

73. Zum Begriff der Sperre und eines Nachteils von ähnlicher Bedeutung im Sinne des § 9 der Verordnung vom 2. November 1923 über den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen.

VI. Zivilsenat. Urt. v. 9. Januar 1928 i. S. der Rh. L.-Werke B. (Rl.) m. D. L.-Werke, A.-G. in B., u. die B. L.-Werke D. Sch. in D. (Bekl.). VI 120/27.

I. Landgericht Köln.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klägerin, die Beklagte zu 2 und vier andere Linoleumfabriken bilden seit dem 27. November 1919 die Vereinigung Deutscher Linoleumfabriken mit dem Zweck, die gemeinschaftlichen wirtschaftlichen und sozialen Interessen der Linoleumindustrie zu vertreten. Sie schlossen später auch mit englischen Linoleumfabriken eine Auslandskonvention. Am 9. März 1923 trat die Klägerin aus der Auslandskonvention aus. Am 9. September 1924 schlossen sich die fünf anderen Fabriken ohne die Klägerin zu einem neuen Verbands, dem Verbands D. L.-Fabriken in D. zusammen. Schon die Vereinigung hatte ihren Abnehmern eine „Umsatzbonifikation“ (Rabatt) gewährt, die mit der Höhe des Umsatzes stieg. Am 25. Oktober 1924 teilte der Verband seinen Abnehmern mit, daß vom 1. November ab der Großabnehmer-Rabatt für alle III-Qualitäten (bunte Qualitäten) mit Ausnahme von Druckware und abgepressten Artikeln gewährt werde. Der Rabatt wurde gestaffelt: von 40000 R.M. Jahresumsatz ab betrug er 2%, von 50000 R.M. ab $2\frac{1}{2}\%$, und so fort bis auf 100000 R.M.; von da ab betrug er 5%; zugrunde gelegt sollten die mit den vereinigten 5 Fabriken — die Klägerin gehörte dem Verband nicht an — erzielten Gesamtumsätze des vorausgegangenen Kalenderjahrs werden. Im Januar 1925 gab der Verband bekannt, daß der Großabnehmer-Rabatt auch auf Druckware und ab-

gepreßte Artikel ausgedehnt werde. Ferner teilte er seinen Abnehmern mit, daß die Klägerin am 8. September 1924 aus der Vereinigung ausgeschieden sei und daß die seit diesem Tage mit der Klägerin erfolgten Umsätze bei der Ermittlung des Großabnehmer-Rabatts nicht mehr mitberücksichtigt werden könnten. Durch Rundschreiben vom 23. Dezember 1925 erklärte der Verband, daß für 1926 der Großabnehmer-Rabatt auf Grund der Umsätze mit den Verbandsfabriken von 1925 neu ermittelt werden müsse; Bezüge von der Klägerin und von Großisten blieben wie bisher ohne Berücksichtigung.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, daß die Art dieser Rabattgewährung für sie eine Sperre oder eine Zufügung von Nachteilen von ähnlicher Bedeutung im Sinne von § 9 der Kartellverordnung vom 2. November 1923 bedeute. Sie stütze ihren Anspruch auf § 823 Abs. 2 BGB., da die von den Beklagten — den erwähnten 5 Fabriken — getroffenen Maßnahmen nicht die Einwilligung des Vorsitzenden des Kartellgerichts gefunden hätten, und auf § 826 BGB. Sie beantragte Verurteilung der Beklagten, daß sie es unterlassen sollten, ihren Abnehmern einen Sonderrabatt zu bewilligen auf Grund der Umsätze, die ausschließlich mit den Verbandsfabriken erfolgen, und daß sie der Klägerin allen Schaden zu ersetzen hätten, der ihr durch die Handlungsweise der Beklagten entstanden sei und noch entstehe. Das Landgericht wies die Klage ab. Die Klägerin legte Berufung ein. Im Laufe der Berufungsinstanz fanden zwischen den beklagten Firmen gewisse, hier nicht wesentliche Vereinigungen statt; gegen die danach jetzt noch in Betracht kommenden beiden Beklagten wiederholte die Klägerin den früheren Antrag mit der Ergänzung, daß die Beklagten mindestens 15000 RM Schadensersatz zahlen sollen. Sie stütze den Klageanspruch jetzt auch auf § 824 BGB. und auf § 1 des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb. In ersterer Beziehung beruft sie sich auf das oben erwähnte Rundschreiben, in dem den Abnehmern des Verbands mitgeteilt wurde, daß die Klägerin aus der Vereinigung ausgeschieden sei.

