



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 65/10

Verkündet am:
31. Januar 2012
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Dr. Strohn, Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 6. Mai 2010 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist eine Werbeagentur, die insbesondere auch in Telefonbüchern und Branchenverzeichnissen Werbetexte platziert. Die Beklagte verlegt Telefonbücher ("Das Örtliche", "Das Telefonbuch") und Branchenverzeichnisse ("Gelbe Seiten") für den norddeutschen Raum. Die Werbekunden können ihre Werbeanzeigen direkt bei der Beklagten oder über deren Handelsvertreter schalten. Außerdem konnten die Werbeanzeigen traditionell auch über externe Werbeagenturen in Auftrag gegeben werden.

2 Im Jahr 2003 begann die Beklagte mit der Umstellung ihres Vertriebssystems, weil sie Werbeanzeigen nur noch direkt oder durch ihre Handelsvertreter akquirieren wollte. Es wurden aber weiterhin auch von bestimmten Werbeagenturen, zu denen die Klägerin gehörte, Anzeigenaufträge angenommen. Die Beklagte überließ ihren Handelsvertretern nunmehr allerdings Anzeigenpreislisten ("Grundpreislisten") deutlich früher als der Klägerin die für sie bestimmten "Agenturpreislisten". Auch die Werbeagentur T. , die zum Unternehmensverbund der Beklagten gehört, konnte Anzeigenaufträge für mindestens einen Anzeigenkunden schon vermitteln, bevor die Klägerin die entsprechende Preisliste erhalten hatte. Mit Schreiben vom 16. September 2005 führte die Beklagte gegenüber der Klägerin aus, dass sie nur noch ausnahmsweise und nur im Rahmen einer Übergangsfrist mit Werbeagenturen zusammenarbeite. Daher werde auch die inhaltliche Ausgestaltung der Geschäftsbeziehungen "im Sinne einer Nichtmehrzusammenarbeit" heruntergefahren. Unter dem 27. März 2007 teilte der Verfahrensbevollmächtigte der Beklagten der Klägerin mit, dass sie keinen Anspruch darauf habe, "bezüglich des Zeitpunktes der Herausgabe der Agenturpreislisten ... mit direkt schaltenden Kunden gleichbehandelt zu werden"; die Beklagte bitte darum, "von Agenturpreislistenanforderungen abzusehen, die früher als zwei Monate - in Hamburg: drei Monate - vor dem Anzeigenannahmeschluss des jeweiligen Telefonbuchs versandt werden".

3 Die Klägerin sieht in der späteren Übermittlung der Anzeigenpreise einen Wettbewerbsnachteil bei der Anzeigenakquisition. Sie möchte erreichen, dass ihr die Agenturpreislisten unverzüglich zur Verfügung gestellt werden, nachdem die Beklagte mit dem Anzeigenvertrieb für die jeweilige Telefonbuchauflage begonnen hat. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht (OLG Hamburg, GRUR-RR 2011, 148) hat die Beklagte nach Maßgabe der von der Klägerin in der Berufungsinstanz zuletzt gestellten Anträge dazu verurteilt,

der Klägerin die Agenturpreislisten für jedes der von ihr verlegten Telefon- und Branchenbücher auszuhändigen, nachdem sie die Beklagte hierzu für die Bücher einer jeden Auflage (nach Erscheinen der Voraufgabe) aufgefordert hat und nachdem die Beklagte mit dem Vertrieb von Anzeigen zum Abdruck in dem jeweiligen von ihr verlegten Telefon- und Branchenbuch begonnen hat, und zwar entweder durch

- a) Direktvertrieb oder
- b) Vertrieb durch ihre Handelsvertreter oder
- c) Vertrieb durch die Werbeagentur T. ;

werden von einer Agenturpreisliste mehrere Telefon- und Branchenbücher erfasst, so ist auf den Vertriebsbeginn ... für das erste Verzeichnis aus der gemeinsamen Agenturpreisliste abzustellen.

