsgericht, schon deshalb nicht möglich, weil die Beklagte nicht vorgetragen habe, in welchen bestimmten Orten derartige Rabatte üblich sein sollten. Die Frage der Handelsüblichkeit hätten die befragten Handelskammern nicht einheitlich beantwortet. Die Kammern Hamburg, Bremen, Hannover, Dortmund, Essen, Kassel, Frankfurt und München hätten sie verneint, die Kammern Braunschweig, Mannheim, Augsburg, Nürnberg und Kiel dagegen bejaht. Die in den Auskünften der Kammern Frankfurt und München gemachten, auf eine Handelsüblichkeit von Sonderrabatten hindeutenden Einschränkungen beruhten offensichtlich darauf, daß der Sonderrabatt nach § 9 Ziff. 1 RabattG nicht hinreichend von dem Barzahlungsnachlaß nach § 3, dem Mengenrabatt nach § 7 und dem Großverbraucherrabatt nach § 9 Ziff. 2 RabattG unterschieden worden sei. Daß sich ein Teil der Kammern nur auf Auskünfte von Händlern stütze und nicht auch Krankenanstalten befragt habe, sei entgegen der Meinung der Beklagten nicht zu beanstanden, denn für die Frage, welche Gepflogenheiten im Handel beständen, komme es entscheidend auf das Urteil der Handelskammern als der berufenen Organe des Handels und nicht auf die Ansichten von Krankenhausverwaltungen an. Die von den Kammern bezeugten tatsächlichen Gepflogenheiten im Handel ließen es nicht zu, mit hinreichender Sicherheit die Handelsüblichkeit der von der Beklagten gewährten Rabatte festzustellen.

Es fehle auch nicht, so führt das Berufungsgericht weiter aus, an der erforderlichen Wiederholungsgefahr. Das Landgericht habe der Klage daher mit Recht stattgegeben und hierbei zutreffend klargestellt, daß das Verbot nur Einzelverkäufe im Sinne von § 1 RabattG betreffe.

II. Die Revision bittet zunächst um Nachprüfung der Frage der Beweislast. Sie vertritt die Auffassung, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des § 282 ZPO angenommen, daß die Beklagte das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes des § 9 Ziff. 1 RabattG, nämlich die Orts- und Handelsüblichkeit der von ihr gewährten Rabatte, darzulegen und zu beweisen habe. Dies sei rechtsirrig, denn derjenige, der einen Unterlassungsanspruch erhebe, müsse alle Voraussetzungen desselben nachweisen. Das bedeute, daß der Kläger außer den Voraussetzungen des § 1 RabattG auch das Fehlen eines Ausnahmetatbestandes im Sinne von § 9 Ziff. 1 RabattG zu beweisen habe.

Dieser Rechtsansicht kann nicht beigespflichtet werden. Sie widerspricht den Grundgedanken und dem Aufbau des Rabattgesetzes, das in § 1 Abs. 2 die Gewährung von Sondernachlässen und Sonderpreisen grundsätzlich verbietet und in § 9 lediglich für bestimmte, erschöpfend aufgezählte Sondertatbestände gewisse Ausnahmen zuläßt (vgl. Gesetzesbegründung zu § 1 Abs. 2 und § 9 RabattG, wiedergegeben in Michel-Weber-Gries. Rabattgesetz 2. Aufl. Anhang V S. 183ff; s. auch Michel-Weber-Gries aaO § 9 Anm. 1). Das Vorliegen solcher anspruchshindernder Ausnahmetatbestände muß jedoch nach allgemeinen Beweisregeln derjenige darlegen und beweisen, der sich auf sie stützt. Zu dem gleichen Ergebnis führt der ebenfalls allgemein anerkannte Grundsatz, daß die Beweislast für das Bestehen einer Verkehrssitte oder eines Handelsbrauches die Partei trifft, die hieraus rechtliche Folgerungen für sich herleiten will (s. u.a. HGB-EGRK 2. Aufl. § 346 Anm. 13 und § 377 Anm. 124; Baumbach-Duden, HGB 15. Aufl. § 346 Anm. 2 B; BGH IM HGB § 346 -F- Nr. 1)

Das Berufungsgericht ist mithin zutreffend davon ausgegangen, daß die Beweislast im Rahmen der Prüfung nach § 9 Ziff. 1

- 7 -

RabattG die Beklagte trifft.

