

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

GG Art. 101 Abs. 1 Satz 2; GVG §§ 115, 117, 62

Es stellt keine Umgehung der aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und aus §§ 115, 117, 62 GVG sich ergebenden Grundsätze für die Besetzung von Kollegialgerichten dar, wenn ein nach diesen Grundsätzen überbesetzter Senat eines Oberlandesgerichts in zwei nicht mehr überbesetzte Senate aufgeteilt wird, von denen jeder eine eigene, von der des anderen Senats nach Sachgebieten getrennte geschäftsplanmäßige Zuständigkeit hat.

BGH, Urt. v. 15. März 1967 - Ib ZR 160/64 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib. ZR 160/64

URTEIL

Verkündet am
15. März 1967
Zug,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Lieselotte von J [REDACTED], K [REDACTED],
G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. h.c. [REDACTED] -

gegen

Firma W. M [REDACTED] GmbH, J [REDACTED]-Spirituosen-Fabrik,
W [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren geschäfts-
führenden Gesellschafter Curt M [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. März 1967 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Dr. Sprenkman und Dr. Mösl

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg, Zivilsenat 3a, vom 22. Oktober 1964 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin stellt Spirituosen, u.a. das Erzeugnis "Jägermeister" her, das sie als Markenartikel mit der Gewähr gleichbleibender oder verbesserter Güte vertreibt. Sie hat die Preise für ihre Markenartikel gebunden. Die Preisbindung ist dem Bundeskartellamt angemeldet und von ihm bestätigt worden.

Die Beklagte ist Großhändlerin für Spirituosen und Süßwaren. Sie führt auch Erzeugnisse der Klägerin. Wie alle Abnehmer der Klägerin hat sie einen Revers unterzeichnet, in dem sie sich u.a. verpflichtet hat, bei der Abgabe an Endverbraucher die Endverkaufspreise einzuhalten, welche die Klägerin in ihrer jeweils gültigen Preisliste für ihre preisgebundenen Markenwaren festgesetzt hat, und bei Abgabe an Wiederverkäufer diesen alle im Revers enthaltenen Bindungen durch schriftliche Verpflichtung aufzuerlegen. In dem vorgedruckten Revers ist für gerichtliche Auseinanderset-



zungen nach Wahl der Klagepartei neben dem allgemeinen Gerichtsstand die Zuständigkeit der Landgerichte Hamburg, Wiesbaden oder München vereinbart.

Mit der Begründung, am 10. Oktober 1961 habe der Testkäufer Wolfgang C. im Geschäftslokal der Beklagten in K., V. Straße, eine 1/1 Flasche "Jägermeister" zum Preise von 9,75 DM statt zum gebundenen Endverbraucherpreise von 12,50 DM ohne Kassenbon erhalten, hat die Klägerin am 10. November 1961 eine einstweilige Verfügung des Landgerichts Wiesbaden gegen die Beklagte erwirkt, durch die der Beklagten unter Strafandrohung verboten worden ist, die Erzeugnisse der Klägerin zu anderen als den gebundenen Preisen, insbesondere die 1/1 Flasche "Jägermeister" zum Preise von 9,75 DM anstelle des gebundenen Preises von 12,50 DM an Endverbraucher zu verkaufen. Diese einstweilige Verfügung ist durch Urteil des Landgerichts Wiesbaden vom 26. Februar 1962 aufrecht erhalten worden. Das Urteil ist rechtskräftig.

Am 6. April 1963 kaufte ein weiterer Testkäufer, Hans K., in der Filiale der Beklagten in K., G. Straße, eine 1/1 Flasche "Scharlachberg-Meisterbrand", für die ein Endverbraucherpreis von 14,50 DM vorgeschrieben war, für 11,50 DM und eine halbe Flasche "Jägermeister", für die der gebundene Preis 6,50 DM beträgt, für 5,20 DM. Die Verkäuferin Ho. fragte K., ob er einen Einkaufsausweis besitze. Auf die verneinende Antwort nahm sie Rücksprache mit der Inhaberin der Beklagten und ließ K. dann folgendes vorgedruckte Schriftstück unterzeichnen:

"Erklärung betr. Bindung des Endverkaufspreises bei Markenartikeln.

