

- Neue Juristische Wochenschrift
- 1976
- Heft 18
- Rechtsprechung
- Ordentliche Gerichte
- Zivilrecht
- BGH
- BGH: Liefersperre als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot - Rossignol

#### Titel

#### Fundstelle

BGH: Liefersperre als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot - Rossignol NJW 1976, 801

# Liefersperre als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot - Rossignol

GWB §§ 26 II 1 u. 2, 35

1. Für die Beurteilung, ob ein Handelsunternehmen von einem Lieferunternehmen in der Weise abhängig ist, daß eine ausreichende und zumutbare Möglichkeit, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht besteht, ist in erster Linie Ansehen und Geltung der Ware des Lieferunternehmens auf dem Markt maßgebend.

2. Zur Frage, unter welchen Umständen eine Lieferverweigerung sachlich gerechtfertigt ist.

BGH, Urteil vom 20. 11. 1975 - KZR 1/75 (München)

## Zum Sachverhalt:

Die Kl. ist in Deutschland alleiniger Lieferant von *Rossignol*-Skiern. Die Bekl. betreibt ein bedeutendes Sportfachgeschäft in Oberbayern. Die Parteien standen seit mehreren Jahren miteinander in Geschäftsbeziehungen. Von dem Gesamtumsatz der Bekl. (in Skiern) in der Saison 1972/73 in Höhe von 3 Millionen DM entfielen auf den Umsatz von *Rossignol*-Skiern 100 000 DM. Am 4. 10. 1973 bestellte die Bekl. bei der Kl. 478 Paar *Rossignol*-Skier. Die Kl. lehnte das Angebot ab und teilte der Bekl. mit, daß sie sie auch nach Ende der Preisbindung nicht mit Skiern beliefern werde.

Die Klage auf Feststellung, daß die Kl. zur Annahme des Auftrages vom 4. 10. 1973 und etwaiger künftiger Aufträge der Bekl. nicht verpflichtet sei, hat das *LG* abgewiesen. Das *OLG* hat nach einer entsprechenden Änderung des Klageantrages festgestellt, daß der Bekl. wegen der Nichtannahme des Auftrages vom 4. 10. 1973 keine Ansprüche gegen die Klägerin zustehen und daß die Kl. nicht verpflichtet ist, etwaige künftige Aufträge der Bekl. auf Lieferung von Skiern anzunehmen. Die Revision hatte im wesentlichen Erfolg.

## Aus den Gründen:

A. *Feststellungsantrag betreffend die Bestellung vom 4. 10. 1973.* Die Kl. ist der Bekl. gem. § 35 I 1 GWB zum Ersatz eines entstandenen Schadens verpflichtet, wenn sie mit der



BGH: Liefersperre als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot - *Rossignol* (NJW 1976, 801)

Weigerung, die Bekl. auf deren Bestellung vom 4. 10. 1973 zu beliefern, vorsätzlich oder fahrlässig gegen ein den Schutz der Bekl. bezweckendes Gesetz verstoßen hat. § 26 II GWB verbietet den dort genannten Unternehmen, ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, unbillig zu behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich zu behandeln. Diese Vorschrift bezweckt den Schutz des einzelnen Unternehmens (BGHZ 36, 91 [100] = NJW 1962, 196 - Gummistrümpfe). Ein schuldhafter Verstoß gegen diese Bestimmung verpflichtet gem. § 35 I 1 GWB zum Schadensersatz.

