

OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen: U (K) 4842/08

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Verkündet am 2. Juli 2009

33 O 22144/07 Landgericht München I

Die Urkundsbeamtin: P., Justizobersekretärin

In dem Rechtsstreit

...

durch das geschäftsführende Präsidiumsmitglied ...

Klägerin und Berufungsklägerin

Prozessbevollmächtigte: ...

gegen

...

- Beklagte und Berufungsbeklagte

Prozessbevollmächtigte: ...

Rechtsanwälte der F. B. D. LLP, A. ..., H.,

hat der Kartellsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Zwirlein sowie die Richterin am Bundespatentgericht Dr. Mittenberger-Huber und Richter am Oberlandesgericht Cassardt aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 2. Juli 2009 für Recht erkannt:

- I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 24. Juni 2008 wird zurückgewiesen.
- II. Die Klägerin hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115% des

zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe:

A.

Die Beklagte ist die deutsche Vertriebsgesellschaft eines international tätigen Konzerns, der Sportartikel herstellt; ihr Marktanteil in Deutschland beträgt weniger als 30%. Sie verwandte gegenüber ihren Abnehmern Allgemeine Geschäftsbedingungen (vgl. Anlage KI), die unter anderem folgende Bestimmungen enthielten:

§ 13 Vertrieb im Internet durch den Besteller

[...]

(11) Dem Besteller ist es untersagt, die Ware über Internet-Auktionsplattformen zu verkaufen.

[...]

(13) Dem Besteller ist es untersagt, Dritte zu beliefern, die die vorstehend aufgeführten Bedingungen nicht erfüllen.

Die Klägerin, die Wettbewerbszentrale, beanstandete die Klauseln § 13 (11) und (13) als kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen. Die Beklagte verpflichtete sich daraufhin strafbewehrt, es zu unterlassen,

wie in § 13 (13) der [...] Allgemeinen Geschäftsbedingungen ihren Vertriebshändlern außerhalb eines selektiven Vertriebssystems zu untersagen, Waren [der Beklagten] an Händler zu liefern, die diese Waren über [...] Internet-Auktionsplattformen ohne [der Beklagten] vorherige Zustimmung verkaufen.

Hinsichtlich der Klausel § 13 (11) verweigerte sie eine Unterlassungserklärung.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, die Klauseln § 13 (11) und (13) seien auf den Abschluss unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gerichtet gewesen. Die von der Beklagten abgegebene Unterlassungserklärung tangiere den Unterlassungsanspruch hinsichtlich der Klausel § 13 (13) nicht, da darin die Unterlassungspflicht von der vorherigen Zustimmung der Beklagten abhängig gemacht worden sei.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, im Wettbewerb handelnd Bestellern ihrer Waren zu untersagen,

1.1 die Waren über Internet-Auktionsplattformen zu verkaufen, insbesondere wie in § 13 (11) ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen, und/oder

1.2 Dritte zu beliefern, die die Waren über Internet-Auktionsplattformen verkaufen, insbesondere wie in § 13 (13) ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen;

2. [Ordnungsmittellandrohung]

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, der Ausschluss des Vertriebs über Internet-Auktionsplattformen sei als Qualitätsanforderung zulässig. Zudem habe sie hinsichtlich der Klausel § 13 (13) eine hinreichende Unterlassungserklärung abgegeben.