- 4 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

- 5 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

- 6 Die Beklagte sei auf dem jeweiligen Markt für Werbeanzeigen in örtlichen Telefon- und Branchenverzeichnissen marktbeherrschend und deshalb Normadressatin des § 20 Abs. 1 GWB. Die Werbeagentur T. , die mit der Beklagten eine unternehmerische Einheit bilde, und die Handelsvertreter der Beklagten seien zwar mit der Klägerin nicht gleichartig. Gleichartige Unternehmen seien jedoch die Anzeigenkunden, die von der Werbeagentur T. oder den Handelsvertretern akquiriert würden oder Anzeigen direkt bei der Beklagten schalteten. Gegenüber diesen Kunden behindere die Klägerin die Beklagte unbillig, indem sie ihr wesentliche Preisinformationen deutlich später zur Verfügung stelle. Zwar sei auch ein marktbeherrschendes Unternehmen nicht grund-

sätzlich gehindert, sein Absatzsystem so zu gestalten, wie es dies für wirtschaftlich richtig und sinnvoll halte. Eine Umstellung des Vertriebssystems, die zum Abbruch der bestehenden Lieferbeziehungen mit einer Gruppe von Nachfragern führe, könne jedoch unbillig sein, wenn den bisher belieferten Händlern keine angemessene Umstellungsfrist eingeräumt werde. Eine entsprechende Umstellungsfrist für die Klägerin habe die Beklagte nicht in Gang gesetzt. Zudem sei es einem Normadressaten verwehrt, die Lieferbeziehungen zu einer Nachfragergruppe schon während der Umstellungsfrist auf eine Weise zu reduzieren, die nicht den Anforderungen an ein behinderungs- und diskriminierungsfreies Vertriebssystem Rechnung trage.

7 Darüber hinaus behandle die Klägerin die Beklagte gemäß § 20 Abs. 1 2. Altern. GWB durch spätere Übermittlung von Preisinformationen gegenüber denjenigen Kunden ungleich, die ihre Anzeigen direkt bei der Beklagten schalteten oder ihr über Handelsvertreter oder die Werbeagentur T. vermittelt würden. Zwar übermittelte die Beklagte diesen Kunden überhaupt keine Preislisten. Sie erhielten jedoch die für sie jeweils relevanten Preisinformationen, sobald die Beklagte den Direktvertrieb aufnehme. Für die Klägerin seien hingegen nicht nur einzelne, sondern die Preise aller verfügbaren Leistungen, mithin die Agenturpreislisten, relevant, da ihre Kunden potentielle Abnehmer jeder Anzeigenart und -größe seien; diese für sie entscheidenden Preisinformationen erhalte die Klägerin ohne sachlichen Grund später als die übrigen Anzeigenkunden.

8 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 1 2. Altern. GWB liegt nicht vor. Auch eine unbillige Behinderung (§ 20 Abs. 1 1. Altern. GWB) kann mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht bejaht werden. Nach den bisherigen Feststellungen kann jedoch

nicht ausgeschlossen werden, dass auf der Grundlage der gebotenen umfassenden Interessenabwägung eine unbillige Behinderung mit anderer Begründung anzunehmen ist.

9 1. Das Berufungsgericht hat die Beklagte im Hinblick auf ihre marktbeherrschende Stellung auf dem jeweiligen Markt für Werbeanzeigen in örtlichen Telefon- und Branchenverzeichnissen als Normadressatin des § 20 Abs. 1 GWB angesehen. Das lässt keinen Rechtsfehler erkennen (vgl. das zwischen den Parteien ergangene Urteil des Senats vom 24. September 2002 - KZR 38/99, WuW/E DE-R 1051, 1052 - Vorleistungspflicht) und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

10 2. Maßgeblicher Geschäftsverkehr ist die Vermittlung von Werbeanzeigen für die Telefonbücher der Beklagten. Dieser Geschäftsverkehr ist mit der Klägerin gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich, da die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nach wie vor Anzeigenaufträge auch noch von anderen, mit ihr nicht verbundenen Werbeagenturen annimmt.

