



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

KZR 17/03

Verkündet am:  
13. Juli 2004  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Sparberaterin

GWB § 20 Abs. 2

Eine unterschiedliche Behandlung von Nachfragern durch einen Normadressaten ist dann sachlich nicht gerechtfertigt, wenn sie zugunsten der Gewinninteressen des Normadressaten darauf abzielt, die Nachfrager zu einer Verletzung ihrer vertraglichen Verpflichtungen den eigenen Kunden gegenüber zu veranlassen.

BGH, Urteil vom 13. Juli 2004 - KZR 17/03 - OLG Stuttgart

LG Stuttgart

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 2004 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch und die Richter Prof. Dr. Goette, Ball, Prof. Dr. Bornkamm und Dr. Raum

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 16. Juni 2003 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens; die Streithelferinnen haben die durch ihre Streithilfe verursachten Kosten zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, ein Tochterunternehmen der Deutschen Telekom AG, gibt zusammen mit regionalen Telefonbuchverlagen Telefonverzeichnisse heraus. Mit diesen Verlagen, zu denen auch die Streithelferinnen zählen, hat die Beklagte zum Zwecke der Herausgabe der einzelnen Telefonbücher jeweils sogenannte Objektgesellschaften (im folgenden: Herausgeber) in der Rechtsform von Gesellschaften bürgerlichen Rechts gebildet. Bei den von den Herausgebern verlegten Telefonverzeichnissen handelt es sich um "Das Telefonbuch", ein mit 124 Bänden deutschlandweit flächendeckendes und überregionales Telefonverzeichnis, "Das Örtliche", das den jeweiligen Regionalbereich abdeckt

und in einheitlicher Aufmachung erscheint, sowie die "Gelben Seiten", ein nach Branchen gegliedertes überregionales Telefonbuch.

Nach dem Vertriebskonzept der Herausgeber bestehen drei Möglichkeiten, um Inserate in den Telefonbüchern zu schalten. Neben dem direkten Weg über die Herausgeber kann der Werbekunde seine Anzeigen auch über deren Handelsvertreter in Auftrag geben. In beiden Fällen hat er hierfür den Grundpreis zu entrichten, wobei die Handelsvertreter, soweit sie die Inserate akquiriert haben, eine vom Verlag getragene Provision in Höhe von 10 bis 12 % des Anzeigenumsatzes erhalten. Beauftragt der Kunde eine externe Werbeagentur, erhöht sich der Grundpreis für die Inserate um 15 %. Diesen Aufschlag zahlen die Herausgeber an die Werbeagentur als Vergütung aus.

Die Klägerin ist eine auf die Betreuung von Anzeigenkunden spezialisierte Werbeagentur. Sie berät diese und gibt für ihre Kunden Inserate in den Telefonverzeichnissen der Beklagten auf. Die Klägerin arbeitet dabei mit einer Werbe- und Sparberatungsgesellschaft mbH (im folgenden: WSG) zusammen, mit der auch personelle Verflechtungen bestehen. Die WSG berät als sogenannte Sparberaterin Inserenten, die bereits aufwendige Anzeigen in den Telefonbüchern geschaltet haben. Ziel der Beratungstätigkeit der WSG ist nach ihren eigenen Werbeaussagen, eine "signifikante Kosteneinsparung und eine erhebliche Verbesserung des Werbeeffekts" vornehmlich bei Altkunden zu erreichen. Hierfür verlangt die WSG ein vom Kunden zu leistendes einmaliges Erfolgshonorar in Höhe von zwei Drittel der erreichten Einsparung. Die Werbeanzeigen werden dann von der Klägerin auf eigene Rechnung und im eigenen Namen bei den Verlagsgesellschaften in Auftrag gegeben, wobei die Klägerin auch für die Abwicklung des Auftrags (etwa Korrekturen, Datentransfer) verantwortlich ist. Hierfür beansprucht die Klägerin die von den Herausgebern ande-

ren externen Werbeagenturen eingeräumte Vermittlungsprovision in Höhe von 15 %.