Ich erkläre hiermit der Firma Lieselotte von J., K., V. Straße, daß ich (bzw. meine

Firma) Wiederverkäufer bin, oder ein ordentliches Handelsunternehmen betreibe, oder selbständiger Vertreter bin, oder die Ware zu Ausschankzwecken benötige und daher eine Berechtigung habe, beim Großhandel einzukaufen.

Ich verpflichte mich, die Ware der preisgebundenen Markenartikel beim Wiederverkauf zu den festgesetzten Endverkaufspreisen und Bedingungen abzugeben, und zwar in der Originalpackung und nur an Endverbraucher. Ausgenommen hiervon ist die Ware, die im Ausschank verwendet wird."

K[REDACTED] unterschrieb dabei mit seinem Familiennamen und gab als Anschrift an der dafür vorgesehenen Stelle "V[REDACTED] Str. [REDACTED]" an. Anschließend wurde ihm ein vorge-druckter "Einkaufsausweis" für die "Firma K[REDACTED]" ausgestellt, die - wie es auf dem Ausweis heißt - "am 6.4.63 die vorgeschriebene Erklärung betr. Bindung des Endverkaufspreises bei Markenartikeln abgegeben" habe.

Wegen des Verkaufs an K[REDACTED] beantragte die Klägerin beim Landgericht Wiesbaden in einem dort am 10. Juni 1963 eingegangenen Schriftsatz die Festsetzung einer Strafe gegen die Beklagte. Diesen Antrag wies das Landgericht Wiesbaden mit der Begründung zurück, die Beklagte habe nicht gegen das in der einstweiligen Verfügung enthaltene Verbot verstoßen, weil K[REDACTED] sich nicht eindeutig als Endverbraucher ausgegeben, sondern durch die Unterzeichnung der oben wiedergegebenen Erklärung seine Eigenschaft als Wiederverkäufer bekundet habe, und es sich hiernach zumindest nicht ausschließen lasse, daß der Entschluß zum Unterpreisverkauf durch eine Täuschungshandlung des Testkäufers herbeigeführt worden sei.

Im vorliegenden Rechtsstreit erhebt die Klägerin gegen die Beklagte einen Unterlassungsanspruch, den sie auf die Vorfälle C[REDACTED] und K[REDACTED] stützt. Sie hat dabei geltend

gemacht, daß auch andere Hersteller von Marken-Spirituosen gegen die Beklagte wegen Unterpreisverkäufen gerichtlich vorgegangen seien. Mit der am 5. August 1963 beim Landgericht Hamburg eingereichten Klage hat sie ursprünglich beantragt:

die Beklagte unter Strafandrohung zu verurteilen, es zu unterlassen, das preisgebundene Erzeugnis der Klägerin "Jägermeister" unter den nachstehenden Festpreisen

Literflasche	DM 17,--
1/1 Flasche	DM 12,50
1/2 Flasche	DM 6,50
Taschenflasche (0,2 Ltr.)	DM 3,75
Miniaturlflasche (0,1 Ltr.)	DM 1,95

an Letztverbraucher anzubieten oder zu verkaufen, insbesondere in der Form, daß Käufer, die sich nicht durch Vorlage eines Gewerbescheines als Wiederverkäufer ausgewiesen haben oder der Beklagten als Wiederverkäufer nicht bekannt sind, bei Abgabe der Ware zu ermäßigten Preisen veranlaßt werden, mündlich oder schriftlich ihre Eigenschaft als Wiederverkäufer zu bestätigen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage erbeten und vorgetragen, mit Rücksicht auf die einstweilige Verfügung des Landgerichts Wiesbaden fehle für die Klage das Rechtsschutzbedürfnis; außerdem bestehe keine Wiederholungsgefahr. Auch sei die Preisbindung der Klägerin lückenhaft. Durch den Verkauf an K[REDACTED] sei zudem die Preisbindung nicht verletzt worden. Sie, die Beklagte, habe sich im Vertrauen auf die Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main die Eigenschaft der Käufer als Wiederverkäufer schriftlich bescheinigen lassen; so sei auch im Falle K[REDACTED] verfahren