III. Sodann wendet sich die Revision im einzelnen gegen die Darlegungen des Berufungsgerichts zur Frage der Orts- oder Handelsüblichkeit der von der Beklagten gewährten Krankenhausrabatto. Sie übersieht hierbei nicht, daß die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines örtlichen oder allgemeinen Handelsbrauchs vorwiegend Sache der tatrichterlichen Würdigung und daher einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz nur beschränkt zugänglich ist. Sie macht aber geltend, die Beurteilung des Berufungsgerichts beruhe auf einer Verkennung maßgebender Rechtsbegriffe und auf einem Verstoß gegen die Verfahrensregeln. Diesen - im Revisionsverfahren zulässigen (vgl. HGB-RGRK Allg. Einl. Anm. 29 und § 346 Anm. 13; BGH LM BGB § 157 -B- Nr. 1) - Angriffen war der Erfolg im Ergebnis nicht zu versagen.

1. Der Begriff der Handelsüblichkeit setzt voraus, daß bei der Mehrzahl der Gewerbetreibenden desselben Geschäftszweiges eine tatsächliche geschäftliche Gepflogenheit besteht, die von einheitlichen Anschauungen dieses Personenkreises getragen und seit einer gewissen, für die Bildung einer solchen Gepflogenheit ausreichenden Zeit geübt wird, und weiterhin, daß sich die Gepflogenheit nicht als Mißbrauch darstellt, etwa weil sie dem Gesetz oder den guten Sitten zuwiderläuft, mit der Sicherheit des geschäftlichen Verkehrs unvereinbar ist oder den Beteiligten unbillige Zumutungen auferlegt (s. u.a. RGZ 114, 9, 13f und 125, 76, 79; HGB-RGRK Einl. Anm. 22 und § 346 Anm. 7; BGB-RGRK § 157 Anm. 13 und 15; Reimer-Krieger, Zugabe- und Rabattrecht, Anm. 6 zu § 7 RabattG; Michol-Weber-Gries aaO § 7 Anm. 17). Für den Begriff der Ortsüblichkeit gilt entsprechendes, nur mit dem Unterschied, daß es hier schon genügt, wenn sich eine anzuerkennende geschäftliche Gepflogenheit in einem engeren örtlichen Bereich herausgebildet hat (HGB-RGRK § 346 Anm. 6).

Diese Rechtsbegriffe hat das Berufungsgericht zwar nicht verkannt. Es geht aber ersichtlich von der Auffassung aus, daß für die Beurteilung nach § 9 Ziff. 1 RabattG nur einerseits die Ortsüblichkeit im engsten Wortsinne, nämlich ein im Gebiet einer oder mehrerer einzelner politischen Gemeinden bestehender Handelsbrauch, und andererseits die Handelsüblichkeit im Sinne eines das gesamte westdeutsche Wirtschaftsgebiet umfassenden allgemeinen Handelsbrauchs in Betracht komme. Eine so eng umgrenzte Fragestellung wird, wie die Revision mit Recht geltend macht, dem Grundgedanken der Vorschrift nicht gerecht. Wenn § 9 Ziff. 1 RabattG - anders als beispielsweise § 7 RabattG, der für die Zulässigkeit eines Mengenrabattes Handelsüblichkeit verlangt - den Verwerterrabatt nicht nur bei Handelsüblichkeit, sondern schon bei Ortsüblichkeit zuläßt, so bedeutet das nicht etwa, daß der Gesetzgeber nur den allgemeinen Handelsbrauch und den Ortsgebrauch im wörtlichen Sinne habe anerkennen wollen. Bei sinngemäßer Auslegung kann die Vorschrift vielmehr nur so verstanden werden, daß auch Handelsbräuche anzuerkennen sind, die sich in Gebieten von einer zwischen diesen beiden äußersten Möglichkeiten liegenden räumlichen Ausdehnung herausgebildet haben, und daß sich die Rechtswirkung der Zulässigkeit von Sondornachlässen und Sondorpreisen auf den jeweiligen regionalen Geltungsbereich des Brauches erstrecken und allerdings auch beschränken soll.

Diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht nicht Rechnung getragen. Wenn es der Meinung war, daß die Beklagte für das Bestehen einer Ortsüblichkeit nichts Genügendes vorgetragen und für einen allgemeinen Handelsbrauch keinen Beweis erbracht habe, so hätte weiter geprüft werden müssen, ob nicht wenigstens für den einen oder anderen Teilbereich ein regionaler Handelsbrauch festzustellen ist. Hierzu hätte besonders deshalb Anlaß bestanden, weil einige der befragten Industrie- und Handelskammern die Handelsüblichkeit von Krankenhausrabatten in Höhe von mehr als 3 % eindeutig bejaht hatten; es hätte daher nicht forngelassen, wenigstens für die Amtsbezirke dieser Kammern und gegebenenfalls, soweit deren Auskünfte für vor-

vergleichbare Nachbargebiete als repräsentativ gelten konnten, auch für diese Gebiete eine regional begrenzte Handelsübung anzunehmen. Dieser Beurteilung hätte das Bedenken, daß die Beklagte für das Bestehen einer solchen regionalen Übung nicht Genügendes vorgetragen habe, nicht entgegengehalten werden können, denn nach ihrem Sachvortrag konnte nicht zweifelhaft sein, daß sich die Beklagte die ihr günstigen Handelskammerauskünfte zu eigen gemacht und damit in schlüssiger Form behauptet hat, daß zum mindesten in den Bezirken dieser Kammern eine regionale Handelsübung bestehe.

Diese bisher unterbliebene Prüfung wird das Berufungsgericht nach der - auch aus anderen Gründen gebotenen - Zurückverweisung der Sache im weiteren Verfahren nachzuholen haben.

2. Mit Recht wendet sich die Revision ferner gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, eine Prüfung der Frage der Ortsüblichkeit sei in Ermangelung eines ausreichenden tatsächlichen Vortrags der Beklagten nicht möglich. Diese Auffassung steht mit der Aktenlage jedenfalls insofern nicht in Einklang, als es sich um die Stadt Hamburg und ihre nächste Umgebung handelt. Für diesen Ortsbereich hatte die Beklagte nämlich mit genügender Deutlichkeit das Bestehen einer örtlichen Handelsübung behauptet und unter Beweis gestellt; schon in der Klagebeantwortung hatte sie hierfür die Zeugen Frau Helga Paris und Adolf Wagner benannt sowie um Einholung einer Auskunft der Gesundheitsbehörde der Hansestadt Hamburg und um eidliche Vernehmung des Vorsitzenden des Klägers Bruno He [REDACTED] als Partei gebeten und in einem ihrer beiden Schriftsätze vom 4. Juli 1960 weiterhin auf das Zeugnis des Vertreters Wolfgang P [REDACTED] Bezug genommen. Die in dem anderen der beiden Schriftsätze vom 4. Juli 1960 enthaltene Erklärung der Beklagten, der Nachweis der Handelsüblichkeit könne nur durch Einholung von Gutachten einiger Industrie- und Handelskammern geführt werden, konnte entgegen der Meinung des Revisionsbeklagten nicht so aufgefaßt werden, daß damit alle früheren Beweisangebote, einschließlich der für die Ortsüblichkeit im Hamburger

Raum gemachten, gegenstandslos geworden seien.