I. 1. § 26 II 1 GWB unterwirft preisbindende Unternehmen dem Diskriminierungsverbot.

Die Preise der Kl. für *Rossignol*-Skier waren zur Zeit der Bestellung vom 4. 10. 1973 gebunden. Zwar war bereits mit dem Inkrafttreten des zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 3. 8. 1973 (BGBl I, 917; im folgenden: Zweites Änderungsgesetz) am 5. 8. 1973 die Möglichkeit, Preise von Markenwaren zu binden, weggefallen (§ 16 GWB i.d.F. des Zweiten Änderungsgesetzes). Vor dem 5. 8. 1973 bei dem Bundeskartellamt nach § 16 GWB angemeldete Preisbindungen blieben jedoch bestehen und wurden erst mit Ablauf des, 31. 12. 1973 unwirksam (Art. 4 II Zweites Änderungsgesetz). Als preisbindendes Unternehmen wäre die Kl. daher an und für sich bis zum 31. 12. 1973 Normadressat des § 26 II 1 GWB gewesen. Unstreitig war jedoch die Preisbindung der Kl. für die von ihr vertriebenen Markenskiier *Rossignol* im zweiten Halbjahr 1973 zusammengebrochen. Eine erneute Durchsetzung der Preisbindung kam nicht mehr in Betracht. Andererseits war eine Aufhebung der Preisbindung nach § 17 GWB durch die Kartellbehörde vor dem 31. 12. 1973 kaum noch zu erreichen. Unter diesen Umständen könnten Bedenken bestehen, die Kl. allein auf Grund der im Zeitpunkt der Bestellung vom 4. 10. 1973 lediglich noch formell fortbestehenden und nicht wiederherstellbaren Preisbindung zur Gleichbehandlung ihrer Abnehmer zu verpflichten. Die Frage braucht hier jedoch aus den nachstehenden Gründen nicht entschieden zu werden.

2. Das Zweite Änderungsgesetz hat das Diskriminierungsverbot des § 26 II 1 GWB auf Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen ausgedehnt, soweit von ihnen Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise abhängig sind, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Für den Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist entscheidend, was unter einer „ausreichenden und zumutbaren Möglichkeit, auf andere Unternehmen auszuweichen“ zu verstehen ist und wann eine Abhängigkeit in der genannten Weise besteht.

a) Eine Auslegung dieser gesetzlichen Bestimmung allein nach dem Wortlaut führt zu keinem eindeutigen Ergebnis (vgl. hierzu unter anderem: *Baur*, in: *Schwerpunkte des KartellR* 1973/74, *FIW*-Schriftenreihe, H. 71, S. 45 ff., 56 ff.; *Benisch*, in: *Auslegungsfragen zur zweiten GWB-Novelle*, *FIW*-Schriftenreihe, H. 66, S. 128; *Fischotter*, *WuW* 1974, 391 ff.; *Hefermehl*, *GRUR* 1975, 279; *Sack*, *GRUR* 1975, 511 ff.; *Ulmer*, *BB* 1975, 666).

b) Eine Auslegung unter Berücksichtigung des mit § 26 II 2 GWB verfolgten Zwecks führt zu folgendem Ergebnis:

aa) Durch die Erweiterung des Adressatenkreises des Diskriminierungsverbots sollen über den Kreis der in § 26 II 1 GWB genannten Unternehmen hinaus Störungen des freien Wettbewerbs durch andere marktstarke Unternehmen verhindert werden, soweit die Störungen durch einen Mißbrauch der wirtschaftlichen Macht hervorgerufen werden. Ein Unternehmen kann, auch wenn es nicht marktbeherrschend ist, eine so starke Stellung auf dem Markt einnehmen, daß von ihm Störungen des Marktgeschehens, wie sie durch § 26 II GWB bekämpft werden sollen, ausgehen können (BGHZ 49, 90 [96] = NJW 1968, 400 - Jägermeister). Gefahren dieser Art hat der Gesetzgeber von vornherein in pauschalierender Betrachtungsweise bei preisbindenden Unternehmen gesehen und diese daher dem Diskriminierungsverbot unterworfen. Mit dem neu hinzugefügten Satz 2 sollen zusätzlich Unternehmen erfaßt werden, die zwar nicht marktbeherrschend sind, deren wirtschaftliche Stellung im Einzelfall gegenüber einem Unternehmen aber so stark ist, daß ihre Maßnahmen dieselben Auswirkungen für abhängige Unternehmen haben, als wenn sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen ausgingen. Ihnen wird daher dieselbe Einschränkung in der Freiheit der Vertragsgestaltung auferlegt.