worden; eine weitergehende Überprüfung der Käufer sei ihr nicht zuzumuten. K. [REDACTED] habe als Testkäufer den Unterpreisverkauf nur durch eine Täuschung herbeigeführt; in einem solchen Falle liege aber kein Verstoß gegen die Preisbindung vor. Zu beanstanden sei schließlich auch die lange Dauer zwischen dem Testkauf und dem Einschreiten der Klägerin; hierdurch werde dem Händler die Nachprüfung des Tatbestandes in arglistiger Weise unmöglich gemacht.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klageantrage verurteilt. Das Oberlandesgericht hat unter Berücksichtigung der inzwischen eingetretenen, von der Klägerin mitgeteilten, Preisänderungen die Berufung mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der mit "insbesondere" eingeleitete Nachsatz der Urteilsformel entfällt; es hat in dem Wegfall dieses Teils der Formel jedoch kein teilweises Unterliegen der Klägerin erblickt und daher die gesamten Kosten der Berufungsinstanz der Beklagten auferlegt.

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision erhebt zunächst die Verfahrensrüge, daß der Zivilsenat 3a des Oberlandesgerichts Hamburg, der über die Berufung entschieden hat, im maßgebenden Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung, am 8. Oktober 1964, nicht ordnungsmäßig besetzt gewesen sei (§ 551 Nr. 1 ZPO). Diese Rüge ist nicht begründet.

Dem Zivilsenat 3a gehörten in dem genannten Zeitpunkt außer einem Senatspräsidenten als Vorsitzenden drei Oberlandesgerichtsräte als ordentliche Mitglieder an. Diese Besetzung mit drei beisitzenden Richtern, also mit nur einem Beisitzer mehr, als für die Entscheidung im Einzelfalle erforderlich, läßt einen Verstoß weder gegen den Verfassungsgrundsatz des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG noch gegen sonstige gesetzliche Vorschriften erkennen. Sie hält sich vielmehr in dem durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bestimmten sachgerechten Rahmen (BVerfGE 17, 294; 18, 65; NJW 1965, 1219).

Eine Gesetzesverletzung liegt auch nicht darin, daß der Vorsitzende des Zivilsenats 3a zugleich zum Vorsitzenden des Zivilsenats 3b bestellt ist. Verfassungsrechtliche Bedenken können gegen diese Regelung nicht erhoben werden. Es entsteht daraus insbesondere keine unnötige Unbestimmtheit darüber, welche dem Zivilsenat 3a angehörnden Richter im Einzelfall zur Entscheidung berufen sind (vgl. BVerfG aaO). Durch verfahrensrechtliche Vorschriften wird die Bestellung eines Senatspräsidenten zum Vorsitzenden zweier Spruchkörper gleichfalls nicht ausgeschlossen. Weder der von der Revision herangezogenen Vorschrift des § 115 GVG noch sonstigen gerichtsverfassungsrechtlichen Vorschriften, etwa den §§ 117, 62, 122 GVG, ist etwas Gegenteiliges zu entnehmen. Eine andere Beurteilung wäre nur dann gerechtfertigt, wenn der Vorsitzende infolge seiner allgemeinen Arbeitsbelastung den Vorsitz im Zivilsenat 3a tatsächlich nicht in dem Umfange geführt hätte, der die dem Vorsitzenden obliegende Beteiligung an der Rechtsprechung des Senats sicherte (vgl. BGHZ 9, 291; 28, 338; 37, 210). Der Vorsitzende des Zivilsenats 3a hat indessen dienstlich erklärt, er habe in beiden Senaten sämtliche Geschäfte des Vorsitzenden wahrgenommen und sich nur im Verhinderungsfalle vertre-

ten lassen, der sehr selten eingetreten sei; er habe die Geschäfte gemäß §§ 69, 117 GVG ständig selbst verteilt und auch die Verhandlungstermine angesetzt; den Vorsitz in den Verhandlungen habe er mit je einer Ausnahme in jedem Senat, den Vorsitz in den zahlreichen Beschlusssitzungen fast ausnahmslos selbst wahrgenommen. Mit dieser Erklärung ist der Behauptung der Revision, der Vorsitzende sei nicht in der Lage, beide Senate in einer den Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes entsprechenden Weise zu betreuen, die Grundlage entzogen.

