



**BUNDESGERICHTSHOF**  
**IM NAMEN DES VOLKES**  
**VERSÄUMNISURTEIL**

**KZR 2/02**

Verkündet am:  
4. November 2003  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: \_\_\_\_\_ nein  
BGHR: \_\_\_\_\_ ja

Depotkosmetik im Internet

GWB §§ 33, 20 Abs. 1 und 2; GVO 2790/99 Art. 4 lit. b

Es stellt eine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung dar, wenn ein Hersteller eines Markenparfums, der seine Ware über ein selektives Vertriebssystem vertreibt, einerseits seinen Depositären den Verkauf über das Internet unter der Bedingung gestattet, daß die Internetumsätze nicht mehr als die Hälfte der im stationären Handel erzielten Umsätze ausmachen, und andererseits Händler von der Belieferung ausschließt, die ausschließlich über das Internet verkaufen.

BGH, Vers.-Urteil vom 4. November 2003 – KZR 2/02 – OLG München  
LG München I

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. September 2003 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Prof. Dr. Goette, Prof. Dr. Bornkamm, Dr. Raum und Dr. Meier-Beck

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts München vom 6. Dezember 2001 aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte stellt bekannte Markenparfums her, die sie ausschließlich über ein Netz ausgesuchter Depositäre des Parfumeinzelhandels vertreibt. Die Depositäre müssen nach den Depotverträgen, die die Beklagte mit ihnen schließt, ein bestimmten Anforderungen genügendes Ladengeschäft unterhalten. Die Beklagte gestattet ihren Depositären den Vertrieb ihrer Produkte auch über das Internet, wobei sie sich eine Kündigung für den Fall vorbehalten hat, daß bei dem Depositär der Internet-Umsatz den Umsatz im stationären Handel übersteigt. Mit Unterneh-

men, die die Vertriebsanforderungen der Beklagten nicht erfüllen, die insbesondere nicht über ein stationäres Fachgeschäft verfügen, schließt die Beklagte keine Depotverträge ab und verweigert ihnen die Belieferung. Die Beklagte führt mit den Marken Lancaster, Jil Sander, Davidoff und JOOP! den deutschen Markt für Markenparfums mit einem Anteil von 18 % an. Es ist unstrittig, daß der stationäre Kosmetikfachhandel in Deutschland jedenfalls dann darauf angewiesen ist, durch die Beklagte beliefert zu werden, wenn er von keinen anderen Herstellern bekannter Markenparfums beliefert wird.

Die Klägerin ist ein kleineres Unternehmen, das kosmetische Produkte ausschließlich über das Internet vertreibt. Da sie kein Ladengeschäft betreibt, wird sie weder von der Beklagten noch von anderen namhaften Herstellern von Markenparfums direkt beliefert. Daher ist die Klägerin darauf angewiesen, ihren Bedarf an Markenparfums bei Depositären der Beklagten und anderen Fachhändlern zu decken.

Mit der vorliegenden Klage möchte die Klägerin eine Belieferung durch die Beklagte erreichen. Sie hat diese Klage als Widerklage im Berufungsrechtszug eines Rechtsstreits umgekehrten Rubrums erhoben, in dem sie auf Unterlassung eines behaupteten „Schleichbezugs“ in Anspruch genommen worden war. Nach der Trennung der beiden Verfahrensteile ist diese (Wider-)Klage alleiniger Gegenstand des vorliegenden Verfahrens geworden. Nachdem die Klägerin zunächst einen auf Belieferung gerichteten Leistungsantrag gestellt hatte, hat sie zuletzt beantragt

festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin entsprechend ihren Bestellungen mit den Produkten der Marken Lancaster, Jil Sander, Davidoff und JOOP! zu den Konditionen der mit den anderen Kunden der Beklagten abgeschlossenen Depotverträge zu beliefern.

Das Berufungsgericht hat der Klage stattgegeben (OLG München GRUR-RR 2002, 207). Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihren Klageabweisungsantrag weiterverfolgt. Während des Revisionsverfahrens ist das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Klägerin eröffnet worden. Die Insolvenzverwalterin hat die Aufnahme des Rechtsstreits abgelehnt; daraufhin hat die Beklagte den Rechtsstreit aufgenommen. Die Klägerin war in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht vertreten.