bb) Daß § 26 II 2 GWB diesem Zweck dient, wird auch durch die Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift bestätigt. Bereits in der Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wurden die Vorschriften über wettbewerbsbeschränkendes und diskriminierendes Verhalten (§§ 23-26 des Entw.) damit gerechtfertigt, daß, wer, aus welchen Gründen auch immer, einen beherrschenden Einfluß auf den Markt auszuüben vermag, diese Macht nicht mißbrauchen dürfe (BT-Dr II/1158, abgedr. bei Müller=Henneberg-Schwartz, GWB, 1. Aufl., S. 1068). § 26 II GWB i.d.F. v. 27. 7. 1957 (BGBl I, 1081) erfaßte jedoch nicht alle Unternehmen, von denen aufgrund ihrer wirtschaftlich starken Stellung eine Störung des Marktgeschehens durch Diskriminierung ausgehen konnte. Deshalb wurden seit Mitte der sechziger Jahre wiederholt Bestrebungen laut, den Anwendungsbereich der Mißbrauchsaufsicht und des Diskriminierungsverbots zu erweitern. In den Stellungnahmen der Bundesregierung zu den Tätigkeitsberichten des Bundeskartellamtes ist dies zum Ausdruck gekommen (vgl. BT-Dr V/530, S. 4; V/2841, S. 3). Dementsprechend sah der Regierungsentwurf vom 15. 10. 1968 vor, § 22 I GWB dahin zu ergänzen, daß ein Unternehmen marktbeherrschend sei, soweit Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen in der Weise von ihm abhängig seien, daß ausreichende Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Im weiteren Verlauf der Vorbereitungsarbeiten wurde davon abgesehen, den Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens in dem genannten Sinne zu erweitern; statt dessen wurde der Kreis der Normadressaten des § 26 II GWB entsprechend ausgedehnt (vgl. dazu Benisch, WuW 1971, 887).

cc) Die Abhängigkeit des Unternehmens muß in der Weise gegeben sein, daß ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht bestehen. Ob eine ausreichende Ausweichmöglichkeit im Sinne dieser Vorschrift vorhanden ist, beurteilt sich vor allem nach objektiven Merkmalen, nämlich danach, welche Möglichkeiten auf dem relevanten Markt vorhanden sind, von der Ware des diskriminierenden Unternehmens auf Waren anderer Unternehmen auszuweichen. Nicht jede vorhandene Ausweichmöglichkeit ist eine ausreichende i.S. des § 26 II 2 GWB. Ist ein Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt oder hat es eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung, so ist es marktbeherrschend (§ 22 I Nr. 1, 2 GWB) und unterliegt als solches bereits dem

Diskriminierungsverbot des § 26 II 1 GWB. Nur wenn das Unternehmen einem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist und keine überragende Marktstellung hat, kommt die Anwendung des § 26 II 2 GWB in Betracht. Ein wesentlicher Wettbewerb der Anbieter kann daher nicht mit einer ausreichenden Möglichkeit, auf andere als das diskriminierende Unternehmen auszuweichen, gleichgesetzt werden. Auch die Zahl der Unternehmen, die gleichartige Ware vertreiben, ist - jedenfalls für sich allein - nicht entscheidend. Maßgebend ist in erster Linie die Geltung und das Ansehen der Ware des Unternehmens auf dem Markt. Nach ihr richtet sich, ob ausreichende Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen. Die Bedeutung einer Ware in diesem Sinne wird - neben dem Preis - vorwiegend durch die Qualität der Ware und die Werbung des Unternehmens bestimmt. Sie beeinflussen wesentlich die Nachfrage. Insbesondere die Werbung eines Unternehmens kann einem Markenartikel auf dem Markt eine Stellung verschaffen, daß er von den Abnehmern als mit anderen nicht austauschbar angesehen wird.

