



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 9/06

Verkündet am:
8. Mai 2007
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Autoruf-Genossenschaft II

GWB 1999 § 20 Abs. 1

Auch eine Genossenschaft, die Normadressatin des § 20 Abs. 1 GWB ist, ist grundsätzlich berechtigt, ihre Einrichtungen ausschließlich Mitgliedern zur Verfügung zu stellen.

BGH, Urteil vom 8. Mai 2007 – KZR 9/06 – OLG München

LG München I

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Januar 2007 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Raum, Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts München vom 30. März 2006 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts München I – 33. Zivilkammer als Kartellkammer – vom 12. Juli 2005 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Rechtsmittel.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger betreibt ein Taxiunternehmen in München. Die Beklagte ist eine Genossenschaft von Taxiunternehmern in München; sie besteht aus etwa 2.000 Mitgliedern mit ca. 3.200 Fahrzeugen. Die Beklagte unterhält neben einer Auftragsvermittlungszentrale ein System von etwa 120 Telefonrufsäulen, die an

Taxistandplätzen aufgestellt sind und von den Taxikunden direkt angerufen werden können. Obwohl in München weitere kleinere Taxigenossenschaften bestehen, wird ein Rufsäulensystem nur von der Beklagten zur Verfügung gestellt. Etwa 93% der Münchner Taxiunternehmer nehmen hierüber Aufträge entgegen. Insgesamt vermittelt die Beklagte über ihr Rufsäulensystem jährlich ca. 8 Millionen Aufträge; weitere 1,4 Millionen Aufträge werden über ihre Funkzentralvermittlung an die einzelnen Taxifahrer weitergeleitet.

2 Die Beklagte stellt das Auftragsvermittlungssystem grundsätzlich nur ihren Mitgliedern zur Verfügung. Zwar lässt es ihre Satzung zu, dass auch Nichtmitglieder im Wege eines so genannten Anschlussvertrags die genossenschaftlichen Einrichtungen nutzen. In der Praxis erlaubt dies die Beklagte jedoch nur in den Fällen, in denen eine Mitgliedschaft nicht möglich ist, weil der Nutzende nur Pächter, nicht aber Inhaber einer Genehmigung zum Taxiverkehr in München ist. Für die Aufnahme in die Genossenschaft wird ein einmaliges Eintrittsgeld erhoben, das derzeit 2.000 Euro netto beträgt. Das Eintrittsgeld wird nicht zurückgezahlt, wenn ein Genosse austritt. Für die Teilnahme an der Auftragsvermittlung über die Rufsäulen verlangt die Beklagte von ihren Mitgliedern ein jährliches Entgelt in Höhe von 560 Euro, für die Funkvermittlung weitere 480 Euro netto.

3 Der Kläger wollte zunächst an die Auftragsvermittlung über Funk und die Rufsäulen angeschlossen werden, ohne Mitglied in der Beklagten werden zu müssen. Diesen Wunsch begründete er damit, dass er bereits sehr hohe Anfangsinvestitionen habe tätigen müssen und nicht wisse, wie lange er überhaupt ein Taxiunternehmen betreiben werde. Nachdem die Beklagte ihm den Abschluss eines Anschlussvertrags verwehrt und auf den Erwerb eines Genossenschaftsanteils verwiesen hatte, trat er in die Beklagte ein. Mittlerweile hat

der Kläger nur noch Interesse an einer Auftragsvermittlung über die Telefonruffsäulen, nicht mehr hingegen zusätzlich an einer solchen über die zentrale Funkvermittlung. Mit der Klage fordert er das in Raten eingezahlte Eintrittsgeld zurück, weil die Beklagte ihn unter Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zum Eintritt in die Genossenschaft veranlasst habe.

- 4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beklagte verurteilt, an den Kläger 2.000 Euro Zug um Zug gegen Ausscheiden des Klägers aus der Genossenschaft zu zahlen; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen (OLG München WuW/E DE-R 1749). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger ist der Revision entgegengetreten.

Entscheidungsgründe:

- 5 Die zulässige Revision hat Erfolg.

I.