In mehreren Schreiben im Jahr 2000 hat die Beklagte der Klägerin mitgeteilt, daß sie im Hinblick auf deren Zusammenarbeit mit der "Sparberaterin" keine weiteren Anzeigen mehr entgegennehmen werde. Die "Sparberaterin" werbe keine Kunden, sondern nutze nur die von ihren Handelsvertretern geschaffenen Kundenkontakte aus. Hiergegen wendet sich die Klägerin und begehrt die Feststellung, daß die Beklagte verpflichtet sei, die in eigenem Namen und auf eigene Rechnung der Klägerin aufgegebenen Insertionsbestellungen hinsichtlich bestimmter konkret bezeichneter Telefonbücher zu den jeweils geltenden Bestimmungen anzunehmen und der Klägerin den durch die Ablehnung der Anträge entstandenen Schaden zu ersetzen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil keine Pflicht der Beklagten zur Annahme solcher Inserate bestehe und deshalb eine unbillige Behinderung im Sinne des § 20 Abs. 2 GWB ausscheide. Das Oberlandesgericht hat zunächst die Berufung der Klägerin als unzulässig verworfen. Der Bundesgerichtshof hat dieses Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen (Urt. v. 9.7.2002 - KZR 13/01). Nunmehr hat das Berufungsgericht eine Pflicht der Beklagten zur Annahme der Insertionsbestellungen festgestellt. Es hat weiterhin die im Berufungsrechtszug von der Beklagten erhobene Widerklage abgewiesen, wonach sie auch hinsichtlich der übrigen - nicht vom Klageantrag und auch nicht von anderweitigen Prozessen erfaßten - Telefonbücher "Das Telefonbuch", die "Gelben Seiten" und den "Örtlichen Telefonbüchern" nicht verpflichtet sei, Insertionsbestellungen der Klägerin anzunehmen (OLG Stuttgart WuW/E DE-R 1191). Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten. Die Streithelferinnen der Beklagten haben sich deren Anträgen angeschlossen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht hat eine Pflicht der Beklagten angenommen, die von der Klägerin im eigenen Namen und auf eigene Rechnung eingereichten Anzeigenaufträge anzunehmen. Der Klägerin stehe gemäß §§ 33, 20 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GWB i.V. mit § 1004 BGB analog ein kartellrechtlicher Anspruch auf Vertragsschluß zu. Die Beklagte sei als jedenfalls marktstarkes Unternehmen Normadressat des § 20 Abs. 2 GWB. Selbst wenn in einigen Regionalbereichen weitere Telefonverzeichnisse herausgegeben würden, komme den Telefonverzeichnissen der Beklagten eine Sonderstellung zu, weil sie - als Nachfolger der amtlichen Telefonbücher - deutschlandweit in der gleichen Aufmachung kostenlos vertrieben würden. Der werbetreibende Kunde erwarte deshalb von einer Werbeagentur, daß sie gerade dort Anzeigen schalten könne. Die Beklagte behandle die Klägerin im Vergleich zu anderen externen Werbeagenturen unterschiedlich. Hierfür bestehe keine sachliche Rechtfertigung, weil das Verhalten der Klägerin, als Werbeagentur für ihre Kunden eine möglichst kostengünstige Telefonbuchwerbung zu erzielen, nicht wettbewerbswidrig sei. Angesichts ihrer Marktmacht könne deshalb die Beklagte, auch wenn dadurch ihre eigenen Gewinnchancen beeinträchtigt würden, die Zusammenarbeit der Klägerin mit der Sparberaterin nicht zum Anlaß nehmen, gegenüber der Klägerin die Annahme von Inseraten zu verweigern.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht die Herausgeber als Normadressaten des § 20 Abs. 2 GWB angesehen. Es ist dabei mit Recht und von der Revision unbeanstandet davon ausgegangen, daß die Beklagte als Ge-

sellschafterin sämtlicher Herausgebergesellschaften analog § 128 HGB die Annahme und Ausführung der Anzeigenaufträge schuldet.