Die Revision irrt ferner, wenn sie einen Gesetzesverstoß daraus herleiten will, daß der von demselben Vorsitzenden geleitete ursprüngliche 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamburg, der nach ihrem Vortrag mit sechs Beisitzern besetzt gewesen sein soll und dessen Zusammensetzung in diesem Falle allerdings mit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vereinbar gewesen wäre, durch Beschluß des Präsidiums mit Wirkung vom 1. August 1964 in die beiden Senate 3a und 3b aufgeteilt worden ist. In dieser Maßnahme lag nicht, wie die Revision meint, eine "Umgehung" der maßgebenden Vorschriften. Von einer Umgehung wird gesprochen, wenn versucht wird, einen vom Gesetz mißbilligten Erfolg auf einem anderen als dem vom Gesetz ausdrücklich verbotenen Wege zu erreichen. Davon kann hier keine Rede sein, weil jeder der durch die Aufteilung des 3. Zivilsenats geschaffenen beiden Senate 3a und 3b eine eigene, von der des anderen nach Sachgebieten getrennte geschäftsplanmäßige Zuständigkeit hat. An die Stelle des früheren 3. Zivilsenats, der möglicherweise in einer gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßenden Weise überbesetzt war, sind mithin nunmehr zwei völlig selbständige Spruchkörper getreten, deren jeder den verfassungs- und verfahrensrechtlichen Erfordernissen entspricht.

Die Revision beanstandet schließlich noch, daß es an einer Bestimmung darüber fehle, in welcher Weise innerhalb des Zivilsenats 3a die einzelnen Sachen so zu verteilen seien, daß die Zuständigkeit der einzelnen Beisitzer von vorneherein für die einzelne Sache festgelegt sei. Eine solche Bestimmung wird indessen weder durch Art. 101 GG (vgl. BVerfG NJW 1965, 1219, 1222) noch durch § 115 GVG gefordert. Ob und inwieweit sie seit der Ergänzung des nach § 117 GVG auch auf die Oberlandesgerichte anzuwenden- den § 69 GVG durch das Gesetz vom 19. Dezember 1964 - BGBl I, 1067 - verlangt werden könnte, bedarf hier keiner Entscheidung, weil diese Neufassung am 8. Oktober 1964 noch nicht galt, durch die frühere Fassung des § 69 GVG aber eine Regelung, wie die Revision sie anscheinend für notwendig hält, keinesfalls vorgeschrieben war.

II. 1. In der Sache selbst ist unter den Parteien unstreitig und nach dem vorgetragenen Sachverhalt auch nicht in Zweifel zu ziehen, daß das Erzeugnis "Jägermeister" der Klägerin ein Markenartikel ist, und daß die Klägerin die Preise hierfür in kartellrechtlich wirksamer Weise gebunden hat. Das Berufungsgericht hat ferner festgestellt, daß diese Preisbindung gedanklich und praktisch lückenlos ist. Diese Feststellung wird von der Revision nicht angegriffen und begegnet auch keinen rechtlichen Bedenken.

2. Die Revision wendet sich jedoch dagegen, daß das Berufungsgericht, zumal für die Zeit nach dem Erlaß der einstweiligen Verfügung des Landgerichts Wiesbaden, ein Rechtsschutzbedürfnis für die Klage und die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr bejaht hat; namentlich ist sie der Auffassung, der Testkauf K [REDACTED] müsse in diesem Zusammenhang unberücksichtigt bleiben, weil

K. die Verkäuferin durch eine den Tatbestand des Betrugs erfüllende Täuschung veranlaßt habe, ihm die Ware zum Wiederverkäuferpreis zu überlassen.