3. Diese sich aus dem Zweck des § 26 II 2 GWB ergebenden Gesichtspunkte hat das BerGer. nicht hinreichend beachtet.

a) Es hat festgestellt, bei *Rossignol*-Skiern handle es sich um weltbekannte Markenski. Sie seien dem Publikum aus der umfangreichen Werbung und aus den mit ihnen erzielten Rennerfolgen als bedeutende Skier bekannt. In der Bundesrepublik betrage der Marktanteil 8%. Wegen der Gewohnheit eines Teils der Skifahrer, von der gewünschten Skimarke nur ungern zu lassen, sei es für den Verkäufer schwierig, dem Interessenten für *Rossignol*-Skier einen Ski anderer Herkunft zu verkaufen.

b) Das BerGer. hält ein Ausweichen auf andere Marken für zumutbar, weil die Marken *Fischer (Kästle), Kneissl, Atomic, Blizzard, Dynamic, Erbacher, Sohler, K 2, Head* und *Fritzmeier* im Absatzgebiet der Bekl. (Oberbayern) dem *Rossignol*-Skier gleichwertig seien und von der Bekl. bezogen werden könnten. Diese Begründung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

803



BGH: Liefersperre als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot - *Rossignol*(NJW 1976, 801)

Für die Frage der Abhängigkeit i.S. des § 26 II 2 GWB kommt es nicht allein auf die Zahl der Unternehmen an, auf die der Abnehmer ausweichen kann. Entscheidend ist vielmehr, ob die Marke *Rossignol* - vor allem mit Rücksicht auf die Werbung und ihre Rennerfolge - für Sportfachgeschäfte im Absatzgebiet Oberbayern eine solche Bedeutung erlangt hat, daß diese, um weiterhin den Rang eines allgemein anerkannten Sportfachgeschäfts in Anspruch nehmen zu können, darauf angewiesen sind, diese Marken in ihrem Sortiment zu führen, und aus diesem Grunde vorhandene Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen, nicht als ausreichend und zumutbar angesehen werden können. Diese Frage ist bei Zugrundelegung der o.a. Feststellungen des BerGer. zu bejahen. Das BerGer. führt zur Begründung seines gegenteiligen Schlusses an, in Oberbayern führten eine Reihe von Sportfachgeschäften die von ihm als „gleichwertig“ erachteten Marken *Atomic, Dynamic* und *Head* nicht; das zeige, daß Sportfachgeschäfte nicht alle Skimarken in ihrem Verkaufsprogramm haben müßten. Dies mag zutreffen. Daraus ergibt sich jedoch nicht, daß dies auch für die Marke *Rossignol* gilt. Ihr kommt nämlich eine Sonderstellung zu: Nach den Feststellungen des BerGer. ist davon

auszugehen, daß alle bedeutenden Sport-(Ski-)Fachgeschäfte in Oberbayern jedenfalls mit *Rossignol*-Skiern beliefert werden und dieser Marke demgemäß im Vergleich zu den übrigen in diesem Zusammenhang vom BerGer. angeführten Marken eine besondere Bedeutung zukommt. Unter diesen Umständen hätte es der Anführung besonderer Tatsachen bedurft, weshalb einem Verzicht auf die Marke *Rossignol* dennoch nicht die angeführte Bedeutung zukommen kann, d.h., daß das Fehlen von *Rossignol*-Skiern im Angebot nicht zu einem Verlust von Ansehen des Sportfachgeschäfts und nicht zu einer gewichtigen Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit führt. Da in dieser Hinsicht Besonderheiten weder vorgetragen noch sonst ersichtlich sind, fehlen alle Voraussetzungen, um die Bekl., bei der es sich unstreitig um ein bedeutendes Sportfachgeschäft handelt, unter dem Gesichtspunkt des § 26 II 2 GWB auf andere Markenskiier zu verweisen.