Mit Urteil vom 24. Juni 2008 - 33 O 22144/07 - (juris), auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass es sich bei der Klausel in § 13 (11) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen um eine grundsätzlich von § 1 GWB, Art. 81 Abs. 1 EG erfasste Absatzbeschränkung handele, die jedoch gemäß § 2 GWB, Art. 81 Abs. 3 EG i. V. m. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 2790/1999 der Kommission vom 22. Dezember 1999 über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 des Vertrages auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen (ABI. Nr. L 336 S. 21; im Folgenden: Vertikal-VO) freigestellt sei. Sie stelle keine unzulässige Kernbeschränkung dar. Die Vorschrift des Art. 4 lit. b) Vertikal-VO greife nicht, weil die Kundenkreise nicht beschränkt würden. Innerhalb der Gruppe der Interneteinkäufer gebe es keine sachlich gerechtfertigte Abgrenzung; insbesondere könne nicht von einer abgrenzbaren Gruppe der Kunden von Internet-Auktionsplattformen ausgegangen werden. Die Klausel stelle auch keine Kernbeschränkung i. S. d. Art. 4 lit. a) Vertikal-VO dar, weil die Vertriebspartner in dem ihnen verbleibenden Umfang des Internethandels in der Preisfestsetzung frei seien. Soweit sich die Klage gegen die Drittbelieferungsklausel in § 13 (13) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wende, fehle es wegen der von der Beklagten abgegebenen Unterlassungserklärung an der Wiederholungsgefahr; der in der Erklärung enthaltene Zusatz ohne [der Beklagten] vorherige Zustimmung schränke die Unterlassungsverpflichtung nicht ein, weil der Weiterverkauf im Fall einer dem Dritten erteilten Zustimmung ohnehin nicht zu untersagen wäre.

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Sie wiederholt und vertieft ihr Vorbringen aus dem ersten Rechtszug und beantragt, die Beklagte unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils wie im ersten Rechtszug beantragt zu verurteilen. Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin beantragt, die Revision zuzulassen, falls sie unterliegen sollte. Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 2. Juli 2009 Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

I.

Die Klagebefugnis der Klägerin ergibt sich aus § 33 Abs. 2 GWB; eine Befugnis zur Geltendmachung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs (§ 4 Nr. 11 UWG i. V. m. Art. 81 Abs. 1 EG oder § 1 GWB) kommt daneben nicht in Betracht (vgl. BGH GRUR 2006, 773 - Probeabonnement Tz. 13-16). Dass die Voraussetzungen des § 33 Abs. 2 GWB bei der Klägerin erfüllt sind, ist zwischen den Parteien nicht streitig.

II.

Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Klägerin die geltend gemachten Unterlassungsansprüche nicht zustehen.

1. Die Verwendung der angegriffenen Klausel Nr. 13 (11) der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten ist nicht kartellrechtlich verboten.

a) Diese Klausel zielt darauf ab, ein bestimmtes Vertriebsverhalten der Händlerkunden der Beklagten, nämlich den Vertrieb über Internet-Auktionsplattformen, auszuschließen. Sie bezweckt deshalb eine Einschränkung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 81 Abs. 1 EG und § 1 GWB. Dass bei selektiven Vertriebssystemen bestimmte Qualitätsanforderungen nicht als Wettbewerbseinschränkungen angesehen werden (vgl. Kirchhoff in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl. 2008, § 10 Rz. 279 ff. m. w. N.; vgl. auch die Leitlinien für vertikale Beschränkungen der Kommission [ABI. 2000 C Nr. 291; im Folgenden: Leitlinien der Kommission] Tz. 185), ist für den Streitfall schon deshalb ohne Belang, weil die Beklagte kein selektives Vertriebssystem betreibt.

b) Es kann im Streitfall dahin stehen, ob diesen Wettbewerbsbeschränkungen die für die Anwendbarkeit sowohl des Art. 81 Abs. 1 EG als auch des § 1 GWB erforderliche Spürbarkeit zukommt, weil die angegriffene Klausel jedenfalls gemäß Art. 81 Abs. 3 EG, § 2 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 GWB i. V. m. Art. 2 Abs. 1 Vertikal-VO freigestellt ist. Danach sind Verträge zwischen auf unterschiedlichen Produktions- oder Vertriebsstufen tätigen Unternehmen grundsätzlich erlaubt, welche die Bedingungen betreffen, zu denen die Vertragsparteien bestimmte Waren oder Dienstleistungen beziehen, verkaufen oder weiterverkaufen können, solange der Anteil des Lieferanten an dem relevanten Markt 30% nicht überschreitet (vgl. Art. 3 Abs. 1 Vertikal-VO).

aa) Die als Lieferantin auftretende Beklagte hat unstreitig einen Marktanteil von unter 30%.

bb) Die Freistellung ist nicht durch Art. 4 Vertikal-VO ausgeschlossen.

