



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 13/00

Verkündet am:
11. Dezember 2001
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Sabet/Massa

GWB § 34 Fassung: 20. Februar 1990; GWB § 18 Abs. 1 Nr. 2 Fassung:
20. Februar 1990

Ausschließlichkeitsbindungen im Sinne des § 18 GWB a.F. unterfallen dann nicht dem Schriftformerfordernis nach § 34 GWB a.F., wenn sie sich aus dem Sinn und Zweck des Vertrages oder aus Treu und Glauben ergeben (im Anschluß an BGHZ 84, 125, 127 - Selbstklebeetiketten).

BGH, Urt. v. 11. Dezember 2001 - KZR 13/00 - OLG Koblenz

LG Mainz

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. Dezember 2001 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofes Prof. Dr. Hirsch, den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis und die Richter Prof. Dr. Goette, Ball und Dr. Raum

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 23. Juni 2000 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin handelt mit handgeknüpften Orientteppichen. Die Beklagte betreibt als Tochterunternehmen des Metro-Konzerns SB-Märkte und Einrichtungshäuser in allen Teilen Deutschlands.

Zwischen der Klägerin und dem Metro-Konzern bzw. seinen Einkaufsanschlußbetrieben (im folgenden: EKA) bestand von 1988 an eine Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Orientteppichhandels. In diesem Rahmen haben die Klägerin und die Metro International AG (im folgenden: MIAG) am 6. Juli 1988 einen Rahmenvertrag abgeschlossen. Danach übernahm die MIAG die Zentralregulierung hinsichtlich des Inkasso für die an die EKA gelieferte Ware sowie eine Delkrederehaftung für die Bezahlung der Warenlieferungen. Hierfür sollte sie gemäß Ziff. 6 des Vertrags von der Klägerin eine Vergütung von 1,5 % des jeweils zu zahlenden Rechnungsbetrags erhalten und diesen bei Inkasso/Regulierung der Rechnungen abziehen dürfen.

Am 28. März 1991 schloß die Klägerin mit der Metro International GmbH & Co. KG (im folgenden: MIKG), diese handelnd zugleich im eigenen Namen wie auch im Namen ihrer EKA und deren Niederlassungen, d.h. der Beklagten, einen Rahmenvertrag über den kommissionsweisen Verkauf von Orientteppichen in den Möbelmärkten der Beklagten. Darin übernahm die Beklagte gegen Zahlung einer umsatzabhängigen Provision die Verpflichtung, eine angemessene Verkaufsfläche für die von der Klägerin angelieferten Teppiche zur Verfügung zu stellen und den Kaufpreis von Kunden einzuziehen. Die Klägerin sollte pro Niederlassung mindestens einen Verkäufer stellen bzw. vorhandenes Personal der Beklagten übernehmen und mindestens sechsmal pro Jahr und Niederlassung eine Werbung auf eigene Kosten durchführen.

Unter inhaltlicher Bezugnahme auf Ausschließlichkeitsbindungen, die die Klägerin und die MIKG bereits in einer am 11. Mai 1988 geschlossenen Rahmenvereinbarung festgelegt hatten, vereinbarten nun auch die Parteien Kundenschutz zugunsten der Beklagten und - im Gegenzug - Lieferanten-

schutz zugunsten der Klägerin. Für den Fall vertragswidriger Direktverkäufe durch die Klägerin wurde vorgesehen, daß diese neben einer Vertragsstrafe die vereinbarte Provision zu zahlen hatte.

Nach dem 1. Januar 1994 setzten die Parteien - ohne weitere schriftliche Vereinbarung - den Vertrag fort und bezogen weitere Niederlassungen der Beklagten ein, nachdem die Klägerin für diese Niederlassungen das ihr nach dem Kommissionsvertrag vom 28. März 1991 zugebilligte "Eintrittsvorrecht" ausgeübt hatte.

In einem der im Kommissionsvertrag aufgeführten Märkte, dem Markt Offenburg, mußte die Klägerin dagegen die von ihr bislang mit Ware bestückte Orientteppichabteilung gegen ihren Willen zum 31. März 1994 räumen, weil diese Verkaufsstätte vom Metro-Konzern einer anderen Vertriebslinie zugeordnet und unter der Firmenbezeichnung "Roller" weitergeführt werden sollte.