Aus der Tatsache, daß die Bekl. in der Saison 1972/73 bei einem Gesamtumsatz (in Skiern) von 3 Mio DM nur für 100 000 DM *Rossignol*-Skier abgesetzt hat, kann nichts gegen die dargelegte Abhängigkeit entnommen werden. Dem BerGer. mag zuzustimmen sein, daß dieser Umstand nicht ausreicht, um eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit und eine Abhängigkeit i.S. des § 26 II 2 GWB zu bejahen; denn nicht jeder Nachteil, der einem Wiederverkäufer aus einer Liefersperre droht, begründet die Anwendung dieser Vorschrift. Der von einem Fachgeschäft in der Vergangenheit erzielte Umsatz kann jedenfalls nichts darüber aussagen, welchen Einfluß das Fehlen einer weltbekannten Marke in seinem Sortiment auf die künftige Entwicklung seines Unternehmens hat. Insbesondere kann daraus nicht geschlossen werden, daß das Fachgeschäft nicht an Ansehen und Anziehungskraft verliert mit der Folge, daß Kunden abwandern und potentielle Kunden ausbleiben.

II. Nach dem Vorbringen der Parteien und den darauf beruhenden Feststellungen des BerGer. erfüllt die Weigerung der Kl., die Bestellung vom 4. 10. 1973 anzunehmen und die Bekl. entsprechend der Bestellung zu beliefern, auch den Tatbestand des § 26 II 1 GWB.

1. Daß die Kl. durch die Liefersperre die Bekl. in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, behindert oder gegenüber gleichartigen Unternehmen unterschiedlich behandelt, folgt schon daraus, daß es sich bei der Bekl. um ein bedeutendes Sport-(insbesondere Ski-)Fachgeschäft handelt und die Kl. auf dem hier ausschlaggebenden oberbayerischen Skimarkt ihre - gleichartigen - Konkurrenzunternehmen beliefert. Die Parteien streiten letztlich auch allein darüber, ob die Lieferverweigerung ohne sachlich gerechtfertigten Grund erfolgt ist bzw. unbillig war ...

2. Nach der ständigen Rechtsprechung des *Senats* kommt es für die Tatbestandsmerkmale „unbillige Behinderung“ und „sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung“ auf eine Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes an (*BGH*, NJW 1974, 2236; *BGHZ* 52, 65 [71] = NJW 1969, 1716 - Sportartikelmesse; *BGHZ* 38, 90 [102] = NJW 1963, 293). Entscheidend ist hierbei, ob die unterschiedliche Behandlung nach dem Vortrag der insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Kl. (vgl. *BGH*, NJW 1972, 486 = LM § 26 GWB Nr. 20 m.w. Nachw.) durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist ...

Soweit die Kl. die Ablehnung des Auftrags der Bekl. mit der Begründung zu rechtfertigen sucht, bei der Bekl. handle es sich um ein „Niedrigstpreisgeschäft“, setzt sie sich - soweit der Verkauf von Skiern in Frage steht - in Widerspruch zu ihrem Vorbringen, die Bekl. habe ihre Skier als „Lockvogel“ benutzt, im übrigen aber ihr Angebot „normal“ kalkuliert (Januar 1974: ca 50%). Davon abgesehen ist darin auch deshalb kein sachlicher Grund für den Ausschluß von der Belieferung zu sehen, weil der Wiederverkäufer nicht preisgebundener Waren in der

Gestaltung seiner Verkaufspreise frei ist und - über eine unverbindliche Preisempfehlung hinausgehende - Einflußnahmen des Herstellers unzulässig sind. Das Verbot der Preisbindung würde mißachtet, wenn dem Hersteller gestattet würde, nur solche Abnehmer zu beliefern, die die Wiederverkaufspreise seinen Vorstellungen entsprechend gestalten.