11 3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wird die Klägerin gegenüber gleichartigen Unternehmen aber nicht unterschiedlich behandelt.

12 a) An das Erfordernis der Gleichartigkeit dürfen zwar keine zu hohen Anforderungen gestellt werden. Es ist erfüllt, wenn die zum Vergleich herangezogenen Unternehmen im Verhältnis zum Normadressaten oder zu Unternehmen auf der Marktgegenseite, die dem Normadressaten vergleichbar sind, im Wesentlichen die gleichen Aufgaben erfüllen (vgl. BGH, Urteil vom 4. November 2003 - KZR 2/02, WuW/E DE-R 1203, 1204 - Depotkosmetik im Internet; BGH, WuW/E DE-R 1051, 1053 - Vorleistungspflicht, st. Rspr.).

- 13 b) Auch bei Anwendung dieses großzügigen Maßstabs sind aber, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, weder die Werbeagentur T. noch die für die Beklagte tätigen Handelsvertreter mit der Klägerin gleichartig.
- 14 aa) Die Werbeagentur T. ist eine Tochtergesellschaft der Klägerin und bildet mit dieser eine wirtschaftliche Einheit. Sie kann deshalb gegenüber der Klägerin nicht als gleichartiges Unternehmen angesehen werden (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 1987 - KZR 6/86, WuW/E BGH 2360, 2365 - Freundschaftswerbung; Urteil vom 24. September 2002 - KZR 4/01, WuW/E DE-R 1003, 1004 - Kommunalen Schilderprägebetrieb; Urteil vom 24. Oktober 2011 - KZR 7/10, WuW/E DE-R 3446 - Grossistenkündigung).
- 15 bb) Auch die für die Beklagte tätigen Handelsvertreter, die im Namen und auf Rechnung der Beklagten Anzeigenaufträge vermitteln, sind nicht mit der Klägerin gleichartig, die im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Anzeigenaufträge für ihre Kunden schaltet. Im Hinblick auf die von ihnen vermittelten Geschäfte sind (typische) Handelsvertreter ein in die Betriebsorganisation ihres Prinzipals eingegliedertes Hilfsorgan. Sie bilden insoweit mit ihm eine wirtschaftliche Einheit (vgl. EuGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 - C 217/05, Slg. 2006, I-11987 Rn. 40 ff. = WuW/E EuR 1215 - Cepsa; EuGH, Urteil vom 15. September 2005 - T 325/01, Slg. 2005, II-3319 Rn. 85 f. = WuW/E EuR 933 - DaimlerChrysler; Kirchhoff in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., § 10 Rn. 13). Da alle Risiken aus dem vermittelten Absatzgeschäft den Geschäftsherrn treffen, entspricht der Vertrieb über Handelsvertreter wirtschaftlich und funktional dem Direktvertrieb über Tochtergesellschaften.