War mithin wenigstens für die Verhältnisse im Hamburger Raum Ausreichendes vorggetragen und unter Beweis gestellt, so hätte das Berufungsgericht zum mindesten insoweit in eine Prüfung der Ortsüblichkeit eintreten und sich darüber schlüssig werden müssen, ob die vorliegende Auskunft der Handelskammer Hamburg zur Beantwortung dieser Frage genügt oder ob die Erhebung weiterer Beweise angezeigt erschien. Auch diese Prüfung wird nachzuholen sein.

Ob es zutrifft, daß die Beklagte außer für den Raum Hamburg auch noch für zahlreiche andere Orte des Bundesgebiets das Bestehen einer örtlichen Handelsübung in substantiiierter Form behauptet und unter Beweis gestellt hatte - die Revision verweist hierfür u.a. auf die Schriftsätze vom 13. Juni 1960 S. 1, vom 4. Juli 1960 nebst Anlage, vom 10. August und 15. November 1960 und vom 20. März 1961 -, bedarf keiner näheren Erörterung, da die Beklagte im weiteren Verfahren der Tatsacheninstanz jedenfalls Gelegenheit haben wird, ihren bisherigen Vortrag, soweit erforderlich, zu ergänzen.

3. Bei der Beurteilung der Handelsüblichkeit stützt sich das Berufungsgericht auf die eingeholten Auskünfte von 14 Industrie- und Handelskammern. Daß es nur einen Teil der im Bundesgebiet bestehenden großen Zahl von Kammern berücksichtigt hat, kann aus Rechtsgründen ebensowenig beanstandet werden wie die getroffene - neben den bedeutendsten auch einige weniger bedeutende Kammerbezirke erfassende - Auswahl.

Die Rüge der Revision, bei der Würdigung der Auskünfte hätten die der Handelskammern Frankfurt und München wegen der darin gemachten Einschränkungen nicht den das Bestehen einer Handelsübung eindeutig verneinenden Stimmen zugerechnet werden dürfen, kann nicht zum Erfolg führen, denn die Darlegungen des Berufungsgerichts zu diesen beiden Auskünften

ten halten sich im Rahmen einer sachgemäßen tatrichterlichen Prüfung und sind daher mit den Mitteln der Revision nicht angreifbar.

Der weitere Angriff, mit dem sich die Revision gegen die Ablehnung des Antrags der Beklagten auf Ergänzung verschiedener Handelskammerauskünfte durch nachträgliche Befragung von Krankenanstalten wendet, verdient jedoch Beachtung. Die Auffassung des Berufungsgerichts, für die Feststellung einer Handelsübung komme es nicht auf die Ansichten von Krankenhausverwaltungen, sondern auf die Stellungnahme der berufenen Organe des Handelsstandes, nämlich der Handelskammern, an, ist in dieser allgemeinen Form nicht haltbar. Richtig ist zwar, daß bei einer Beweisaufnahme über die in einem bestimmten Geschäftszweig bestehenden geschäftlichen Gepflogenheiten die Befragung der maßgebenden Geschäftskreise selbst, hier also in erster Linie der Einzelhandelsgeschäfte für chirurgische Instrumente und für sonstigen Sanitäts- und Krankenhausbedarf, im Vordergrund stehen muß. Es ist auch durchaus denkbar, daß die so gewonnenen Erkenntnisse im Einzelfall völlig ausreichen können, um ein zuverlässiges und vollständiges Bild von den tatsächlich bestehenden Gepflogenheiten zu vermitteln, und daß deshalb eine zusätzliche Befragung der Krankenanstalten entbehrlich erscheint. Umgekehrt muß aber auch die Möglichkeit in Betracht gezogen werden, daß die Beweiskraft der Äußerungen der beteiligten Geschäftskreise Anlaß zu Zweifeln gibt; in einem solchen Falle kann es u.U. zweckmäßig, wenn nicht sogar geboten sein, zur besseren Überprüfung der aus Handelskreisen abgegebenen Äußerungen und gegebenenfalls zu ihrer Ergänzung auch noch eine Befragung der Krankenanstalten durchzuführen.