3. Diese Angriffe der Revision können keinen Erfolg haben.

a) Der Klägerin kann das Rechtsschutzbedürfnis für die vorliegende Klage nicht deshalb abgesprochen werden, weil der Beklagten im Verfahren der einstweiligen Verfügung Unterpreisverkäufe an Endverbraucher rechtskräftig untersagt worden sind. Eine einstweilige Verfügung stellt auch dann, wenn sie auf Widerspruch des Antragsgegners aufrecht erhalten und gegen das sie aufrecht erhaltende Urteil keine Berufung eingelegt worden ist, einen nur vorläufigen Vollstreckungstitel dar, dessen Beseitigung der Antragsgegner erreichen kann, wenn er eine ihm günstige Entscheidung zur Hauptsache herbeiführt (§§ 936, 926, 927 ZPO), und deren spätere Aufhebung den Antragsteller unter den Voraussetzungen des § 945 ZPO zum Schadensersatz verpflichtet (vgl. RG GRUR 1940, 41, 43; BGH vom 16. Oktober 1962 - I ZR 161/60; BGH GRUR 1964, 274, 275 - Möbelrabatt). Zwar mögen Ausnahmefälle denkbar sein, in denen aufgrund besonderer Umstände, namentlich verbindlicher Erklärungen des Antragsgegners, der im Verfahren der einstweiligen Verfügung ergangene Titel einem endgültigen Vollstreckungstitel gleichgestellt werden kann. Dies ist in der Entscheidung RG MuW 1932, 85 für den damaligen, mit dem vorliegenden nicht vergleichbaren Sachverhalt angenommen worden, weil die Antragsgegnerin im Verfahren der einstweiligen Verfügung dort Erklärungen abgegeben hatte, aus denen gefolgert worden war, daß sie sich dem vorläufigen Titel endgültig unterwerfe. Im Streitfalle liegen indessen keine Erklärungen der Beklagten vor, aus denen die Klägerin mit hinreichender

Sicherheit den Willen zu einer solchen Unterwerfung hätte entnehmen können.

Es kommt hinzu, daß unter den Parteien streitig ist, ob der Sachverhalt, welcher der Klage zugrunde liegt, durch das im Wege der einstweiligen Verfügung erlassene Verbot in vollem Umfange erfaßt wird. Die Klägerin macht nämlich geltend, ein vertragswidriger Unterpreisverkauf sei auch dann gegeben, wenn die Beklagte bei der Abgabe preisgebundener Ware an Letztverbraucher zum niedrigeren Wiederverkäuferpreis sich wie im Falle K. damit begnüge, Käufer, die sich nicht durch Vorlage eines Gewerbeausweises als Wiederverkäufer ausgewiesen haben und der Beklagten auch nicht als Wiederverkäufer bekannt sind, zu veranlassen, ihre angebliche Eigenschaft als Wiederverkäufer mündlich oder schriftlich zu bestätigen. Diese Auffassung der Klägerin hat im Klageantrag, und zwar in dem mit "insbesondere" eingeleiteten Nachsatz ihren ausdrücklichen Niederschlag gefunden. In die Klage ist damit die im Verfahren der einstweiligen Verfügung unerörtert gebliebene Frage einbezogen, ob das von der Beklagten im Falle K. gehandhabte Verfahren den Anforderungen an eine ordnungsmäßige Prüfung der Eigenschaft des Käufers als Wiederverkäufer (oder auch als Vertreter in dem betreffenden Geschäftszweige oder als Gast- oder Schankwirt) genügt, oder ob mit einem solchen Verfahren lediglich Verstöße gegen die Preisbindung verdeckt werden, indem Verkäufen an Letztverbraucher zu Wiederverkäuferpreisen der Anschein von Verkäufen an Wiederverkäufer verliehen wird. Die Beklagte hält ihr Vorgehen bei dem Verkauf an K. für einwandfrei und ist der Ansicht, daß dabei gerade wegen der dem Käufer vorgelegten und von ihm unterzeichneten Erklärung nicht gegen die einstweilige Verfügung verstoßen worden sei. Mithin bestehen unter den Parteien Meinungsverschiedenheiten über die Tragweite

des durch die einstweilige Verfügung ausgesprochenen Verbots und damit des in Händen der Klägerin befindlichen vorläufigen Vollstreckungstitels. Bei dieser Sachlage hat die Klägerin erst recht ein schutzwürdiges Interesse daran, den neu entstandenen Streit im ordentlichen Prozeß entscheiden zu lassen.