Die Berufung der Klägerin war erfolglos, ebenso ihre Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision greift in erster Linie die Annahme des Berufungsgerichts an, daß keine Sperre und keine Zufügung eines Nachteils von ähnlicher Bedeutung im Sinne des § 9 der Kartellverordnung vorliege; sie sagt, das Berufungsgericht fasse den Begriff zu eng und werde

deshalb dem Zweck und dem Inhalt der Verordnung nicht gerecht. Abnehmer, die nicht beim Verband, sondern bei der Klägerin kauften, schädigten sich selbst in solchem Maße, daß sie nicht konkurrenzfähig blieben; deshalb mußten sie beim Verband kaufen; das hätten die Beklagten gemußt und gewollt. Gegenüber Außenstehern, die zwar der Organisation beizutreten bereit seien, aber eine vorteilhafte Sonderstellung nicht aufgeben wollten, dürften die Mittel des Organisationszwangs nicht angewendet werden. Eine unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit liege schon dann vor, wenn eine Firma durch Sperrmaßnahmen in ihrer wirtschaftlichen Betätigung mehr eingeschränkt würde, als es nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge der Fall sei, und wenn eine derartige Einschränkung nicht durch triftige Gründe gerechtfertigt werde. Im Gutachten des Sachverständigen sei die auf Vernichtung der Klägerin gerichtete Absicht der Beklagten überzeugend nachgewiesen. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß der von den jetzigen Beklagten gewährte Großabnehmer-Rabatt eingeschränkter sei als der früher gewährte, sei unzutreffend; es sei eine Verschärfung der Sperrwirkung eingetreten.

In letzterer Beziehung hat das Berufungsgericht festgestellt, daß eine der beiden Beklagten ihren Abnehmern gemäß einem Schreiben vom 17. Dezember 1926 jetzt noch einen Großabnehmer-Rabatt von $2\frac{1}{2}\%$ bei einem Mindestumsatz von 50000 *M* und von 5% bei einem Mindestumsatz von 100000 *M* — abgesehen von irregulärer Ware — gewährt; dieser Rabatt wird nur von der einen Beklagten — den D. L.-Werken —, nicht von den B. L.-Werken gewährt, die lediglich eine Finanzgesellschaft darstellen. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß seit der Vereinigung der jetzigen Beklagten zu 1 mit den drei anderen Fabriken keine Verträge oder Beschlüsse im Sinne des § 1 der Kartellverordnung zwischen den beiden jetzigen Beklagten über die Gewährung gestaffelter Rabatte erwiesen seien, kann hiernach keinem rechtlichen Bedenken unterliegen. Daß ein Vertrag auch zwischen nur zwei gewerblichen Unternehmungen den Kartellbegriff der Verordnung erfüllen könne, ist unbedenklich anzunehmen, vgl. RGZ. Bd. 114 S. 264; in dem dort behandelten Falle standen der Klägerin zwei Unternehmungen gegenüber, die sich mit der Herstellung oder dem Vertrieb von Gegenständen der gleichen Art befaßten. Es kann also die Annahme nicht rechtlich beanstandet werden, daß auf den Tatbestand, wie er

für die Zeit seit der Vereinigung festgestellt ist, die Kartellverordnung keine Anwendung findet.