- 16 c) Das Berufungsgericht hat die Klägerin jedoch als gleichartig mit den Kunden angesehen, die von der Werbeagentur T. oder den Handelsvertretern der Beklagten akquiriert werden oder die direkt bei der Beklagten Anzeigen schalten. Die Klägerin werde ungerechtfertigt ungleich behandelt, indem diesen Kunden die für sie relevanten Preisinformationen früher als der Klägerin zur Verfügung gestellt würden und sie deshalb auch früher als die Klägerin Anzeigen schalten könnten. Dieser Beurteilung kann nicht zugestimmt werden.
- 17 Die Klägerin begehrt eine frühere Aushändigung der Agenturpreislisten nicht als Vertragspartner der Beklagten für Werbeanzeigen, sondern um ihr als Absatzmittler Anzeigenaufträge zu vermitteln. Die Klägerin hat sich der Beklagten gegenüber also nicht als Anzeigenkunde auf die Ebene des Endkunden begeben, sondern tritt ihr in ihrer Eigenschaft als Werbeagentur gegenüber. Insoweit befindet sich die Klägerin auf derselben Handelsstufe wie die anderen Absatzmittler der Beklagten, so dass diese - und nicht die Endkunden der Beklagten - die relevante Bezugsgruppe bei der Prüfung des Diskriminierungsstatbestands bilden (vgl. BGH, WuW/E DE-R 1051, 1052 - Vorleistungspflicht). Für diese Bezugsgruppe gilt indessen, dass die anderen Absatzmittler entweder als zu vergleichende Unternehmen nicht in Betracht kommen, weil sie mit der Beklagten wie ausgeführt eine wirtschaftliche Einheit bilden, oder - wie die übrigen Werbeagenturen - nicht besser behandelt werden als die Klägerin.
- 18 d) Dass die Klägerin, wenn sie wie ein unmittelbarer Anzeigenkunde der Beklagten eine konkrete Werbeanzeige für einen Kunden bei der Beklagten schalten will, keine Preisauskunft erhält, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, und von der Revisionsbeklagten wird auch kein diesbezüglicher Vortrag als übergangen gerügt. Soweit das Berufungsgericht auf unterschiedliche Zeitpunkte abstellt, zu denen die Klägerin und Anzeigenendkunden die "für sie relevanten Preisinformationen" erhielten, vergleicht es die insoweit in der Funktion des Absatzmittlers tätige Klägerin mit den Anzeigenkunden der Beklagten, die

dieser gegenüber eine andere wirtschaftliche Funktion ausüben. Damit kann keine Ungleichbehandlung im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB begründet werden.

19 4. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Klage auch nicht auf eine unbillige Behinderung (§ 20 Abs. 1 1. Altern. GWB) gestützt werden.

20 a) Die Klägerin wird zwar dadurch im Wettbewerb behindert, dass die Beklagte ihr die Agenturpreislisten erst deutlich später zur Verfügung stellt, als der Werbeagentur T. und ihren Handelsvertretern die für diese relevanten Preisinformationen.

21 b) Diese Behinderung ist aber entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht schon deshalb unbillig, weil die Beklagte mit dieser Praxis begonnen hat, ohne der Klägerin eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen.

22 aa) Allerdings kann es, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, grundsätzlich eine unbillige Behinderung im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB darstellen, wenn ein Normadressat dazu übergeht, seine Waren oder Dienstleistungen ausschließlich im Direktvertrieb abzusetzen, ohne den bisher für ihn tätigen unabhängigen Absatzmittlern eine angemessene Umstellungsfrist zu gewähren (vgl. BGH, WuW/E BGH 2360, 2366 - Freundschaftswerbung; BGH, Urteil vom 21. Februar 1995 - KZR 33/93, WuW/E BGH 2983, 2988 - Kfz-Vertragshändler). Auch in einem Fall, in dem ein Normadressat die Bezugskonditionen für einen Händler von Presseerzeugnissen auf S- und U-Bahnhöfen deutlich verschlechtert hatte, ohne dies im gesamten Bahnhofsbuchhandel zu tun, ist vom Senat eine Umstellungsfrist für erforderlich gehalten worden (vgl. BGH, WuW/E BGH DE-R 134, 138 - Bahnhofsbuchhandel, zum Übergang von Direktbelieferung auf Bezug beim Großhandel).