#### Entscheidungsgründe:

I. Über die Revision ist durch Versäumnisurteil zu entscheiden (§ 555 Abs. 1, § 331 ZPO). Das Urteil beruht allerdings nicht auf der Säumnis. Es wäre nach dem der Revisionsentscheidung gemäß § 559 ZPO zugrundezulegenden Sach- und Streitstand inhaltlich ebenso ergangen, wenn die Klägerin nicht säumig gewesen wäre (vgl. BGHZ 37, 79, 81).

II. Das Berufungsgericht hat einen Belieferungsanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten bejaht. Es hat in der Weigerung der Beklagten, die Klägerin mit Parfums der Marken Lancaster, Jil Sander, Davidoff und JOOP! zum Vertrieb über das Internet zu beliefern, eine unbillige Behinderung und eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung gegenüber gleichartigen Unternehmen nach § 20 Abs. 2 i.V. mit Abs. 1 GWB gesehen. Hierzu hat es ausgeführt:

Bei der Klägerin handele es sich um ein kleines Unternehmen i.S. von § 20 Abs. 2 GWB. Die Klägerin sei auch abhängig von der Belieferung durch die Beklagte. Es sei nicht ersichtlich, daß die Verbraucher von einem Unternehmen, das Luxus-Kosmetika im Internet anbiete, eine geringere Sortimentsbreite erwarteten

als vom stationären Fachhandel. Die Klägerin habe auch keine Möglichkeiten, auf andere Hersteller auszuweichen, da auch diese eine Belieferung ablehnten. Es handele sich um einen Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen – wozu der stationäre Fachhandel zu zählen sei – zugänglich sei.

Eine Abwägung der Interessen der Parteien ergebe, daß die in der Nichtbelieferung der Klägerin liegende Ungleichbehandlung sachlich nicht zu rechtfertigen und die darin ebenfalls liegende Behinderung unbillig sei. Zwar sei es der Beklagten nicht verwehrt, im Rahmen ihres selektiven Vertriebssystems strenge Selektionskriterien aufzustellen. Es könne auch unterstellt werden, daß die Maßstäbe, die sie für den stationären Fachhandel aufstelle, angemessen seien. Es sei auch nicht darüber zu entscheiden, ob es gerechtfertigt sei, den Internetvertrieb als eine den qualitativen Anforderungen nicht genügende Vertriebsform generell von einer Belieferung auszuschließen. Denn die Beklagte habe ihren Depositären die Möglichkeit eröffnet, die in Rede stehenden Produkte auch über das Internet zu bewerben, anzubieten und zu vertreiben. Das von der Beklagten aufgestellte Erfordernis, daß neben dem Internetvertrieb auch noch ein stationäres Geschäftslokal unterhalten werden müsse, sei nicht sachgerecht und nicht angemessen. Es sei nicht ersichtlich, wie ein stationäres Ladengeschäft zur Aufrechterhaltung des „Luxus-Image“ beitragen solle.

III. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage.

1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision allerdings dagegen, daß das Berufungsgericht die Beklagte als Normadressatin des kartellrechtlichen Diskriminierungs- und Behinderungsverbots (§ 20 Abs. 1 und 2 GWB) angesehen hat. Zwar handelt es sich bei der Beklagten erkennbar nicht um ein marktbeherrschendes

Unternehmen. Die Beklagte verfügt jedoch gegenüber einem kleinen Unternehmen wie der Klägerin über eine relative Marktmacht i.S. von § 20 Abs. 2 GWB.

Es ist unstreitig, daß jedenfalls der stationäre Einzelhandel auf die Produkte der Beklagten nicht verzichten kann, zumal ein breites Sortiment durchweg Voraussetzung für die Belieferung mit Exklusivmarken ist. Die Geschäfte des stationären Fachhandels zeichnen sich durchweg durch eine besondere Sortimentstiefe aus. Auch die Beklagte verlangt von ihren Depositären, daß sie auch zahlreiche andere bekannte Parfums führen. Damit ist freilich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts noch nicht gesagt, daß für den Internethandel entsprechende Verhältnisse gelten. In manchen Branchen mag das Publikum von einem Internethandel eine ebenso große oder sogar eine noch größere Sortimentstiefe erwarten. Es ist aber ebenso denkbar, daß – wie die Revision geltend macht – im Internet Spezialanbieter tätig sind, von denen das Publikum nicht die gleiche Sortimentsbreite und -tiefe erwartet wie vom stationären Fachhandel. Feststellungen hat das Berufungsgericht hierzu nicht getroffen.