Für die vorhergehende Zeit legt das Berufungsgericht die Vorschrift des § 9 Abs. 1 RVo. — als eines Schutzgesetzes nach § 823 Abs. 2 BGB. — zugrunde, wonach auf Grund von Verträgen oder Beschlüssen der in § 1 bezeichneten Art ohne Einwilligung des Vorsitzenden des Kartellgerichts keine Sperren oder Nachteile von ähnlicher Bedeutung verhängt werden dürfen. Zunächst verneint es zutreffend das Vorliegen einer Sperre, weil der Verband Deutscher Dinoleumfabriken nicht die Anweisung erteilt habe, von der Klägerin Waren oder bestimmte Arten von Waren nicht mehr zu beziehen. Jrgendeine Aufforderung nach dieser Richtung müßte aber vorliegen, wenn eine über die Klägerin verhängte Sperre gegeben sein sollte. Es fragt sich also nur, ob ein Nachteil von ähnlicher Bedeutung vorliegt. Man wird dabei an Nachteile zu denken haben, die nicht auf völlige Ablehnung, sondern nur auf eine wesentliche Erschwerung des Geschäftsverkehrs hinauslaufen, insbesondere an verschiedene Behandlung in Preisen und Bedingungen wie in § 4 Abs. 2 RVo. Es ist für den wirtschaftlichen Erfolg unerheblich, ob beispielsweise über einen Händler die völlige Liefer Sperre verhängt wird oder ob er die Ware nur mit einem solchen Aufschlag oder zu so ungünstigen Zahlungsbedingungen erhält, daß er nicht konkurrenzfähig ist (Fah-Tschierschky Kartellverordnung S. 303; vgl. auch Hausmann-Holländer S. 42 und 88). Aber eine vom Kartell gewollte Beziehung der angeordneten Maßnahme zu der Person desjenigen, der nach der Verordnung dem Ausgesperrten gleichstehen soll, ist in jedem Falle erforderlich. Es geht nicht an, wie die Revision will, schon eine Preisunterbietung als Verhängung eines Nachteils von ähnlicher Bedeutung wie die Sperre anzusehen, wenn die Abnehmer von den niedrigeren Preisen des Verbands Gebrauch machen, um konkurrenzfähig zu bleiben. Der Umstand, daß eine Preisunterbietung auf diesem Wege Rückwirkungen auf den Geschäftsbetrieb der Klägerin und ihre wegen der Preisbildung zu treffenden Entscheidungen ausübt, kann nicht zur Feststellung eines Nachteils in dem angegebenen Sinne führen; denn sonst würde dem Kartell eines seiner wichtigsten Kampfmittel in dem Maße unterbunden werden, daß der Bestand des Kartells überhaupt in Frage gestellt würde. Es hat aber nicht in der Absicht der Kartellverordnung gelegen, das Bestehen von Kartellen

überhaupt unmöglich zu machen; sie war das Ergebnis eines Ausgleichs zwischen Auffassungen, welche die Kartelle von verschiedenen wirtschaftlichen Standpunkten aus beurteilten, und wollte nur Auswüchse des Kartellwesens, den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtfellungen, verhindern. Es kann deshalb der Behauptung der Revision nicht zugestimmt werden, daß zwar einem einzelnen gewerblichen Unternehmen, nicht aber einem Kartell eine Preisunterbietung gestattet sei, welche die Wirkung habe, daß die Abnehmer in ihrem wirtschaftlichen Interesse von dem ermäßigten Preise Gebrauch machten und infolgedessen von einem bestimmten Erzeuger keine Waren bezögen. Die Auffassung der Revision wird auch vom Schrifttum nicht geteilt, wie sich daraus ergibt, daß dort unter dem Gesichtspunkt der „Preisdifferenzierung“ — einer besonderen Form der Preisunterbietung — der „Treurabatt“ und die „Exklusivverträge“ behandelt werden. Im ersteren Falle gewährt das Kartell einen Treurabatt denjenigen Abnehmern, die sich verpflichten, ihren Bedarf ausschließlich bei den Kartellmitgliedern zu decken; im anderen Fall verpflichtet es seine Abnehmer oder Lieferer zum Unterlassen des Verkehrs mit Außenseitern, oder aber Kartelle verschiedener Wirtschaftsgruppen verpflichten sich gegenseitig zum ausschließlichen Geschäftsverkehr (vgl. auch Lukas in der Kartellrundschau 1925 S. 503). In diesen Fällen wird eine Beziehung zum Außenseiter wenigstens mittelbar insofern hergestellt, als er für die Dauer der Verträge vom Geschäftsverkehr mit den Kartellmitgliedern oder im Falle des Einzelvertrags vom Geschäftsverkehr mit dem Vertragsgegner des Kartells ausgeschlossen wird. Ob darin ein Nachteil von ähnlicher Bedeutung wie die Sperre liegen kann, braucht nicht entschieden zu werden. Denn im gegenwärtigen Falle fehlt nach den Feststellungen des Berufungsgerichts eine auch nur mittelbare Beziehung der Gewährung des Großabnehmer-Rabatts zur Stellung der Klägerin; es liegt im freien Ermessen der Abnehmer, ob und inwieweit sie im Einzelfall einen Vertrag mit den Kartellmitgliedern oder mit der Klägerin schließen wollen. Wählen sie das erstere, so kann man nicht sagen, daß das Kartell einen Nachteil von ähnlicher Bedeutung wie die Sperre über die Klägerin verhängt hätte. Die eigentliche „Umjähbonifikation“, d. h. die Vergütung für Abnahme einer bestimmten Warenmenge bei einer im übrigen freien Bezugsmöglichkeit, ist ihrem Wesen nach nicht als „Exklusiv-