- 23 bb) Im Streitfall ist jedoch bereits fraglich, ob der Klägerin nach diesen Grundsätzen eine Umstellungsfrist vor Änderung der Übersendungspraxis für die Agenturpreislisten einzuräumen war. Feststellungen zu einer Abhängigkeit der Klägerin von der Anzeigenvermittlung für die Beklagte hat das Berufungsgericht nicht getroffen. In den letzten Jahren betrug das Umsatzvolumen der Klägerin mit Anzeigen bei der Beklagten 11.800 €, mit dem ein Erlös in Höhe von 1.770 € erzielt wurde. Außerdem hat die Beklagte die Geschäftsverbindung mit der Klägerin bisher nicht vollständig abgebrochen, sondern nur ihre Bedingungen verschlechtert.
- 24 cc) Jedenfalls war aber eine etwa erforderliche Umstellungsfrist schon vor dem - für die Begründetheit des von der Klägerin allein geltend gemachten, in die Zukunft gerichteten Leistungsanspruchs maßgeblichen - Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz am 18. Februar 2010 abgelaufen.
- 25 Bereits mit Schreiben vom 16. September 2005 hatte die Beklagte der Klägerin mitgeteilt, nur noch im Rahmen einer Übergangsfrist mit Werbeagenturen zusammenzuarbeiten und daher die inhaltliche Ausgestaltung der Geschäftsbeziehungen "im Sinne einer Nichtmehrzusammenarbeit" herunterzufahren. Zwar war in diesem Schreiben kein Ende der Übergangsfrist genannt. Der Klägerin musste aber klar sein, dass die Beklagte die bisherige Zusammenarbeit nur noch für begrenzte Zeit fortsetzen werde. Unter dem 27. März 2007 ließ die Beklagte der Klägerin mitteilen, dass sie keinen Anspruch darauf habe, "bezüglich des Zeitpunktes der Herausgabe der Agenturpreislisten ... mit direkt schaltenden Kunden gleichbehandelt zu werden", und darum bitte, "von Agenturpreislistenanforderungen abzusehen, die früher als zwei Monate - in Hamburg: drei Monate - vor dem Anzeigenannahmeschluss des jeweiligen Telefonbuchs versandt werden". Damit hatte die Beklagte eindeutig erklärt, die von ihr bereits zuvor begonnene und von der Klägerin beanstandete Praxis der späte-

ren Versendung der Agenturpreislisten dauerhaft beizubehalten. Spätestens ab diesem Zeitpunkt begann insoweit auch die - etwa erforderliche - Übergangsfrist zu laufen.

26 Bis zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 18. Februar 2010, also fast drei Jahre später, war sie dann jedenfalls lange abgelaufen. Der Senat hat bei Kraftfahrzeugvertragshändlern, die ausschließlich an einen Automobilhersteller gebunden sind, eine Frist von zwölf Monaten für die vollständige Einstellung der Geschäftsverbindung als ausreichend angesehen (BGH, Urteil vom 21. Februar 1995 - KZR 33/93, WuW/E 2983, 2989 - Kfz-Vertragshändler). Die Einräumung einer längeren Frist war im vorliegenden Fall, in dem die Geschäftsverbindung - wenn auch unter schlechteren Bedingungen - fortgesetzt wird, und eine einem exklusiv gebundenen Kraftfahrzeugvertrags-händler vergleichbare Abhängigkeit der Klägerin nicht ersichtlich ist, nicht geboten (vgl. auch BGH, WuW/E BGH DE-R 134, 137 - Bahnhofsbuchhandel).

27 Im Hinblick auf den von der Klägerin ausschließlich verfolgten Leistungsanspruch ist es im Streitfall unerheblich, dass gegen einen Normadressaten Schadensersatzansprüche in Betracht kommen, wenn er vor Ablauf der angemessenen Übergangsfrist sein Vertriebssystem umstellt.

28 5. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da der Senat nicht in der Sache selbst zu entscheiden vermag. Das Berufungsgericht hat die für die Beurteilung des Behinderungstatbestands des § 20 Abs. 1 GWB erforderliche umfassende Interessenabwägung bisher nicht vorgenommen. Sie kann in der Revisionsinstanz auch nicht nachgeholt werden. Somit ist derzeit nicht auszuschließen, dass sich die Klage im Ergebnis der Interessenabwägung als begründet erweisen könnte.

29 a) Ob eine Behinderung unbillig ist, bestimmt sich aufgrund einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 8. Mai 2007 - KZR 9/06, WuW/E DE-R 1984 Rn. 13 - Autoruf-Genossenschaft, mwN). Ausgangspunkt dieser Abwägung ist bei vertriebsbezogenen Sachverhalten der aus der unternehmerischen Handlungsfreiheit abzuleitende Grundsatz, dass das Behinderungsverbot des § 20 Abs. 1 GWB den Normadressaten grundsätzlich nicht daran hindert, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie er dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig erachtet. Das umfasst das Recht des Normadressaten, seine Waren statt wie bisher über unabhängige Absatzmittler künftig über Tochtergesellschaften zu vertreiben (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2004 - KZR 17/03, WuW DE-R 1377, 1378 f. - Sparberaterin I).