In ihrer Inkassorechnung vom 29. Dezember 1995 kürzte die MIAG die der Klägerin zustehenden Verkaufserlöse, weil die Klägerin nach der Behauptung der Beklagten auf dem Parkplatz eines ihrer Märkte einen LKW-Verkauf von Orientteppichen direkt an Endverbraucher durchgeführt und damit gegen die Kundenschutzklausel aus der Vereinbarung vom 28. März 1991 verstoßen hatte. Die Klägerin warf der Beklagten ihrerseits zahlreiche Eigenverkäufe von Orientteppichen vor, die unter Umgehung der Klägerin in den von ihr betreuten Märkten erfolgt sein sollen.

Die MIAG kürzte in ihrer Abrechnung die an die Klägerin auszukehrenden Erlöse um die zugunsten der MIAG vereinbarte Provision von 1,5 %. Wie

bereits bei früheren Abrechnungen errechnete sie dabei ihren Provisionsanspruch aus dem vereinnahmten Kaufpreis abzüglich der an die Beklagte auszahlenden Vergütung.

Die Klägerin macht wegen Verletzung des Kommissionsvertrags Schadensersatzansprüche sowie Ansprüche auf ungekürzte Auszahlung von Verkaufsprovisionen geltend. Von den Ansprüchen, die noch Gegenstand des Revisionsverfahrens sind, hat das Landgericht lediglich den auf die vertragswidrigen Eigenverkäufe der Beklagten gestützten Klageanspruch für berechtigt angesehen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht zurückgewiesen; auf die Berufung der Beklagten hat es das erstinstanzliche Urteil abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche weiter, soweit diese auf Schadensersatz in Höhe von 34.198,30 DM wegen Verletzung des ausschließlichen Vertriebsrechts der Klägerin durch vertragswidrige Orientteppich-Eigenverkäufe der Beklagten im Jahre 1995, Schadensersatz in Höhe von 414.280,00 DM wegen vertragswidrig erzwungener Räumung der Orientteppichabteilung im Markt Offenburg, Rückerstattung der von der Beklagten einbehaltenen Provision für Direktverkäufe der Klägerin im Hockenheim-Center in Höhe von 5.540,55 DM sowie Rückzahlung überhöhter MIAG-Provisionen in Höhe von 9.402,01 DM gerichtet sind.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet und führt unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Im An-

satz zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, die rechtliche Beurteilung der Klageansprüche hänge zunächst von der Wirksamkeit des zwischen den Parteien am 28. März 1991 geschlossenen Kommissionsvertrags ab. Soweit es die Wirksamkeit jedoch nach § 125 BGB mit der Begründung verneint hat, der Vertrag unterliege dem Schriftformerfordernis des § 34 GWB a.F., gegen das die Parteien durch die Erweiterung des Vertrags in zeitlicher und räumlicher Hinsicht verstoßen hätten, hält seine Auffassung rechtlicher Überprüfung nicht stand.

1. Nicht zu beanstanden sind allerdings die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Anwendung von § 34 GWB a.F. auf Altverträge. Wie der Senat bereits mehrfach klargestellt hat, richtet sich die Wirksamkeit des Vertrags grundsätzlich nach dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGH, Urt. v. 2.2.1999 - KZR 51/97, WuW/E DE-R 261, 262 f. - Coverdisk - m. Anm. Bunte in BB 1999, 866; Urt. v. 9.3.1999 - KZR 23/97, WuW/E DE-R 259 - Markant; vgl. auch Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht, 9. Aufl., Anhang zu § 34 GWB Rdn. 8 m.w.N.). Mangels einer vom Gesetzgeber geschaffenen Übergangsregelung ist daher für den vor Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle am 1. Januar 1999 geschlossenen Kommissionsvertrag vom 28. März 1991 die Formvorschrift des § 34 GWB a.F. anzuwenden.