b) Daraus, daß die Beklagte ein Verhalten wie das im Falle K [REDACTED] verteidigt, folgt ferner die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederholungsgefahr. Die Beklagte hat insbesondere ihren Standpunkt, sie sei nach dem Preisbindungsvertrag nicht verpflichtet und es sei ihr auch nicht zuzumuten, die ihr nicht als Wiederverkäufer, Schankwirte usw. bekannten Käufer zur Vorlage ihres Gewerbeausweises zu veranlassen, auch noch aufrecht erhalten, nachdem vor dem Berufungsgericht die Entscheidung des erkennenden Senats vom 3. Juni 1964 - GRUR 1964, 629 = WRP 1964, 319 - Grauer Markt - erörtert worden war. In dieser Entscheidung hatte der Senat die Auffassung der damaligen Vorinstanz gebilligt, daß ein Großhändler, der - wie die Beklagte des vorliegenden Rechtsstreits - in demselben Verkaufsraum preisgebundene Ware an Wiederverkäufer und an Letztverbraucher abgibt, im Hinblick auf die durch diese Betriebsorganisation geschaffene Möglichkeit von Mißbräuchen bei den Abnehmern, die in den Genuß des niedrigeren Wiederverkäuferpreises gelangen wollen, die Eigenschaft als Wiederverkäufer durch Einsicht in die Gewerbeausweise prüfen müsse (aaO S. 632, 633 unter 4). Die Beklagte ist dieser Auffassung entgegengetreten (Schriftsatz vom 18. September 1964 S. 3). Damit hat sie eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß sie sich für berechtigt hält, auch in Zukunft so wie bei dem Verkauf an K [REDACTED] zu verfahren. Diese ihre grundsätzliche Einstellung begründet in Verbindung mit dem beanstandeten Vorgang selbst die Wiederholungsgefahr. Ob im Betriebe der Beklag-

ten bei etwaigen späteren Überprüfungen durch Testkäufer keine Verstöße gegen die Preisbindung mehr festgestellt worden sind, ist demgegenüber unerheblich; die Revision beanstandet daher zu Unrecht, daß das Berufungsgericht diesem Umstand keine Beachtung geschenkt habe.

Ob darüber hinaus auch aus dem Unterpreisverkauf an den Testkäufer C am 10. Oktober 1961 noch eine Wiederholungsgefahr für den mit der vorliegenden Klage erhobenen Unterlassungsanspruch hätte hergeleitet werden können, kann auf sich beruhen. Das Anliegen, das die Klägerin in dem im Klageantrage enthaltenen Nachsatz zum Ausdruck gebracht hat, würde jedenfalls mit jenem Verkauf nicht begründet werden können, weil die Beklagte von C nicht, wie später von K, eine Verpflichtungserklärung für Wiederverkäufer hatte unterschreiben lassen. Hierauf kommt es indessen nicht entscheidend an; denn das Berufungsgericht hat in dem späteren Verkauf an K ohne Rechtsfehler einen neuen Verstoß gegen die Preisbindung erblickt, auf den der Unterlassungsanspruch unabhängig von dem früheren Verkauf an C gestützt werden kann.