- 6 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

- 7 Die Beklagte sei als Anbieterin von Vermittlungsleistungen für Beförderungsaufträge durch Telefon und Funk marktbeherrschend im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB 1999. Sie behindere den Kläger dadurch unbillig, dass sie seine Teilnahme an dem Funk- und Ruffsäulensystem von einer Mitgliedschaft abhän-

gig mache. Dadurch übe sie einen faktischen Zwang aus, mit dem sie bezwecke, dass er sich gegen seinen Willen ihrer berufsständischen Vereinigung anschließe. Zudem erteile die Stadt München keine weiteren Sondernutzungserlaubnisse für Telefonrufsäulen an andere Betreiber, da sie davon ausgehe, dass die Beklagte Taxiunternehmen ohne Zwang zur Mitgliedschaft an den Einrichtungen partizipieren lasse. Auch wenn die Beklagte dieses System bereits seit längerer Zeit praktiziere, zeige das Beispiel anderer Städte, dass die Mitgliedschaft in der Genossenschaft nicht notwendig Voraussetzung dafür sein müsse, dass ein Taxiunternehmer an dem System teilnehme. Denkbar sei schließlich, außen stehende Taxiunternehmer – gegebenenfalls zu höheren Preisen – an dem Auftragsvermittlungssystem partizipieren zu lassen. Die Beklagte dürfe jedenfalls als Marktbeherrscherin nach § 20 Abs. 1 GWB 1999 dieses System nicht nutzen, um so Taxiunternehmen, die sie anders nicht zu einem Beitritt bewegen könne, für sich zu gewinnen. Dem Kläger stehe deshalb ein Schadensersatzanspruch gemäß § 33 Satz 1 GWB 1999 zu. Der Schaden bestehe in dem gezahlten Eintrittsgeld in Höhe von 2.000 Euro netto. Diesen Anspruch brauche die Beklagte erst zu erfüllen, wenn der Kläger aus der Genossenschaft ausscheide, weil er solange noch die Vorteile aus der Mitgliedschaft in Anspruch nehme. Deshalb komme nur eine Zug-um-Zug-Verurteilung in Betracht.

II.

8

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft eine unbillige Behinderung nach § 20 Abs. 1 GWB 1999 darin gesehen, dass die Beklagte die Teilnahme des Klägers

an der Auftragsvermittlung von einer Mitgliedschaft in der Genossenschaft abhängig gemacht hat.

9 1. Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Beklagte als Anbieterin auf dem örtlichen Markt der telefonischen Vermittlung von Beförderungsaufträgen marktbeherrschend sei. Derartige Vermittlungsleistungen für Beförderungsaufträge werden in München ganz überwiegend von der Beklagten und über Rufsäulen allein von ihr erbracht (vgl. BGH, Beschl. v. 28.6.1977 – KVR 2/77, WuW/E 1495, 1496 – Autoruf-Genossenschaft I).

10 2. Ebenfalls ohne Rechtsverstoß nimmt das Berufungsgericht an, dass das vom Kläger beanstandete Verhalten der Beklagten in einem Geschäftsverkehr erfolgt, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist.

11 Das Tatbestandsmerkmal der Zugänglichkeit eines Geschäftsverkehrs für gleichartige Unternehmen dient nach ständiger Rechtsprechung nur einer verhältnismäßig groben Sichtung. Es genügt, wenn die zu vergleichenden Unternehmen nach unternehmerischer Tätigkeit und wirtschaftlicher Funktion im Verhältnis zur Marktgegenseite dieselben Aufgaben erfüllen (BGHZ 101, 72, 79 – Krankentransporte I; BGHZ 129, 53, 60 – Importarzneimittel; BGH, Urt. v. 13.11.1990 – KZR 25/89, WuW/E 2683, 2686 – Zuckerrübenanlieferungsrecht I; Urt. v. 27.4.1999 – KZR 35/97, WuW/E DE-R 357 f. – Feuerwehrgeräte; Urt. v. 4.11.2003 – KZR 2/02, WuW/E DE-R 1203 f. – Depotkosmetik im Internet). Diese Voraussetzungen sind gegeben, weil die Beklagte die vom Kläger begehrte Leistung gegenüber anderen Unternehmen erbringt. Deshalb stehen die Taxiunternehmen, die von der Beklagten Vermittlungsleistungen über Telefonrufsäulen erlangen wollen, ihr gegenüber im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB 1999 in

einem Geschäftsverkehr, der anderen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist (vgl. BGHZ 120, 161, 175 – Taxigenossenschaft II).