2. Auch geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß der Kommissionsvertrag in Verbindung mit dem Rahmenvertrag vom 11. Mai 1988 Ausschließlichkeitsbindungen i.S. von § 18 Abs. 1 Nr. 2 GWB a.F. enthält, indem er der Klägerin verbietet, Orientteppiche ohne Zwischenschaltung der Beklagten in deren Niederlassungen direkt an Kunden zu verkaufen, und der Beklagten verwehrt, Orientteppiche von anderen Lieferanten als der Klägerin zu be-

ziehen.

3. Das Berufungsgericht hat jedoch übersehen, daß die Vereinbarung von Ausschließlichkeitsbindungen i.S. von § 18 GWB a.F. nicht in jedem Fall dem Schriftformerfordernis des § 34 GWB a.F. unterliegt. Mit Recht verweist die Revision auf eine gefestigte Rechtsprechung des Senats, nach der vertragliche Nebenverpflichtungen, die sich unmittelbar aus dem Sinn und Zweck eines Vertrags oder aus Treu und Glauben ergeben, nicht unter das Schriftformerfordernis des § 34 GWB a.F. fallen (BGHZ 53, 304, 308 - Diskothek; 77, 1 - Preisblätter) und daß solche nicht formbedürftigen Nebenverpflichtungen auch hinsichtlich des weiteren Vertragsinhalts keinen Schriftformzwang gemäß § 34 GWB a.F. begründen. Dabei ist unerheblich, ob sich die wettbewerbsbeschränkenden Nebenverpflichtungen lediglich aus dem Vertragszweck bzw. Treu und Glauben ergeben oder ob die Vertragsparteien sie - wie hier - außerdem noch ausdrücklich vereinbart haben (BGHZ 84, 125, 127 - Selbstklebeetiketten - m. Anm. Hesse, LM Nr. 19 zu § 34 GWB, und Kicker, GRUR 1982, 636; BGH, Urt. v. 23.9.1980 - KZR 23/79, WuW/E 1773, 1775 - Pockinger Hof; Urt. v. 29.10.1985 - KZR 3/85, WuW/E 2209 - Münzautomaten; vgl. auch Emmerich in Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl., § 34 Rdn. 34a; Vonnemann in FK, § 34 GWB Rdn. 13, 39).

Ob sich im hier zu entscheidenden Streitfall gegenseitige Ausschließlichkeitsbindungen bereits aus Sinn und Zweck des Kommissionsvertrags, jedenfalls aber aus Treu und Glauben ergeben, hat das Berufungsgericht nicht geprüft. Zwar hat es erörtert, ob der Klägerin aus Mietverträgen, die die Parteien für einige Niederlassungen geschlossen haben, unter dem Gesichtspunkt des von der Rechtsprechung anerkannten Konkurrenzschutzes bei Gewerbe-

raummiete (vgl. dazu grundlegend BGHZ 70, 79) Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung erwachsen sind, und dies mangels entsprechend substantiierten Vortrags der Klägerin verneint. Entscheidend für die Beurteilung aus Treu und Glauben erwachsener Nebenpflichten waren hier aber nicht einzelne Mietverträge, sondern maßgeblich war die Rechtsnatur der Vereinbarung vom 28. März 1991. Soweit in den Urteilsgründen anklingt, daß nach Auffassung des Berufungsgerichts aus diesem Kommissionsvertrag ohne ausdrückliche Vereinbarung kein gegenseitiger Konkurrenzschutz hergeleitet werden könne, kann dem nicht gefolgt werden. Darauf, daß der Klägerin keine Verkaufsflächen zum Betrieb eines gewerblichen Unternehmens zur Verfügung gestellt werden, sondern die Teppiche der Klägerin von der Beklagten kommissionsweise verkauft werden sollten, das mietvertragliche Element im Rahmenvertrag daher zurücktritt, kommt es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht an. Die Anerkennung eines vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes beschränkt sich nicht auf den Bereich der Gewerberaummiete (vgl. die Nachweise bei Roth, Münchener Kommentar, BGB, 4. Aufl., § 242 Rdn. 201 f.). So hat der Senat für eine Automatenaufstellvereinbarung entschieden, daß ein aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleiteter Konkurrenzschutz unabhängig von einer rechtlichen Einordnung des Automatenaufstellvertrags als Mietvertrag allein anhand der konkreten Umstände des Falles zu beurteilen sei (BGH WuW/E 2209 - Münzautomaten). Wie beim Automatenaufstellvertrag (vgl. dazu BGHZ 47, 202, 203 f.) ist auch bei der hier zu beurteilenden Kommissionsvereinbarung charakteristisches Merkmal des Vertrags der eigenverantwortliche Verkauf von Ware im gewerblichen Betrieb eines anderen zum gemeinsamen Nutzen beider Vertragspartner.

Daß das gemeinsame Ziel nicht erreicht werden kann, wenn die Klägerin

ihre Orientteppiche unter Ausschaltung der Beklagten an deren Kunden in (oder auf dem Parkplatz vor) den Niederlassungen der Beklagten verkauft, liegt auf der Hand. Die Nebenpflicht, Direktverkäufe in den Niederlassungen der Beklagten zu unterlassen, folgt daher unmittelbar aus Sinn und Zweck des Vertrags. Für die Beklagte ergibt sich eine aus dem Vertragszweck bzw. Treu und Glauben abzuleitende Verpflichtung zum Verzicht auf Verkäufe von Orientteppichen dritter Lieferanten zwar nicht mit der gleichen Eindeutigkeit; sie liegt nach der besonderen Ausgestaltung der zwischen den Parteien vereinbarten Vertragsbeziehung aber ebenfalls nahe. Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß der Klägerin vertraglich auferlegt ist, der Beklagten für die jeweilige Niederlassung einen vollständigen Lagerbestand zur Verfügung zu stellen und die von ihr gelieferten Orientteppiche intensiv auf eigene Kosten zu bewerben. Unter diesen Umständen erschiene es unter Berücksichtigung der Belange der Parteien unbillig, wenn die Beklagte die Verkaufsanstrengungen der Klägerin für einen Verkauf von Orientteppichen auf eigene Rechnung oder für von ihr genehmigte Verkäufe von Konkurrenten der Klägerin auf dem Gelände der Niederlassungen nutzen dürfte, deren Orientteppichabteilungen von der Klägerin beliefert werden.

Mit der vom Berufungsgericht angesprochenen Situation eines Einzelhändlers, der in einer umsatzstarken Branche in einem gemischten Einkaufszentrum dem Konkurrenzdruck anderer Händler mit einem wesentlich übereinstimmenden Warenangebot ausgesetzt ist, kann die wettbewerbliche Position der Klägerin nicht verglichen werden. In jenem Fall zieht gerade die Präsenz konkurrierender Anbieter Kunden in das Einkaufszentrum und wirkt damit sowohl für dessen Betreiber als auch für die dort etablierten Einzelhändler umsatzsteigernd. Unter diesen Umständen kann ein Konkurrenzschutz entbehrlich

erscheinen (vgl. OLG Dresden, Urt. v. 23.9.1997 - 2 U 2217/97, MDR 1998, 211). Dagegen muß sich der konkurrierende Verkauf handgeknüpfter Orientteppiche, mithin einer Ware, die auch in einem großen Einrichtungsmarkt nur begrenzt absetzbar ist, für die Klägerin zwangsläufig ertragsmindernd auswirken.

4. Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Da der Rechtsstreit nicht entscheidungsreif ist, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Zurückverweisung erstreckt sich auch auf den Klageantrag bezüglich der angeblich überhöhten Provision für Inkasso und Delkrederehaftung der MIAG. Insoweit ist allerdings das Berufungsgericht der Auffassung der Klägerin, Bemessungsgrundlage für die MIAG-Provisionen könne nur die jeweils der Klägerin zustehende Vergütung sein, mit Recht nicht gefolgt. Unabhängig davon, ob das Grundgeschäft ein Kauf- oder Kommissionsgeschäft ist, besteht die Leistung der MIAG jeweils in gleicher Weise darin, daß sie eine der Klägerin zustehende Forderung von der Beklagten einzieht und für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Forderung durch die Beklagte die Haftung übernimmt. Bezugsgröße für ihre anteilige Provision ist daher in beiden Fällen der einzuziehende Rechnungsbetrag.

Hirsch

Melullis

Goette

Ball

Raum