(1) Die angegriffene Klausel hat keine Beschränkung der Möglichkeiten des Käufers zum Gegenstand, seinen Verkaufspreis selbst festzusetzen (vgl. Art. 4 lit. a) Vertikal-VO). Insoweit schließt sich der Senat den Ausführungen des Landgerichts (vgl. S. 13 f. UA unter Ziffer 6.) an, die die Klägerin in ihrer Berufung nicht gesondert angreift.

(2) Zu Recht hat das Landgericht in der angegriffenen Klausel auch keine Beschränkungen des Kundenkreises, an den der Käufer Vertragswaren verkaufen darf,

gesehen, für die gemäß Art. 4 lit. b) Vertikal-VO die Freistellung nicht gilt.

aaa) Einen Kundenkreis in diesem Sinn bildet auch die Gesamtheit der Käufer auf dem relevanten Markt, die in der Lage und bereit sind, über das Internet einzukaufen (vgl. Veelken in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht EG Teil 1, 4. Aufl. 2007 Vertikal-VO Rz. 207), weil es sich dabei um eine nach abstrakten, von der Beschränkung selbst unabhängigen Kriterien abgrenzbare Personengruppe handelt. Damit stellt der vollständige Ausschluss von Internetverkäufen eine nach Art. 4 lit. b) Vertikal-VO unzulässige Kernbeschränkung dar (vgl. BGH GRUR 2004, 351 [352] -Depotkosmetik im Internet; Nolte in: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 2, 10. Aufl. 2006, Art. 81 Rz. 601; Baron in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, Band 1 - Europäisches Recht, 2005, GVO-Vertikal Rz. 191; vgl. auch Leitlinien der Kommission Tz. 51).

Das führt indes nicht dazu, dass jede Regelung im Bereich des Internethandels eine - durch Art. 4 lit. b) Vertikal-VO verbotene - Beschränkung des Kreises der Internetkunden wäre. So sind etwa Qualitätsanforderungen im Internethandel ebenso zulässig wie bei herkömmlichen Verkaufsstellen oder Werbe- und Verkaufsfördermaßnahmen (vgl. Leitlinien der Kommission, a. a. O.); auch kann die Zulässigkeit des Internethandels an bestimmte Voraussetzungen geknüpft werden, etwa den Bestand eines stationären Ladenlokals (vgl. BGH, a. a. O., - Depotkosmetik im Internet). Maßgebend ist vielmehr schon nach dem Wortlaut der Vorschrift, ob eine Beschränkung einen bestimmten Kreis von Kunden betrifft (dann ist sie als Kernbeschränkung von der Freistellung nicht erfasst) oder ob sie die Vertriebsmodalitäten in anderer Weise erfasst (dann ist sie - vorbehaltlich ihrer Vereinbarkeit mit den entsprechenden Anforderungen im Übrigen - freigestellt).

bbb) Danach wird die angegriffene Klausel nicht von dem Freistellungsausschluss des Art. 4 lit. b) Vertikal-VO erfasst.

Zu Recht hat das Landgericht festgestellt, dass innerhalb der Gruppe der Interneteinkäufer die Kunden von Internet-Auktionsplattformen nicht sachlich abgegrenzt werden können. Diese Feststellung deckt sich mit den Erkenntnissen des Senats, der aufgrund seiner Befassung mit einer Vielzahl von Streitigkeiten im gewerblichen Rechtsschutz, die den Vertrieb über das Internet - sei es über Auktionsplattformen, sei es über eigene Händlerinternetauftritte - betreffen, hinreichend sachkundig ist.

Das entspricht auch der Sachverhaltsdarstellung der Klägerin noch in der Klageschrift. Dort hat sie ausgeführt, dass sich Verkaufsaktionen über Internet-Auktionsplattformen nicht an bestimmte Kundengruppen richteten, sondern vielmehr an die anonyme Allgemeinheit (vgl. S. 5 der Klageschrift v. 27. November 2007 = B1. 5 d. A.). Ihren entgegenstehenden Ausführungen im Berufungsverfahren kann nicht gefolgt werden. Vielmehr ist die nunmehr von der Klägerin herangezogene Erwartung der Kunden, bei Versteigerungsplattformen von Fall zu Fall attraktive „Schnäppchen“ zu realisieren (vgl. S. 5 d. Berufungsbegründung v. 16. Dezember 2008 = Bl. 94 d. A.), lediglich Ausdruck eines allgemeinen Preisbewusstseins und hat nicht die Wirkung, dass dieselben Personen nicht auch über Händlerinternetauftritte einkaufen, wenn sie deren Angebote als hinreichend preisgünstig erachten.