- 12 3. Die Weigerung der Beklagten, mit dem Kläger einen dessen Mitgliedschaft nicht voraussetzenden Anschlussvertrag einzugehen, stellt zwar eine Behinderung des Klägers dar. Diese ist aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht unbillig.
- 13 Ob eine Behinderung unbillig ist, bestimmt sich aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes (BGHZ 38, 90, 102 – Treuhandbüro; BGHZ 52, 65, 71 – Sportartikelmesse; BGHZ 107, 273, 280 – Staatslotterie; BGHZ 160, 67, 77 – Standard-Spundfass). Die Interessenabwägung kann nur einzelfallbezogen vorgenommen werden (BGH, Beschl. v. 3.5.1988 – KVZ 1 bis 3/87, WuW/E 2513, 2514 – Sportartikelfachgeschäft).
- 14 a) Eine umfassende Interessenabwägung ist hier nicht schon wegen der genossenschaftlichen Struktur der Beklagten entbehrlich. Zwar dient die Genossenschaft ihrem Wesen nach dazu, die wirtschaftliche Betätigung ihrer Mitglieder zu fördern, indem sie ihnen besondere Einrichtungen zur Verfügung stellt. Solche Einrichtungen sind auch die von ihr unterhaltenen Telefonrufsäulen, die für die in ihr zusammengeschlossenen Taxiunternehmen die Auftragsannahme verbessern sollen. Ist die Genossenschaft jedoch Normadressatin des § 20 Abs. 1 GWB 1999, unterliegt sie den allgemeinen Beschränkungen, die sich aus dem Behinderungsverbot ergeben. So hat der Bundesgerichtshof bereits mehrfach entschieden, dass eine Anwendung des Kartellrechts nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil ein Verhalten genossenschaftsrechtlich zulässig ist (BGH WuW/E 1495, 1496 – Autoruf-Genossenschaft I; Urt. v. 16.12.1986 – KZR 36/85, WuW/E 2341, 2342 – Taxizentrale Essen; vgl. auch BGH, Beschl.

v. 15.4.1986 – KVR 1/85, WuW/E 2271, 2273 – Taxigenossenschaft I, zu § 1 GWB).

15 b) Im vorliegenden Fall hat die Beklagte dem Kläger den Zugang zu der für sein wirtschaftliches Überleben wichtigen Auftragsvermittlung diskriminierungsfrei ermöglicht. Sie hat ihn als Genossen aufgenommen. Der Kläger will indessen außerhalb der Genossenschaft in das System der Vermittlung über die Rufsäulen einbezogen werden. Eine Behinderung, zu deren Rechtfertigung sich eine Genossenschaft darauf beruft, dass der Behinderte ihr nicht als Mitglied angehört, ist aber nur dann unbillig, wenn die Mitgliedschaft an Bedingungen geknüpft ist, deren Einhaltung dem Behinderten unter Berücksichtigung aller Umstände nicht zuzumuten ist (vgl. BGH, Urt. v. 7.10.1980 – KZR 25/79, WuW/E 1740, 1743 f. – Rote Liste). Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

16 c) Für die Billigkeitsprüfung muss das genossenschaftsrechtliche Regelungssystem den Ausgangspunkt bilden. Die Genossenschaft ist darauf angelegt, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern (§ 1 Abs. 1 GenG). Die genossenschaftlichen Einrichtungen sind Einrichtungen, die von der Genossenschaft für ihre Mitglieder geschaffen und unterhalten werden, um deren wirtschaftliche und berufliche Entwicklung zu fördern. In diesem Zusammenhang sind auch die Telefonrufsäulen zu sehen, die von der Genossenschaft installiert wurden, um für ihre Mitglieder die Abwicklung des Fahrgastaufkommens zu optimieren und die Erreichbarkeit der in der Genossenschaft zusammengeschlossenen Taxiunternehmen zu verbessern. Deshalb ist es nicht zu beanstanden, wenn die Beklagte die Nutzung ihrer Einrichtungen ihren Mitgliedern vorbehält. Als Normadressatin des § 20 Abs. 1 GWB 1999 muss sie allerdings sicherstellen, dass jeder Berufsangehörige Zugang zu diesem System hat. Dies bedeutet aber nicht,

dass sie von dem tragenden genossenschaftlichen Prinzip abzuweichen braucht, dass der Zugang zu genossenschaftlichen Einrichtungen nur den Mitgliedern offen steht.

17 d) Die beiden Gesichtspunkte, auf die das Berufungsgericht im Rahmen der Abwägung entscheidend abstellt und mit denen es die Unbilligkeit im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB 1999 begründet, sind nicht tragfähig.