III. Daß die Kl. schuldhaft - fahrlässig - gegen das Diskriminierungsverbot des § 26 II GWB verstoßen hat, folgt daraus, daß sie bei der gebotenen Prüfung hätte erkennen können, daß im Oktober 1973 keine Gründe zur Lieferverweigerung vorlagen. Da damit ein Schadensersatzanspruch nach §§ 35, 26 II GWB, §§ 249 ff. BGB besteht, ist der Antrag der Kl. festzustellen, daß der Bekl. wegen der Nichtannahme des Auftrags vom 4. 10. 1973 zur Lieferung von 478 Paar Skiern keine Ansprüche gegen die Kl. zustehen, unbegründet und demgemäß die Klage insoweit abzuweisen.

*B. Feststellungsantrag betreffend Bestellungen zwischen Klageerhebung und letzter mündlicher Tatsachenverhandlung.*

... 2. Soweit die Kl. die Feststellung begehrt, daß sie nicht verpflichtet war, in der Zeit zwischen Erhebung der Klage (2. 1. 1974) und letzter mündlicher Tatsachenverhandlung vor dem BerGer. (26. 9. 1974) Aufträge der Bekl. auf Lieferung von *Rossignol*-Skiern anzunehmen, ist die Klage zulässig. Die Bekl. hat im Laufe des Rechtsstreits wiederholt ihr Verlangen zum Ausdruck gebracht, von der Kl. beliefert zu werden. Die Kl. hat dies von vornherein abgelehnt und diesen Standpunkt während des Prozesses aufrechterhalten. Bei dieser Sachlage kommen Schadensersatzansprüche der Bekl. in Betracht, ohne daß es einer vorhergehenden ausdrücklichen Bestellung bedarf. Die Kl. hat deshalb auch ein rechtliches Interesse an der Feststellung, daß in diesem Zeitraum keine Lieferverpflichtung bestand.

3. Die Revision kann insoweit im wesentlichen auch sachlich keinen Erfolg haben. Aus den Ausführungen unter A I 3 ergibt sich zwar, daß die Bekl. auch im Jahre 1974 von der Kl. in der Weise abhängig war, daß keine ausreichende und zumutbare Möglichkeit bestand, auf andere Unternehmen auszuweichen. Das angefochtene Urteil ist gleichwohl für die Zeit vom 1. 2. 1974 bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem BerGer. (26. 9. 1974) zu bestätigen, weil in dieser Zeit durch das Verhalten der Kl. keines der in § 26 II 1 GWB genannten Tatbestandsmerkmale erfüllt wurde. Es lag weder eine unbillige Behinderung der Bekl. vor noch erfolgte die unterschiedliche Behandlung ohne sachlich gerechtfertigten Grund. Nach den Feststellungen des BerGer. hat die Bekl. im Januar 1974 *Rossignol*-Skier mit einer Gewinnspanne zwischen 5 und 6% verkauft, ihr übriges Angebot aber durchaus „normal“ (d.h. mit etwa 50% Aufschlag) kalkuliert. Außerdem hat sie im Juli 1974 den *Rossignol*-Ski *Concorde* unter ihrem Einstandspreis abgegeben. Schließlich hat ihr Inhaber in dieser Zeit gegenüber Dritten geäußert, bisher habe er sich gegenüber den *Rossignol*-Preisen noch zurückgehalten, man werde sich aber überzeugen können, daß diese Preise „kaputt“ gemacht würden.