30 Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass sich aufgrund besonderer Umstände das Interesse eines Geschäftspartners auf Weiterbelieferung zu angemessenen Konditionen im Einzelfall als vorrangig gegenüber der Vertriebsgestaltungsfreiheit des Normadressaten erweist, so dass eine unbillige Behinderung zu bejahen ist (vgl. BGH, WuW/E DE-R 3446 Rn. 40 - Grossistenkündigung). Denn die Freiheit des Normadressaten zur Gestaltung seines Absatzsystems besteht nur innerhalb der durch das Kartellrecht gezogenen Grenzen. Sie ist ausgeschlossen, wo sie missbraucht wird oder zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt, die mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes unvereinbar ist. Je stärker die Stellung des Normadressaten auf dem relevanten Markt und je größer die Abhängigkeit der Marktgegenseite von seinem Angebot ist, desto höhere Anforderungen sind an die Schutzwürdigkeit der von einem marktbeherrschenden oder marktstarken Unternehmen verfolgten Belange zu stellen (vgl. BGH, Urteil vom 27. April 1999 - KZR 35/97, WuW/E DE-R 357, 359 - Feuerwehrgeräte).

31 b) Nach diesen Grundsätzen tritt die Vertriebsgestaltungsfreiheit zwar regelmäßig nicht schon dann hinter dem Belieferungsinteresse eines Abnehmers zurück, wenn dieser seine Tätigkeit als Absatzmittler für den Normadressaten nicht mehr oder nur noch unter nicht mehr wettbewerbsfähigen Bedingungen ausüben kann. Denn insoweit wird den berechtigten Interessen des Abnehmers gegebenenfalls durch Gewährung einer angemessenen Übergangsfrist ausreichend Rechnung getragen. Anders kann es aber liegen, wenn die vom Normadressaten beabsichtigte Vertriebsumstellung ihm ein Monopol auf einem nachgelagerten Markt verschafft, auf dem bisher von ihm unabhängige Unternehmen aufgrund eigener, erheblicher Wertschöpfung ein eigenes Leistungsergebnis anbieten, für das die bisher vom Normadressaten bezogene Ware oder Dienstleistung Voraussetzung ist. Das kann etwa der Fall sein, wenn ein Hersteller den gesamten Ersatzteilvertrieb und alle Reparaturleistungen für seine Produkte selbst übernehmen will und deshalb freie Werkstätten nicht (mehr) mit Ersatzteilen beliefert. Eine derartige Vertriebsbeschränkung, die auf die Begründung eines Monopols auch auf dem Markt für Wartungs- und Reparaturleistungen hinausläuft, ist mit der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes unvereinbar (BGH, WuW/E DE-R 357, 359 - Feuerwehrgeräte; vgl. auch BGH, WuW DE-R 1377, 1379 - Sparberaterin I).

32 c) Das Berufungsgericht hat, worauf das Bundeskartellamt in der mündlichen Verhandlung zu Recht hingewiesen hat, den Streitfall nur unter dem Gesichtspunkt betrachtet, dass die Klägerin darin behindert werde, entsprechend einem Handelsvertreter Anzeigenaufträge entgegenzunehmen und diese in eigenem Namen und auf eigene Rechnung bei der Beklagten - gegebenenfalls unter Verwendung von dieser bereitgestellter Formulare - aufzugeben. Es hat jedoch keine Feststellungen dazu getroffen, ob sich die Tätigkeit der Klägerin hierin erschöpft. Davon kann auch nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Denn die Anzeigenkunden müssen einen um 15% höheren Preis zahlen, wenn

sie ihre Anzeigen bei der Klägerin und nicht direkt bei der Beklagten oder deren Handelsvertretern aufgeben. Es liegt nicht fern anzunehmen, dass Anzeigenkunden zur Zahlung dieses Mehrpreises nur bereit sein werden, wenn sie dafür zusätzliche, eigenständige Leistungen der Klägerin erhalten, etwa eine Beratung zur Anzeigengestaltung, zur Minderung der Anzeigenkosten oder zur Auswahl der geeigneten Werbeträger. Da dem Senat mithin eine umfassende Abwägung der wettbewerblichen Interessen der Parteien nicht möglich ist, bedarf es der Zurückverweisung der Sache.