Den von der Beklagten durch ihre Objektgesellschaften herausgegebenen Telefonbüchern, die über die Postfilialen kostenlos verteilt werden, kommt am Markt eine besondere Stellung zu (BGH, Urt. v. 24.9.2002 - KZR 38/99, WuW/E DE-R 1051, 1052 - Vorleistungspflicht). Die aus den sogenannten amtlichen Telefonbüchern hervorgegangenen Verzeichnisse werden in den einzelnen Haushalten aufbewahrt und für den Bedarfsfall griffbereit gehalten und dienen damit für potentielle Interessenten als erstes wichtiges Orientierungsmittel.

Unabhängig davon, ob mittlerweile in einigen regionalen Märkten andere Telefonverzeichnisse verlegt werden, kommt den klassischen Telefonbüchern aus Sicht der Werbewirtschaft eine herausragende Bedeutung zu. Deshalb hat das Berufungsgericht zutreffend jedenfalls eine relative Marktmacht der Herausgeber im Sinne des § 20 Abs. 2 GWB angenommen, weil die Klägerin als Werbeagentur ihren Kunden auch den Zugang zu den von der Beklagten mit herausgegebenen Telefonbüchern ermöglichen muß. Wegen ihrer überragenden Bedeutung als Werbemedium ist die Anzeigenschaltung in diesen Telefonbüchern für Werbekunden von erheblicher Relevanz. Dies wirkt sich auch auf die Klägerin aus, die Kunden nur gewinnen wird, wenn sie für diese dort auch Inserate schalten kann. Für die Klägerin ist deshalb keine Ausweichmöglichkeit gegeben, so daß sie von den Herausgebern im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 GWB abhängig ist.

2. Eine Ungleichbehandlung der Klägerin hat das Berufungsgericht zu Recht darin erblickt, daß die Herausgeber Inserate anderer Werbeagenturen annehmen. Jedenfalls die anderen externen Werbeagenturen, die im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Inserate schalten, bilden insoweit die maß-

gebliche Vergleichsgruppe. Der Senat kann deshalb offenlassen, ob auch eine unterschiedliche Behandlung gegenüber den über die eigenen Handelsvertreter geworbenen Kunden in Betracht kommt.

3. Entgegen der Auffassung der Beklagten und ihrer Streithelferinnen besteht kein sachlich gerechtfertigter Grund für eine unterschiedliche Behandlung der Klägerin nach § 20 Abs. 1, 2 GWB. Die vom Berufungsgericht hierzu vorgenommene umfassende Interessenabwägung läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hindert das Diskriminierungsverbot den Normadressaten grundsätzlich allerdings nicht daran, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie er dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig erachtet (BGH WuW/E DE-R 1051, 1053 - Vorleistungspflicht; Urt. v. 17.3.1998 - KZR 30/96, WuW/E DE-R 134, 136 - Bahnhofsbuchhandel; Beschl. v. 25.10.1988 - KVR 1/87, WuW/E 2535, 2539 f. - Lüsterbehangsteine). Dies umfaßt grundsätzlich das Recht des Normadressaten, seinen Vertrieb auch über unternehmenseigene Tochtergesellschaften zu organisieren. Entschließt sich der Normadressat jedoch prinzipiell, seine Leistungen nicht nur durch von ihm beherrschte Tochterunternehmen anzubieten, trifft ihn grundsätzlich die Pflicht zur Gleichbehandlung gleichartiger Unternehmen. Eine Benachteiligung einzelner Abnehmer ist dann nur bei Vorliegen besonderer rechtfertigender Umstände möglich (BGH WuW/E DE-R 1051, 1053 - Vorleistungspflicht). Dabei sind im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung an den Normadressaten verschärfte Anforderungen zu stellen, wenn er als Anbieter von Waren oder gewerblichen Leistungen den Vertragsabschluß mit potentiellen Abnehmern - im Sinne einer Liefersperre - gänzlich verweigert und den betreffenden Unternehmen hierdurch den Zutritt zum Markt praktisch verwehrt (vgl. Markert in

Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 20 Rdn. 151; vgl. auch BGHZ 49, 90, 99 - Jägermeister).

b) Eine Rechtfertigung für den vollständigen Abbruch der Geschäftsbeziehungen mit der Klägerin kann insbesondere nicht darin erblickt werden, daß diese mit der "Sparberaterin" zusammenarbeitet und damit bei der Schaltung der Insetate auf eine Kostensenkung für ihre Kunden besonderen Wert legt. Eine solche Zielrichtung ihrer Beratungstätigkeit verlangt schon das Vertragsverhältnis, in dem die Klägerin zu ihren jeweiligen Werbekunden steht. Diesen gegenüber ist sie nämlich verpflichtet, sie im Sinne einer größtmöglichen Werbeeffizienz bei möglichst geringen Kosten zu beraten (BGHSt 23, 246, 250 f. = GRUR 1970, 572, 573 - context). Dabei ist es unerheblich, ob sich die Klägerin und die mit ihr verbundene WSG ihre Beratungstätigkeit durch ein Zeit- oder ein Erfolgshonorar vergüten lassen. Schon diese Pflichtenstellung, die aus dem Vertragsverhältnis herrührt, kollidiert zwangsläufig mit kaufmännischen Gewinninteressen der Beklagten. Insoweit geht es auch nicht mehr darum, daß die Beklagte ihr eigenes Absatzsystem wirtschaftlich sinnvoll gestaltet. Die Wirkung der Beeinflussung, welche die Beklagte durch ihre Annahmeverweigerung zu erzielen versucht, strahlt in die Vertragsverhältnisse der vorgelagerten Marktstufe aus. Letztlich will sie nämlich ein bestimmtes Beratungsverhalten unterbinden, das ihren eigenen Geschäftsinteressen abträglich ist.

Dieses Vorgehen der Herausgeber ist unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die im Rahmen der Interessenabwägung zu beachten ist (BGH, Urt. v. 27.4.1999 - KZR 35/97, WuW/E DE-R 357, 359 - Feuerwehrrgeräte), nicht schützenswert. Ein solches Verhalten berührt die ordnungsgemäße Vertragserfüllung der Werbeagentur ihrem Kunden gegenüber. Durch seine Marktmacht könnte der Normadressat zugleich die wettbewerbliche Betä-

tigung auf einer vorgelagerten Marktstufe dergestalt bestimmen oder beeinflussen, daß dort nicht mehr das an einer optimalen Kosten/Nutzen-Relation orientierte Beratungsergebnis, sondern die Gewinninteressen der Beklagten im Vordergrund stehen. Dies beeinträchtigt nicht nur die berechnete Erwartung des Kunden an einer auf seine Bedürfnisse zugeschnittenen Beratung, sondern ist zugleich geeignet, den Marktzutritt weiterer werblicher Berater insgesamt zu erschweren (vgl. BGH, Urt. v. 12.3.1991 - KZR 26/89, WuW/E 2707, 2716 - Krankentransportunternehmen II); denn die Beeinträchtigung einer interessengerechten Beratung macht die Betätigung auf diesem Markt unattraktiv.

c) Ohne Erfolg berufen sich die Beklagte und ihre Streithelferinnen als Rechtfertigung für ihre Abschlußverweigerung darauf, daß eine weitere Tätigkeit der mit der Klägerin verbundenen "Sparberaterin" die Funktionsfähigkeit ihres Handelsvertretersystems beeinträchtige. Sie verweist darauf, daß ihre Handelsvertreter erhebliche Anstrengungen unternähmen, um Neukunden zu gewinnen, ihnen aber das lukrative Folgegeschäft mit Altkunden verloren gehe. Daß die Handelsvertreter der Herausgeber anders als die Klägerin auch Neukunden akquirieren, ist für die Interessenbewertung - wie das Berufungsgericht zutreffend feststellt - schon deshalb ohne Belang, weil die Herausgeber bei anderen Werbeagenturen auch nicht danach differenzieren, ob diese nur Alt- oder auch Neukunden betreuen. In der unterschiedlichen Behandlung gegenüber anderen freien Werbeagenturen liegt aber die Ungleichbehandlung im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB. Diese bildet auch im Rahmen der Prüfung eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes den maßgeblichen Bezugspunkt.