c) Bei der Beurteilung des Verkaufs an K ist der Revision im rechtlichen Ausgangspunkt insoweit beizutreten, als ein Großhändler die aus der Preisbindung sich ergebenden Pflichten nicht verletzt, wenn er seinerseits alle zumutbaren Kontrollmaßnahmen getroffen hat, gleichwohl aber ein Letztverbraucher - was auch für einen als Letztverbraucher auftretenden Testkäufer gilt - ihm mit Erfolg vorspiegelt, Wiederverkäufer zu sein, und wenn der Großhändler infolge des hierdurch bei ihm hervorgerufenen Irrtums die preisgebundene Ware diesem Verbraucher zum Wiederverkäuferpreis überläßt. Indessen verkennt die Revision, daß es sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts

bei dem Verkauf an K[REDACTED] nicht um einen solchen Fall erfolgreicher Täuschung gehandelt hat. Das Berufungsgericht hat den Sachverhalt vielmehr in tatsächlicher Hinsicht dahin gewürdigt, daß die Verkäuferin und die von ihr befragte Inhaberin der Beklagten den Testkäufer K[REDACTED] von vorneherein für einen Letztverbraucher gehalten haben, und daß auch aus ihrer Sicht die Unterzeichnung der dem Käufer vorgelegten Erklärung über seine Eigenschaft als Wiederverkäufer ebenso wie die Aushändigung des "Einkaufsausweises" an eine "Firma K[REDACTED]" nur dazu dienen sollte, dem Verkauf an den Letztverbraucher aus Gründen der Vorsicht den Schein eines Zwischenhandelsgeschäfts zu verleihen, um einen Verstoß gegen die Preisbindung nicht offenbar werden zu lassen.

Das Berufungsgericht hat diese Würdigung auf mehrere tatsächliche Umstände gestützt. Es hat dargelegt, K[REDACTED] habe schon deshalb kein Wiederverkäufer sein können, weil er nur eine halbe Flasche "Jägermeister" gekauft habe; wenn der Beklagten auch nicht widerlegt werden könne, daß von kleineren Gastwirten eine Schnapsmarke oft nur in der Menge einer Flasche eingekauft und vorrätig gehalten werde, so erscheine es doch ausgeschlossen, daß ein Gastwirt sich zum Zwecke des Ausschanks nur eine halbe Flasche zulege. Sodann, so heißt es in dem angefochtenen Urteil, habe die Verkäuferin der Beklagten die Eigenschaft von K[REDACTED] als Wiederverkäufer nicht ernsthaft überprüft. Zur Unterzeichnung der Verpflichtungserklärung, wie sie K[REDACTED] vorgelegt worden sei, bestehe erst Anlaß, wenn der Kunde nach einer ernst zu nehmenden Belehrung angebe, Wiederverkäufer zu sein; dabei habe ein versteckter Hinweis, daß die Erklärung nur zum Schein abverlangt werde - wovon im Straffestsetzungsverfahren vor dem Landgericht Wiesbaden die Rede gewesen war -, zu unterbleiben; auch müsse nach

der Art des Gewerbebetriebs gefragt werden, in dem der Wiederverkauf stattfinden solle. Daraus, daß diese Anforderungen nicht erfüllt worden sind, die Verkäuferin vielmehr nach Rücksprache mit der Inhaberin der Beklagten den Käufer ohne weitere Aufklärung die Verpflichtungserklärung hat unterschreiben lassen, hat die Verkäuferin nach der Ansicht des Tatrichters zum Ausdruck gebracht, daß ihr an einer wahrheitsgemäßen Erklärung nicht gelegen sei, sondern daß es sich nur um eine Formalität zur Erweckung des Anscheins handele, als ob ein Verkauf an einen Wiederverkäufer stattgefunden habe. Eine weitere Bestätigung dieser Ansicht hat das Berufungsgericht darin erblickt, daß die dem Käufer vorgelegte Verpflichtungserklärung zahlreiche durch das Bindewort "oder" verbundene Fälle einer Wiederverkäuferposition aufführte, also inhaltlich unklar war und vor allem offen ließ, ob der Käufer nun Wiederverkäufer im Sinne des Einzelhandels oder selbständiger Vertreter oder Gast- bzw. Schankwirt war, obwohl unmöglich sämtliche dieser Eigenschaften auf ihn zutreffen konnten. Der Bekundung der als Zeugin vernommenen Verkäuferin, daß sie der Unterschrift des K. [REDACTED] und der Richtigkeit der abgegebenen Erklärung vertraut habe, ist das Berufungsgericht bei dieser Sachlage, aber auch wegen in der Aussage enthaltener Widersprüche nicht gefolgt.