Die nach § 26 II 1 GWB erforderliche Abwägung zwischen den Interessen des Verbotsunterworfenen und des Behinderten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes fällt hier zugunsten der Kl. aus. Das Verhalten der Bekl. überschreitet den Rahmen dessen, was als Reaktion auf die rechtswidrige Sperre der Kl. im Oktober 1973 noch als vertretbar angesehen werden könnte. Sie hat es auch nach den in den Schriftsätzen der Kl. enthaltenen wiederholten Abmahnungen fortgesetzt. Selbst wenn man mit der Bekl. unterstellt, daß das Hauptinteresse der Kl. dahin ging, die Bekl. von der Belieferung mit *Rossignol*-Skiern auszuschließen, so ist doch unter Berücksichtigung der gegebenen konkreten Umstände, unter denen die Bekl. angedrohte,

geschäftsschädigende Maßnahmen gegenüber der Kl. zu verfolgen, die Ablehnung einer Belieferung in der Zeit zwischen dem Beginn des genannten Preisverhaltens (mangels eines genauen Datums im Januar ist der Zeitpunkt auf den 1. 2. 1974 festzusetzen) und dem Tag der letzten mündlichen Verhandlung vor dem BerGer. (26. 9. 1974) sachlich gerechtfertigt und nicht unbillig i.S. des § 26 II 1 GWB. Für die zwischen Klageerhebung und dem 1. 2. 1974 liegende Zeit läßt sich dagegen die Lieferverweigerung der Kl. aus den unter A II genannten Gründen nicht rechtfertigen.

804



BGH: Liefersperre als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot - Rossignol(NJW 1976, 801)

Insoweit ist das Berufungsurteil daher aufzuheben und das erstinstanzliche Urteil wiederherzustellen.

C. Soweit die Kl. die Feststellung begehrt, sie sei nicht verpflichtet, „etwaige zukünftige Aufträge der Bekl. auf Lieferung von Skiern anzunehmen“, ist die Klage auf die Klärung eines zukünftigen hypothetischen Schuldverhältnisses gerichtet und deshalb unzulässig. Die Kl. begehrt insoweit nicht die Feststellung, daß gegenwärtig ein Rechtsverhältnis zwischen ihr und der Bekl., aus dem sich ein Lieferanspruch ergeben könnte, nicht besteht. Ihr Antrag hat auch nicht die Feststellung eines bedingten oder betagten Rechtsverhältnisses, bei dem nur das bedingende Ereignis noch aussteht, zum Gegenstand. Sie will vielmehr festgestellt haben, daß, falls die Bekl. künftig Skier bei ihr bestellen sollte, sie - die Kl. - eine solche Bestellung ablehnen dürfe, d.h., daß darin kein zum Schadensersatz verpflichtender Gesetzesverstoß liegen würde. Es ist jedoch nicht möglich, aus dem von der Kl. unterbreiteten Sachverhalt, der zu einem wesentlichen Teil ungewiß ist und in der Zukunft liegt, schon jetzt die begehrte Rechtsfolge abzuleiten. Die Beurteilung, ob künftig eine Lieferverpflichtung besteht, hängt nach den hier in Betracht kommenden Bestimmungen der §§ 26 II GWB, 826 BGB, 1 UWG entscheidend von einer Vielzahl gegenwärtig noch nicht überschaubarer Umstände ab, insbesondere von den in der Zukunft liegenden allgemeinen Marktverhältnissen, von der dann gegebenen Marktstellung der beiden Parteien, der Art des Vertriebswegs der Kl. und nicht zuletzt auch von dem geschäftlichen Gebaren und der weiteren Entwicklung und Gestaltung des Unternehmens der Bekl.

Ein Feststellungsbegehren der hier vorliegenden Art ist nach alledem der richterlichen Entscheidung nicht zugänglich; es kann insbesondere nicht der Klage auf Unterlassung eines zu besorgenden rechtswidrigen Verhaltens gleichgesetzt werden (vgl. hierzu auch *BGH*, NJW 1960, 672 L = LM § 1004 BGB Nr. 49).

N.

## **Anm. d. Schriftltg.:**

Eine Analyse der Neufassung des § 26 II GWB gibt *Ewald*, BB 1973, 1181. Vgl. hierzu ferner *Axster-Reimann*, WRP 1974, 469; *Möhring*, Betr 1974, 223; *KG*, WuW 1975, 282.