Klausel“ aufzufassen (Lehnick-Fischer Kartellgesetz S. 110, 111). Zur „Exklusivklausel“ wird sie erst, wenn ihre Gewährung nicht nur von der Höhe des Absatzes, sondern gleichzeitig auch davon abhängig gemacht wird, daß der Abnehmer oder Lieferant sich zum Bezug seines gesamten Warenbedarfs verpflichten muß (vgl. noch Friedländer Kartellauffbes. S. 89; RÖ. LZ. 1922 Sp. 584).

Im vorliegenden Falle hat das Berufungsgericht weiter festgestellt, daß es der Klägerin freigestanden hätte, in der Vereinigung zu bleiben und später auch dem Verband anzugehören, wenn sie ihre Preisunterbietungen im Ausland und die Sonderstellung, die sie nach ihrem Austritt aus der Auslandskonvention beanspruchte, hätte aufgeben wollen, daß sie aber bisher dazu nicht bereit gewesen sei; offensichtlich wolle die Klägerin ihre Sonderstellung nicht aufgeben, weil sie durch ihren vertikalen Aufbau, nämlich die Verbindung mit ihrer Ölmühle und ihrer Futeweberei, besondere Vorteile beim Verkauf nach dem Ausland habe. Die Darstellung der Revision über die Bereitwilligkeit der Klägerin, dem Verband beizutreten, steht damit nicht im Einklang. Die Klägerin wollte nach der Feststellung des Berufungsgerichts die Vorteile, die sie aus der Eigenart ihres Betriebs zieht, behalten und nur unter dieser Bedingung dem Verband angehören, um daneben die durch den Geschäftsbetrieb dieses Verbands zu erzielenden Vorteile mitzugenießen. Der Berufungsrichter nimmt rechtlich bedenkenfrei an, die Klägerin könne die Wirkungen des Großabnehmer-Rabatts dadurch einigermaßen ausgleichen, daß sie ihrerseits entsprechenden Rabatt gewähre, selbst wenn sie höhere Rabatte bewilligen müßte, um die Kunden ebenso zu stellen, wie wenn sie ihren Gesamtbedarf beim Verband deckten. Er stützt auch auf diese, nach den früher erörterten Feststellungen nicht mehr entscheidend in Betracht kommende Erwägung die Annahme, daß es sich lediglich um einen Preiskampf handle.

Da die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 KVo. nach den angegebenen Richtungen nicht vorliegen, bedarf es keiner Stellungnahme zu der Frage, ob § 9 überhaupt nur Maßnahmen des inneren Organisationszwangs erfassen will oder auch solche des äußeren Kartellzwangs, wie die überwiegende Meinung im Schrifttum und in der Rechtsprechung annimmt (vgl. u. a. Flach-Tschierschky S. 297, Friedländer S. 155). . . .