Eine solche Befragung kann daher nicht, wie es im Berufungsurteil geschehen ist, allgemein aus der Erwägung abgelehnt werden, daß es nicht auf die Ansichten der Krankenhausverwaltungen, sondern nur auf die von den Handelskammern eingeholten Auskünfte aus Handelskreisen ankommen könne. Es bedarf

hierzu vielmehr zunächst einer sorgfältigen Prüfung in der Richtung, ob und inwieweit nach dem Inhalt der vorliegenden Handelskammerauskünfte eine ergänzende Befragung der Krankenanstalten erforderlich ist. Im Streitfalle wäre dies besonders auch deshalb geboten gewesen, weil in verschiedenen Auskünften der Handelskammern (z.B. Kiel und Stuttgart) beachtliche Zweifel hinsichtlich der objektiven Richtigkeit der von den befragten Geschäftsinhabern abgegebenen Erklärungen geäußert worden waren.

- IV. Nach alledem war die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird den Sachverhalt in den angegebenen Richtungen weiter aufzuklären haben. Hierbei wird eine erneute Befragung geeigneter Fachorganisationen erforderlich sein, wobei zu erwägen sein wird, ob es sich nicht empfiehlt, das Auskunftersuchen statt an eine mehr oder weniger große Zahl von Industrie- und Handelskammern an den Industrie- und Handelstag zu richten. Die erforderliche weitere Sachaufklärung wird sich auch darauf zu erstrecken haben, wie groß die Zahl der Händler ist, die sich im Bundesgebiet mit dem Verkauf von chirurgischen Instrumenten und anderen Artikeln des Krankenhausbedarfs an Krankenanstalten und ähnliche Einrichtungen befassen, wieviele von ihnen Verwerter-
rabatte in Höhe von mehr als 3 % der angekündigten Preise gewähren und welchen Marktanteil diese Gruppe von Händlern insgesamt verkörpert.

Sollte sich im weiteren Verfahren ergeben, daß die Gewährung von Verwerterrabatten an Krankenhäuser und Krankenanstalten allgemein oder in regionalen oder örtlichen Teilbezirken gebräuchlich geworden ist, so

wird weiter zu prüfen sein, ob eine solche tatsächliche Gepflogenheit als echter Handelsbrauch angesehen werden kann oder ob sie sich als ein Mißbrauch darstellt, dem die Anerkennung versagt werden muß. Hierbei wird einerseits zu berücksichtigen sein, daß das Gesetz einen solchen Brauch, sofern es sich nicht um einen Mißbrauch handelt, ausdrücklich billigt, und daß der Gesetzgeber, wie die amtliche Begründung zu § 9 Ziff. 1 RabattG ergibt, gerade Fälle im Auge hat, die dem vorliegenden sehr ähnlich sind, nämlich u.a. die Gewährung von Preisnachlässen und Sonderpreisen an Ärzte für Arznei- oder Verbandmittel sowie an Handwerker wie Schneider, Anstreicher usw. für Arbeitsgerät und Werkstoffe. Andererseits wird aber auch untersucht werden müssen, ob die bestehende tatsächliche Gepflogenheit der beteiligten Kreise von der einhelligen inneren Zustimmung dieser Kreise getragen wird oder ob es sich ganz oder teilweise - etwa bei Rabatten, die über eine gewisse, noch als gerechtfertigt anerkannte Höhe hinausgehen - um das Ergebnis eines ungesunden Konkurrenzkampfes mit den Mitteln des sogenannten Rabattwettbewerbs handelt, das die Beteiligten zwar notgedrungen hinnehmen, aber im Grunde mißbilligen. Bei der gebotenen weiteren Sachaufklärung wird auch diesen Gesichtspunkten durch entsprechende Abfassung der Beweisfragen Rechnung zu tragen sein.

Dem Berufungsgericht war auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz zu übertragen.

Dr. Wildo Frau Bundesrichterin Pohlo
Dr. Krüger-Nieland ist
infolge Urlaubsabwesen-
heit an der Unterschrifts-
leistung verhindert.

Dr. Wildo

Ebel

Sprenkmann