Entgegen der Auffassung der Revision kann eine sachliche Rechtfertigung für die Ablehnung der über die Klägerin eingereichten Inserate auch nicht in der Stützung des von den Herausgebern eingerichteten Handelsvertretersystems gesehen werden. Die Beklagte hat insoweit behauptet, es bestehe die

Gefahr, daß die Handelsvertreter ihre Tätigkeit für die Herausgeber aufgrund eines Rückgangs des lukrativen Geschäfts mit den Altkunden einstellen könnten. Das Berufungsgericht hat eine solche Auswirkung auf das Handelsvertreterssystem auch festgestellt. Gleichwohl vermag dieser Gesichtspunkt das Ergebnis der Interessenabwägung nicht zu beeinflussen. Eine an sich legitime Stärkung der eigenen Vertriebsstruktur darf nämlich nicht dazu führen, daß in die Beratungsverhältnisse auf dem vorgelagerten Markt eingegriffen wird. Dies bewirkt aber die Praxis der Herausgeber, zwar generell die über externe Werbeagenturen eingereichten Anzeigen entgegenzunehmen, nicht jedoch solche, die über die Klägerin geschaltet werden sollen. Damit differenzieren die Herausgeber nach dem Inhalt der Beratung durch die Werbeagenturen und danach, ob diese ihren kaufmännischen Interessen entspricht. Letztlich zielt der von der Beklagten angeführte Gesichtspunkt des Erhalts des eigenen Handelsvertreterersystems nur darauf ab, daß durch die "Sparberatung" Umsatzrückgänge zu verzeichnen sind, die sich zwangsläufig auch auf die mit den Herausgebern zusammenarbeitenden Handelsvertreter auswirken müssen. Abgesehen davon, daß die Beklagte und ihre Streithelferinnen nicht aufgezeigt haben, inwieweit eine Beeinträchtigung des Handelsvertreterersystems unumgänglich wäre und nicht durch andere Maßnahmen aufgefangen werden könnte, vermögen deshalb auch mögliche Provisionseinbußen bei ihren Handelsvertretern keine so weitreichende Maßnahme wie die generelle Ablehnung der von der Klägerin akquirierten Inserate zu rechtfertigen.

d) Schließlich beanstandet die Revision ohne Erfolg, daß die Interessenbewertung schon deshalb zu einem ihnen günstigen Ergebnis hätte führen müssen, weil die Klägerin lukrative Altkunden "abwerbe". Eine solche Abwerbung von Kunden ist aber nach den Urteilsfeststellungen nicht ersichtlich. Vielmehr inserieren die von der Klägerin betreuten Werbekunden weiter in den von

den Verlagsgesellschaften herausgegebenen Telefonbüchern; verringert hat sich lediglich der mit den einzelnen Inseraten erzielte Umsatz.

Entgegen der Auffassung der Revision nutzt die Klägerin dabei auch keine geschäftliche Leistung der Handelsvertreter der Herausgeber in unerlaubter Weise (§ 4 Nr. 9 lit. b UWG) aus (zum unlauteren Ausnutzen fremder Werbung vgl. Baumbach/Hefermehl/Köhler, UWG, 3. Aufl., § 4 Rdn. 9.22 und 10.74 m.w.N.). Die Betreiber von Telefonnetzen sind zu einer Veröffentlichung der wesentlichen Daten der Anschlußnehmer - jedenfalls soweit diese nicht widersprechen - gesetzlich verpflichtet (§ 78 Abs. 2 Nr. 2 i.V. mit § 104 Telekommunikationsgesetz - TKG). Insofern handelt es sich um frei zugängliche Daten, auf deren Grundlage die Klägerin dann ihre Beratung durchführt. Ein solches Verhalten ist lauterkeitsrechtlich unbedenklich.

Hirsch

Goette

Ball

Bornkamm

Raum