Die hier wiedergegebenen Erwägungen des Berufungsgerichts liegen ausschließlich auf tatsächlichem Gebiet und können aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Hat danach aber die Verkäuferin der Beklagten den Testkäufer K. [REDACTED] nicht für einen Wiederverkäufer gehalten, ist sie also keiner Täuschung darüber erlegen, daß er ohne Verstoß gegen die Preisbindung zum Wiederverkäuferpreise beliefert werden dürfe, so liegt auch nicht der Tatbestand des Betrugs vor, den die Revision als erfüllt ansieht. Vielmehr

hat K■■■■■, wie das Berufungsgericht folgerichtig darlegt, lediglich eine ihm angebotene Tarnung eines Unterpreisverkaufs, ein "Versteckspiel", mitgemacht, bei dem beide Teile sich über den wirklichen Sachverhalt im klaren gewesen sind; nicht aber hat er etwa seinerseits die Verkäuferin durch falsche Vorspiegelungen zu einem Verkauf zu Wiederverkäuferpreisen veranlaßt, den sie bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht vorgenommen hätte. Damit entfallen die Folgerungen, welche die Revision aus der nach ihrer Meinung dem Testkäufer zur Last fallenden Irrtumserregung ziehen will; namentlich läßt der Fall sich nicht mit dem der Entscheidung BGHZ 8, 83 vergleichen, in dem ein Betrug des Käufers gegenüber dem Verkäufer festgestellt war.

4. Sonstige Umstände, die es der Klägerin verwehren könnten, sich der Beklagten gegenüber auf den Testkauf durch K■■■■■ zu berufen, sind nicht ersichtlich. Daß Testkäufe zur Überwachung der Lückenlosigkeit eines Preisbindungssystems notwendig und zulässig sind, entspricht ständiger Rechtsprechung. Es ist auch nicht sittenwidrig, wenn ein Testkäufer, dem der Verkäufer erkennbar nur zur Wahrung des äußeren Scheins eines Zwischenhandelsverkaufs eine Verpflichtungserklärung des hier in Rede stehenden Inhalts vorlegt, auf dieses Spiel eingeht, um zu ermitteln, wie der zur Einhaltung der gebundenen Preise verpflichtete Verkäufer sich Letztverbrauchern gegenüber verhält.

Die von der Beklagten im Rechtsstreit noch angeschnittene Frage, wie es zu beurteilen wäre, wenn das preisbindende Unternehmen nach einem durch Testkauf festgestellten Preisbindungsverstoß den gebundenen Händler durch ungebührliche Verzögerung des Einschreitens in Beweisnot bringt, bedarf im Streitfalle keiner Entscheidung; denn die Beklagte und ihre Verkäuferin haben sich zu dem tatsächlichen Ablauf

des Geschehens, der in objektiver Hinsicht weitgehend durch Urkunden belegt war, ersichtlich ohne Beeinträchtigung durch den allerdings nicht unbedenklich langen Zeitraum zwischen dem Testkauf und dem Straffestsetzungsantrag der Klägerin erklären können.

5. Die Beklagte ist nach alledem mit Recht zur Unterlassung verurteilt worden. Ihre Revision mußte deshalb zurückgewiesen werden. Die Urteilsformel des Berufungsurteils, in welche der im Klageantrage und im landgerichtlichen Urteil enthaltene, mit "insbesondere" eingeleitete Nachsatz weggelassen worden war, konnte dabei bestehen bleiben; denn die Gründe des Berufungsurteils und der vorliegenden Entscheidung ergeben mit genügender Deutlichkeit, daß und weshalb das Verhalten der Beklagten im Falle K., durch das jener Nachsatz veranlaßt war, eine Verletzung der Pflichten der Beklagten aus dem Preisbindungsvertrage darstellt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Krüger-Nieland	Jungbluth	Pehle	Bundesrichter Dr. Sprenkmann ist durch Krankheit an der Unterschrift ge- hindert. Krüger-Nieland	Mösl
----------------	-----------	-------	---	------