33 6. Das Berufungsgericht wird bei seiner neuen Entscheidung Folgendes zu berücksichtigen haben:

34 a) Gegen die Bestimmtheit des Klageantrags bestehen, wie das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, keine Bedenken. Da die Klägerin am Ende eines Jahres pauschal für alle Branchen- und Telefonverzeichnisse des kommenden Jahres die Preislisten anfordern kann, ist unerheblich, dass es für diese keinen einheitlichen Erscheinungszeitpunkt gibt.

35 b) Sollte sich die Tätigkeit der Klägerin nicht auf den typischen Anzeigenvertrieb beschränken, sondern (auch) einem eigenständigen, nachgelagerten Beratungsmarkt zuzuordnen sein, wird insbesondere zu prüfen sein, ob die Klägerin und die anderen unabhängigen Werbeagenturen durch die späte Erhältlichkeit der Agenturpreislisten ihre Wettbewerbsfähigkeit auf dem Werbeberatungsmarkt gegenüber der Werbeagentur T. verlieren oder in ihrer Wettbewerbsfähigkeit zumindest wesentlich beeinträchtigt werden. In diesem Zusammenhang wird den Parteien auch Gelegenheit zu geben sein, dazu vorzutragen, ob und gegebenenfalls inwieweit die Werbeagenturen Nachteile, die ihnen aus der späten Übermittlung der Agenturpreisliste erwachsen, in zumutbarer Weise kompensieren können, etwa dadurch, dass sie für von ihren Kunden beabsichtigte konkrete Anzeigen kurzfristig eine Preisauskunft der Beklag-

ten erhalten und den Kunden in der Zwischenzeit den Vorjahrespreis zur Orientierung nennen können.

36 Gegebenenfalls wird in diesem Zusammenhang bei der Abwägung auch zu berücksichtigen sein, ob und gegebenenfalls inwieweit die von der Beklagten unabhängigen Werbeagenturen Wettbewerbsnachteile gegenüber T. dadurch ausgleichen können, dass sie - für die Nachfrager erkennbar anders als die Agentur T. - eine Werbeberatung bei der Schaltung von Anzeigen in Telefonbüchern und Branchenverzeichnissen anbieten, die von geschäftlichen Interessen der Beklagten unabhängig ist und daher einen Anreiz für Anzeigenkunden bilden kann, wegen der hierdurch erzielbaren Einsparungen mit ihrem Auftrag zu warten, bis die Werbeagentur über vollständige Preisinformationen verfügt.

37 c) Sollte das Berufungsgericht eine unbillige Behinderung nach § 20 Abs. 1 GWB verneinen, käme auch keine gezielte Behinderung der Klägerin gemäß § 4 Nr. 10 UWG in Betracht. Im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung sind insoweit die gleichen Kriterien wie bei § 20 GWB maßgebend (vgl.

BGH, Urteil vom 14. Juli 1998 - KZR 1/97, WuW/E DE-R 201, 205 - Schilderpräger im Landratsamt; Urteil vom 21. Februar 1989 - KZR 7/88, BGHZ 107, 40, 41 - Krankentransportbestellung; Urteil vom 10. Dezember 1985 - KZR 22/85, BGHZ 337, 346 f. - Abwehrblatt II).

Meier-Beck

Strohn

Kirchhoff

Bacher

Löffler

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 15.07.2008 - 407 O 138/07 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 06.05.2010 - 3 U 140/08 -