Da sich Internet-Auktionsplattformen an die Gesamtheit aller Internetnutzer richten,

können die Kunden solcher Plattformen auch über andere Internet-Vertriebsformen erreicht werden. Der Ausschluss des Vertriebs über derartige Plattformen beschränkt daher den Kundenkreis der Händler nicht, denen gegenüber die Beklagte die angegriffene Klausel verwendet, so dass die Klausel keine der Freistellung entzogene Kernbeschränkung gemäß Art. 4 lit. b) Vertikal-VO darstellt.

2. Hinsichtlich der zweiten streitgegenständlichen Klausel in § 13 Abs. 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten besteht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ebenfalls nicht.

a) Hierfür fehlt es schon an der erforderlichen Begehungsgefahr.

aa) Die Beklagte hat unstreitig bisher keinem (Dritt-)Händler die Zustimmung dazu erteilt, dass dieser seine Waren über Internet-Auktionsplattformen verkauft. Ihre strafbewehrte Erklärung vom 13. September 2007, mit der sie sich verpflichtete, es zu unterlassen, wie in § 13 (13) ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen ihren Vertriebshändlern außerhalb eines selektiven Vertriebssystem zu untersagen, ihre Waren an Händler zu liefern, die diese Waren über Internet-Auktionsplattformen ohne ihre Zustimmung verkaufen (vgl. Anlage K 3, dort S. 3), deckte damit die Fälle der Verwendung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ab, wegen derer Wiederholungsgefahr bestand.

Entgegen der von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußerten Ansicht, lässt der in die Unterlassungserklärung aufgenommene Zusatz ohne [der Beklagten] vorherige Zustimmung nicht die Annahme zu, der Erklärung mangle es an der erforderlichen Ernsthaftigkeit. Ein wirtschaftliches Interesse der Beklagten daran, zwar ihren eigenen Händlern den Vertrieb über Internet-Auktionsplattformen zu verbieten, Dritthändlern jedoch zu gestatten, ist nicht ersichtlich.

bb) Ein auf Erstbegehungsgefahr gestützter vorbeugender Unterlassungsanspruch bestünde nur, wenn ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden wären, dass die Beklagte sich in naher Zukunft rechtswidrig verhalten werde (vgl. BGH GRUR 2008, 912 - Metrosex Tz. 17 m. w. N.). Für die Annahme, dass künftig ein Fall eintreten könnte, der von der Unterlassungserklärung nicht erfasst wird, weil die Beklagte einem Dritthändler zwar den Vertrieb ihrer Waren über Internet-Auktionsplattformen gestattet hat, sie aber ihren eigenen Händlern gegenüber, die diesen beliefern, die entsprechende Klausel verwendet, bestehen derartige Anhaltspunkte jedoch nicht.

b) Im Übrigen führt die Zulässigkeit des unmittelbaren Ausschlusses des Vertriebs über Internet-Auktionsplattformen auch dazu, dass die Belieferung von Händlern, die ihrerseits auf diese Weise vertreiben, ausgeschlossen werden konnte, so dass der insoweit geltend gemachte Unterlassungsanspruch selbst dann nicht bestünde, wenn die Unterlassungserklärung nicht ausreichend wäre.

C.

Zu den Nebenentscheidungen:

1. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.
2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.
3. Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO liegen nicht vor (vgl. dazu BGH NJW 2003, 65 ff). Der nur für den Fall ihres Unterliegens gestellte Antrag der Klägerin auf Zulassung der Revision gebietet keine andere Beurteilung; insbesondere verleiht das klägerische Unterliegen der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung.