



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

KZR 46/05

vom

11. Oktober 2006

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 11. Oktober 2006 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, den Vorsitzenden Richter Ball und die Richter Prof. Dr. Bornkamm, Dr. Raum und Prof. Dr. Meier-Beck

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 17. November 2005 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 I. Die Klägerin nimmt die beklagte Vertriebsgesellschaft des Burda-Verlags auf Belieferung mit den Zeitschriften FOCUS, BUNTE, FREUNDIN und ELLE zu den Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Beklagten für Lesezirkel (Anlage JS 3) in Anspruch. Sie beabsichtigt den Betrieb eines oder mehrerer Lesezirkel und ist der Auffassung, die Beklagte dürfe als marktbeherrschendes oder jedenfalls marktstarkes Unternehmen ihre – der Klägerin – Belieferung nicht verweigern.
  
- 2 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Das Berufungsgericht hat die Revision nicht zugelassen; hiergegen richtet sich die Beschwerde der Klägerin.

3 II. Die zulässige Beschwerde hat Erfolg und führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, da dieses den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat (§ 544 Abs. 7 ZPO).

4 1. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

5 Trotz gleich gebliebenem Klageantrag habe sich der Streitgegenstand in der Berufungsinstanz erweitert. In erster Instanz habe die Klägerin einen Belieferungsanspruch nach Maßgabe ihres Projekts "A. -Lesezirkel" geltend gemacht, in dessen Rahmen an die A. AG gebundenen Friseuren Zeitschriften in mit A. -Werbung versehenen Mappen geliefert werden sollten, und gemeint, die Unterschiede zu herkömmlichen Lesezirkelunternehmen fielen nicht ins Gewicht. Nunmehr beanspruche die Klägerin, als "normales Lesezirkelunternehmen" beliefert zu werden, wobei sie ihr neues Projekt "B. -Lesezirkel" – eine Kooperation mit einem Verband von Zahntechniklaboren (B. ), der die Zeitschriftenabonnements als Instrument der Kundenbindung gegenüber Zahnärzten einsetzen will – als darunter fallend ansehen wolle, "letztlich nicht anders als im Falle des A. -Lesezirkel".

6 Ein Belieferungsanspruch nach Maßgabe des Projekts "A. -Lesezirkel" bestehe nicht. Ob die Beklagte Normadressatin des Diskriminierungs- und Behinderungsverbots sei, könne dahinstehen. Die Klägerin werde nicht diskriminiert, weil sich der "A. -Lesezirkel" schon durch die das Charakteristische des Projekts durchaus treffende Namensgebung von dem üblichen Lesezirkelvertrieb unterscheide. Hierdurch werde nämlich zum Ausdruck gebracht, dass "eigentlicher Sponsor" des Lesezirkels ein Markenartikelhersteller sei und nach außen als dessen Träger bzw. Betreiber auftrete. Auch verfüge die Klägerin nicht über eine eigene Lesezirkelvertriebsorganisation, sondern die

Abonnentenwerbung erfolge durch die Außendienstmitarbeiter von A. , die auch die Auslieferung übernähmen, was einer prinzipiell flächendeckenden und gleichmäßig verteilten Abonnentenakquisition mit einer entsprechenden Leserstreueung schon nach der Lebenserfahrung entgegenstehen müsse. Daher fehle es auch an einer unbilligen Behinderung. Es liege auf der Hand, dass die Beklagte ein schützenswertes Interesse daran habe, nur an solche Lesezirkelunternehmen zu liefern, die das eigene Anzeigengeschäft, aber auch die Preisstellung ihrer Zeitschriften im normalen Abverkauf nicht nachteilig beeinflussten. Weitere Gesichtspunkte ließen den ohnehin nicht bestehenden Belieferungsanspruch der Klägerin zusätzlich unbegründet erscheinen. Dazu gehörten das kleine Titelsortiment, das die Klägerin anbieten wolle, das Fehlen von Wahlmöglichkeiten bei der Titelauswahl und die Zweifel daran, dass die Klägerin mit den A. -Mitarbeitern die Abholung der Mappen und die bei Lesezirkeln übliche Folgevermietung gewährleisten könne.

7            Soweit die Klageanträge auf das weitere Lesezirkelprojekt "B. - Lesezirkel" bezogen seien, sei die Zulassung der Klageerweiterung nicht sachdienlich. Es werde, auch wenn er gewisse Parallelen zum Projekt "A. - Lesezirkel" aufweisen möge, ein "ganz neuer Sachverhalt" zum Streitgegenstand gemacht; die Kriterien, nach denen die Klägerin diesen neuen Lesezirkel durchführen wolle, seien nicht abgeklärt und in vielen Einzelheiten streitig.

8            2.        Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat den von der Klägerin verfolgten Belieferungsanspruch zu Unrecht in zwei Streitgegenstände aufgegliedert, infolgedessen den geltend gemachten Anspruch nicht für denjenigen Sachverhalt geprüft, für den ihn die Klägerin geltend gemacht hat, und damit den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt.

9 a) Wie die Beschwerde zu Recht rügt, hat die Klägerin bereits in erster Instanz keine Belieferung für einen "A. -Lesezirkel" beansprucht. Die Bezeichnung ist zwar vorprozessual in Werbeunterlagen verwendet worden, wird im Klagevorbringen selbst jedoch nicht erwähnt. Die Klägerin hat auch in erster Instanz nicht vorgetragen, die Auslieferung der Lesemappen solle durch den A. -Außendienst erfolgen, sondern hat bereits in ihrem – mit der Klageschrift überreichten – Schreiben vom 18. Mai 2004 an die Beklagte (Anlage JS 7) die beabsichtigte Zusammenarbeit mit dem Logistikunternehmen t.

GmbH, die das Berufungsgericht als Charakteristikum des erweiterten zweitinstanzlichen Klagebegehrens erwähnt, bei der Auslieferung der Lesemappen dargestellt.

10 Umgekehrt hat die Klägerin in zweiter Instanz nicht erklärt, nunmehr (auch) ein Projekt "B. -Lesezirkel" verfolgen zu wollen. Sie hat lediglich das von ihr verfolgte Projekt, und die Art und Weise, wie sie dessen Konformität mit den Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Beklagten für den Lesezirkel gewährleisten will, näher erläutert und ist dabei von dem Begriff "A. -Lesezirkel" ausdrücklich abgerückt. Darin lag nur eine weitere Erläuterung und gegebenenfalls teilweise Berichtigung eines im Kern gleich gebliebenen Sachverhalts, auf dessen Grundlage die Klägerin einen Belieferungsanspruch gegen die Beklagte behauptet und der dadurch gekennzeichnet ist, dass die Klägerin Lesezirkel betreiben möchte, die von bestimmten Unternehmen wie A. oder B. als Werbemittel eingesetzt und dementsprechend insbesondere durch Teilnehmerakquisition aus deren Abnehmerkreis gefördert werden sollen. Von dieser Eigenart ihres Projekts hat die Klägerin in erster Instanz vertreten, sie stelle einen nicht ins Gewicht fallenden Unterschied zu herkömmlichen Lesezirkelunternehmen dar, während sie in zweiter Instanz gemeint hat, eine solche Bindung stehe mit der Tätigkeit eines "normalen Lesezirkelunternehmens" nicht in Widerspruch, weil die Vermarktung der Lesezirkelumschläge als Anzeigenflächen seit vielen Jahren üblich sei.

11 Mit einer Veränderung des Streitgegenstandes hat diese Akzentverschiebung bei der rechtlichen Bewertung nichts zu tun. Änderungen des Tatsachenvortrags im Detail, wie etwa ein Wechsel des Logistikunternehmens, sind gleichfalls unschädlich. Die Klägerin hat damit keinen neuen Klagegrund in das Verfahren eingeführt. Die Identität des Klagegrundes wird aufgehoben, wenn durch neue Tatsachen der Kern des in der Klage angeführten Lebenssachverhaltes verändert wird. Dabei muss es sich um wesentliche Abweichungen handeln; die bloße Ergänzung oder Berichtigung der tatsächlichen Angaben fällt unter § 264 Nr. 1 ZPO und stellt daher keine Änderung des Klagegrundes dar (BGHZ 154, 342, 348 f. – Reinigungsarbeiten; BGH, Urt. v. 19.9.1996 – I ZR 76/95, GRUR 1997, 141 – Kompetenter Fachhändler).

12 b) Die Versagung des rechtlichen Gehörs ist auch entscheidungserheblich, da nach dem der rechtlichen Nachprüfung zugrunde zu legenden Sachverhalt ein Belieferungsanspruch der Klägerin nicht ausgeschlossen werden kann.

13 Da das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, ist für das Beschwerdeverfahren davon auszugehen, dass die Beklagte als marktbeherrschendes oder jedenfalls marktstarkes Unternehmen Normadressat des Diskriminierungsverbots nach § 20 GWB ist und dass die Klägerin von ihr in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, unterschiedlich behandelt wird, indem ihr die Belieferung mit den begehrten Zeitschriften zu Lesezirkelbedingungen versagt wird.

14 Der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung ist kein sachlich gerechtfertigter Grund für die Ungleichbehandlung zu entnehmen.

15 Das Berufungsgericht stellt zum einen auf die Namensgebung ab. Die Klägerin hat jedoch in der Berufungsinstanz klargestellt, dass der Lesezirkel nicht als "A. -Lesezirkel" bezeichnet werden soll. Damit ist auch der An-

nahme des Berufungsgerichts die Grundlage entzogen, A. erscheine damit als Träger oder Betreiber des Lesezirkels.

16 Zum anderen stellt das Berufungsgericht darauf ab, dass die Klägerin nicht über eine eigene Lesezirkel-Vertriebsorganisation verfüge, sondern die Abonnentenwerbung durch A. -Außendienstmitarbeiter erfolgen solle, die auch die Auslieferung übernähmen. Auch das entspricht hinsichtlich der Auslieferung der Zeitschriften nicht dem Sachvortrag der Klägerin. Hinsichtlich der Abonnentenwerbung fehlt es an Feststellungen des Berufungsgerichts dazu, ob die Beklagte bei den von ihr belieferten Lesezirkeln bestimmte Anforderungen an die Organisation und den Träger der Abonnentenwerbung stellt und welche Anforderungen dies gegebenenfalls sind. Die Erwägung des Berufungsgerichts, nach der Lebenserfahrung sei eine "flächendeckende und gleichmäßig verteilte" Akquisitionstätigkeit der Außendienstmitarbeiter eines Markenartikelherstellers wie A. nicht zu erwarten, ist zwar für sich genommen nicht zu beanstanden, trägt jedoch die Annahme einer sachlichen Rechtfertigung der Ungleichbehandlung nicht, solange die Anforderungen nicht feststehen, die die Beklagte insoweit an die Akquisitionstätigkeit eines Lesezirkelbetreibers stellt.

17 3. Das Berufungsurteil ist hiernach aufzuheben. Da die Aufhebung nach § 544 Abs. 7 ZPO erfolgt, wird das Beschwerdeverfahren, wie die Vorschrift ausdrücklich bestimmt, abweichend von § 544 Abs. 6 ZPO nicht als Revisionsverfahren fortgesetzt, so dass es der vorherigen Zulassung der Revision nicht bedarf (BGH, Beschl. v. 5.4.2005 – VIII ZR 160/04, NJW 2005, 1950). Der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision wird vielmehr im Falle des § 544 Abs. 7 ZPO in der Weise stattgegeben, dass der Bundesgerichtshof dem Beschwerdebegehren, die Nachprüfung des Berufungsurteils zu eröffnen, durch dessen unmittelbare Aufhebung entspricht.

18           4. Für die neue Verhandlung weist der Senat vorsorglich darauf hin, dass die Beklagte entgegen der Auffassung der Beschwerde nicht verpflichtet ist, die Klägerin bereits dann zu beliefern, wenn diese die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Beklagten für den Lesezirkel akzeptiert und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie diese Bedingungen bei Aufnahme der Belieferung nicht einhalten wird. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hindert das Diskriminierungsverbot den Normadressaten grundsätzlich nicht daran, seine geschäftliche Tätigkeit und sein Absatzsystem nach eigenem Ermessen so zu gestalten, wie er dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig erachtet (BGH, Urt. v. 13.7.2004 – KZR 17/03, WuW/E DE-R 1377, 1378 f. – Sparberaterin; Urt. v. 24.9.2002 – KZR 38/99, 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). Die Belieferung von Lesezirkeln zu besonderen Konditionen ist ein Vertriebsinstrument der Verlage, mit dem diese vornehmlich die Reichweiten der von ihnen vertriebenen Zeitschriften erhöhen, möglicherweise diese aber auch qualitativ steuern wollen. Es steht den Verlagen daher grundsätzlich frei, sachliche Voraussetzungen für die Belieferung eines Lesezirkels aufzustellen.

19           Im Streitfall wird das Berufungsgericht insbesondere zu prüfen haben, ob die Lieferverweigerung deswegen sachlich gerechtfertigt ist, weil die Beklagte nur solche Lesezirkelbetreiber beliefert und beliefern will, die sich nicht an einen bestimmten Werbepartner binden, der die Lesemappen als Instrument der

Kundenbindung einsetzen will und damit dauerhaft auch die werbliche Wirkung der in der Zeitschrift selbst publizierten Anzeigen beeinflussen kann.

Hirsch

Ball

Bornkamm

Raum

Meier-Beck

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 02.12.2004 - 315 O 558/04 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 17.11.2005 - 1 Kart U 13/04 -