18 (aa) Eine Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten der Beklagten im Zusammenhang mit der Nutzung der Telefonrufsäulen nur durch Genossenschaftsmitglieder ist nicht erkennbar. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind anderen Interessenten die erforderlichen straßen- und wegrechtlichen Sondernutzungserlaubnisse versagt worden, weil die Stadtverwaltung davon ausgegangen ist, dass jeder Taxifahrer die Rufsäulen gegen angemessene Gebührenbeteiligung und ohne Zwang zur Mitgliedschaft benutzen könne. Dieser Zustand, der bereits zum Zeitpunkt einer früheren Entscheidung des Bundesgerichtshofs gegeben war (BGH, Beschl. v. 28.6.1977 – KVR 2/77, insoweit in WuW/E 1495 – Autoruf-Genossenschaft I nicht abgedruckt), besteht bis heute ersichtlich fort. Hieraus kann aber nicht hergeleitet werden, dass die Beklagte sich im Blick auf die ihr erteilte straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis rechtswidrig verhält. Dass der Beklagten entsprechende Auflagen oder sonstige öffentlich-rechtliche Pflichten auferlegt worden wären, aus denen sich eine ihr gegenüber wirkende Verpflichtung zu einer Gewährung der Nutzung der Rufsäulen ohne Zwang zur Mitgliedschaft ergeben könnte, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Allein der Umstand, dass die Stadtverwaltung anderen Interessenten die Errichtung gleichartiger Telefonrufsäulen mit dieser Begründung versagt, verpflichtet die Beklagte nicht, sämtliche Taxiunternehmen

ohne Zwang zur Mitgliedschaft an der Auftragsverwaltung über die Telefonruffsäulen zu beteiligen.

19 (bb) Ebenso wenig kann dem Berufungsgericht darin gefolgt werden, dass durch einen faktischen Zwang zur Mitgliedschaft in die von Art. 9 Abs. 1 GG garantierte negative Vereinigungsfreiheit des Klägers eingegriffen werde. Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit ist in erster Linie ein Abwehrrecht, das gegen staatliche Beeinträchtigungen der Freiheit schützt, sich zusammenzuschließen, sich einer Vereinigung anzuschließen oder aber auch einer Vereinigung fernbleiben zu dürfen (vgl. BVerfGE 50, 290, 367). Zwar muss bei der Gesamtabwägung der Ausstrahlungswirkung (BGHZ 140, 74, 77) nicht nur der positiven, sondern auch der negativen Vereinigungsfreiheit auf die Auslegung und Anwendung des kartellrechtlichen Behinderungsverbots Rechnung getragen werden. Dies rechtfertigt es jedoch nicht, den Schutz der positiven Vereinigungsfreiheit der Beklagten, die ihre wirtschaftliche Entfaltungsmöglichkeit sichert (BVerfGE 84, 372, 378), gegenüber dem Interesse des Klägers zurücktreten zu lassen, das darauf gerichtet ist, an einem der wesentlichen Vorteile der Mitgliedschaft in der Genossenschaft zu partizipieren, ohne sich der Genossenschaft anzuschließen.

20 Dem Kläger geht es um das Eintrittsgeld und dessen Höhe. Dies stellt keinen unter dem Gesichtspunkt der negativen Vereinigungsfreiheit tragfähigen Gesichtspunkt dar, der die Mitgliedschaft in der Genossenschaft für ihn unzumutbar erscheinen ließe. Das Eintrittsgeld ist – wie das vom Berufungsgericht in Bezug genommene landgerichtliche Urteil zutreffend ausführt – sachgerecht. Es bildet die Gegenleistung für die dem beitretenden Genossen zur Verfügung gestellten Einrichtungen. Mithin trägt das Eintrittsgeld dazu bei, dass die Beklagte den Fortbestand der sachlichen und personellen Voraussetzungen der ihren

Mitgliedern gebotenen Leistungen sichern kann (vgl. OLG Düsseldorf, OLGR 2004, 41, 46). Auch in der Höhe ist das Eintrittsgeld offensichtlich nicht übersetzt.

- 21 Etwas anderes mag gelten, wenn die Genossenschaft neben dem bloßen Vorhalten von Einrichtungen gleichzeitig berufsständische Politik betreibt. In einem solchen Fall ist zu prüfen, ob dem Berufsangehörigen, der die von der Genossenschaft verfolgten berufsständischen Ziele nicht zu teilen vermag, die Möglichkeit eröffnet werden muss, auch ohne Mitgliedschaft die Einrichtungen zu nutzen, hinsichtlich deren eine Normadressatenstellung im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB 1999 besteht. Einen solchen Grund hat der Kläger indes nicht geltend gemacht.

III.

22 Das Berufungsurteil muss deshalb aufgehoben werden. Da eine weitere Aufklärung des Sachverhalts nicht in Betracht kommt, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden und das landgerichtliche Urteil wiederherstellen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Hirsch

Bornkamm

Raum

Meier-Beck

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 12.07.2005 - 33 O 22863/04 -

OLG München, Entscheidung vom 30.03.2006 - U (K) 4148/05 -