Die Normadressateneigenschaft der Beklagten hängt indessen nicht davon ab, daß die Klägerin gerade auf die Produkte der Beklagten angewiesen ist. Eine sortimentsbedingte Abhängigkeit der Klägerin besteht auch dann, wenn die Beklagte zu einer Spitzengruppe gehört und die Klägerin von keinem Hersteller aus dieser Gruppe beliefert wird, obwohl sie zumindest die Produkte eines Herstellers benötigt (vgl. zur sog. Spitzengruppenabhängigkeit BGH, Urt. v. 12.5.1998 – KZR 23/96, WuW/E DE-R 206 – Depotkosmetik; Urt. v. 9.5.2000 – KZR 28/98, WuW/E DE-R 481, 482 ff. – Designer-Polstermöbel, m.w.N.). Jedenfalls von einer solchen Konstellation ist im Streitfall auszugehen. Auch wenn die Verbraucher vom Internethandel mit Markenparfums nicht dieselbe Sortimentstiefe erwarten sollten wie von dem – üblicherweise besonders gut sortierten – stationären Fachhandel, benötigt die Klägerin doch zumindest die Produkte eines Herstellers. Da

sie von keinem Hersteller aus dieser Gruppe beliefert wird, besteht gegenüber jedem dieser Hersteller – so auch gegenüber der Beklagten – eine sortimentsbedingte Abhängigkeit i.S. von § 20 Abs. 2 GWB.

2. Auch die Gleichartigkeit des in Rede stehenden Geschäftsverkehrs zieht die Revision zu Unrecht in Zweifel. In der Vergangenheit hat der Senat dieses „nur der groben Sichtung“ dienende Merkmal großzügig bejaht, wenn die zu vergleichenden Unternehmen nach unternehmerischer Tätigkeit und wirtschaftlicher Funktion im Verhältnis zur Marktgegenseite dieselben Anforderungen erfüllen (BGHZ 101, 72, 79 – Krankentransporte; BGH, Urt. v. 23.10.1979 – KZR 19/78, WuW/E 1635, 1637 – Plaza SB-Warenhaus; Urt. v. 13.11.1990 – KZR 25/89, WuW/E 2683, 2686 – Zuckerrübenanlieferungsrecht; Urt. v. 17.3.1998 – KZR 30/96, WuW/E DE-R 134 f. – Bahnhofsbuchhandel). Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor (vgl. für das Verhältnis von Versandhandel und stationärem Handel BGH, Urt. v. 24.9.1979 – KZR 20/78, WuW/E 1629, 1631 – Modellbauartikel II).

3. Ist die Gleichartigkeit zwischen Internet- und stationärem Handel zu bejahen, fehlt es – entgegen der Ansicht der Revision – auch nicht an dem Merkmal, daß der fragliche Geschäftsverkehr „allgemein zugänglich“ sein muß.

4. Mit Erfolg wendet sich die Revision aber gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte könne sich für den Ausschluß von Händlern, die nicht zumindest die Hälfte des Umsatzes mit den fraglichen Produkten im stationären Handel erzielen, auf keine schützenswerten Interessen berufen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann es der Beklagten nicht verwehrt werden, Händler, die – wie die Klägerin – ausschließlich über das Internet vertreiben, von der Belieferung auszuschließen.

a) Der Internethandel entspricht in vielen Punkten strukturell dem herkömmlichen Versandhandel. Hinsichtlich dieser Vertriebsform ist aber anerkannt, daß die Betreiber eines selektiven Vertriebssystems für hochwertige Markenparfums ein berechtigtes Interesse haben, diese Vertriebsform auszuschließen.

Die Beklagte legt Wert darauf, daß ihre Produkte dem Verbraucher in einem anspruchsvollen, die Aura des Exklusiven vermittelnden Umfeld präsentiert werden. Hierauf zielen zahlreiche Anforderungen ab, die sie ihren Depositären stellt. Darüber hinaus geht es ihr darum, den Kunden die Gelegenheit zu bieten, das jeweilige Parfum oder sonstige Duftwasser auszuprobieren und sich von kundigem Fachpersonal eingehend beraten zu lassen. Diese qualitätsbezogenen Anforderungen kann der Internethandel ebenso wie der klassische Versandhandel nicht erfüllen. In der Vergangenheit hat daher der Senat ebenso wie die Europäische Kommission den Ausschluß des Versandhandels in den Vertriebssystemen der Parfumhersteller durchweg als berechtigt anerkannt (vgl. BGH WuW/E DE-R 206, 210 – Depotkosmetik; EG-Kommission, GRUR Int. 1992, 915, 918 – Yves Saint Laurent Parfums).

b) Die Beklagte ist auch nicht deswegen zur Belieferung der Klägerin als einer ausschließlichen Internethändlerin verpflichtet, weil sie ihren Depositären in einem gewissen Rahmen den Internethandel gestattet. Denn für die darin liegende Ungleichbehandlung der Klägerin auf der einen und der Depositäre auf der anderen Seite bestehen sachliche Gründe, die gleichzeitig die in der Nichtbelieferung liegende Behinderung nicht als unbillig erscheinen lassen. Die Beklagte hat sich durch die Gruppenfreistellungsverordnung für Vertikalverträge Nr. 2790/99 vom 22. Dezember 1999 (sog. Schirm-VO) veranlaßt gesehen, ihren Depositären, die sämtlich auch stationäre Fachgeschäfte betreiben, in gewissem Umfang auch den Vertrieb über das Internet zu gestatten. Die Verordnung Nr. 2790/99 gebietet es dagegen nicht, auch den reinen Internethandel zu beliefern.



Art. 4 lit. b der Verordnung Nr. 2790/99 nimmt u.a. Vereinbarungen von der (Gruppen-)Freistellung aus, die den Kundenkreis beschränken, an den der Händler Vertragswaren verkaufen darf. Die Leitlinien für vertikale Beschränkungen, die die Kommission hierzu herausgegeben hat (ABl. EG 2000/C 291/01), machen deutlich, daß die Kommission darunter gerade auch den Internethandel versteht (vgl. Tz. 51 der Leitlinien; ferner Pautke/Schultze, BB 2001, 317, 318); denn der Internethandel wird im allgemeinen als ein passiver Verkauf im Sinne der in den Leitlinien vorgenommenen Definition (Leitlinien aaO Tz. 50 a.E.) verstanden. Das Begriffspaar „aktiv/passiv“ wird dabei in der Weise verwendet, daß als „aktiver“ Verkauf die aktive Ansprache individueller Kunden, als „passiver“ Verkauf die Erfüllung unaufgeforderter Bestellungen individueller Kunden verstanden wird. Der Internethandel, der sich daraus ergibt, daß Kunden die Website eines Händlers aufsuchen und über sie Ware bestellen, wird dabei ausdrücklich als passiver Verkauf verstanden (Leitlinien aaO Tz. 51). In welchem Umfang danach der Internethandel zugelassen werden muß, mag im einzelnen noch offen sein. Fest steht indessen, daß es die Verordnung einerseits nicht gebietet, auf das Erfordernis eines stationären Ladenlokals als regelmäßigen Absatzweg zu verzichten, daß sie andererseits den vollständigen Ausschluß des Internethandels nicht zuläßt, vielmehr in einem generellen Ausschluß des Internetvertriebs eine sog. Schwarze Klausel sieht (Art. 4 lit. c Verordnung Nr. 2790/99; vgl. auch Leitlinie aaO Tz. 53; ferner M. Bauer, WRP 2003, 243, 247).

Unter diesen Umständen kann der Beklagten nicht entgegengehalten werden, sie habe selbst den Handel über das Internet eröffnet und müsse nunmehr auch diejenigen Händler beliefern, die ihre Ware ausschließlich über das Internet vertreiben. Vielmehr hat die Beklagte lediglich ihren Depositären in dem Umfang den Internethandel gestattet, der nach ihrer Auffassung durch die Verordnung Nr. 2790/99 geboten war. Ein solches Verhalten ist nach § 20 Abs. 1 GWB ge-

rechtfertigt, ohne daß es eines Rückgriffs auf den Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts bedarf (dazu M. Bauer, WRP 2003, 243, 248).

IV. Danach ist das angefochtene Urteil auf die Revision der Beklagten aufzuheben. Die Klage ist abzuweisen. Der Klägerin sind die Kosten des abgetrennten Berufungsverfahrens und des Revisionsverfahrens aufzuerlegen. Insoweit beruht die Entscheidung auf § 91 Abs. 1 ZPO und – soweit die Klägerin im Berufungsrechtszug ihre angekündigten Anträge nicht verlesen hat – auf § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO.

Hirsch

Goette

Bornkamm

Raum

Meier-Beck