



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

KZR 17/17

Verkündet am:  
18. Februar 2020  
Zöller  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Februar 2020 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck, die Richter Prof. Dr. Kirchhoff und Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Picker und Dr. Linder

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 14. Februar 2017 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten über die Aufteilung des Erlöses aus der Herausgabe von Telefonbüchern in den Jahren 2009 bis 2013.
- 2 Die Beklagte zu 2 (ehemals: DeTeMedien, Deutsche Telekom Medien GmbH) war bis zum 14. Juni 2017 eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Beklagten zu 1, der Deutschen Telekom AG (DTAG), mit der ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag bestand. Die Klägerin ist einer von über 100 Fachverlagen in Deutschland (künftig: Partnerverlage), die jeweils in Kooperation mit der Beklagten zu 2 bzw. ihren Rechtsvorgängerinnen (künftig zusammenfassend: Beklagte zu 2) verschiedene Teilnehmerverzeichnisse wie "Das Telefonbuch" (TB), "Das Örtliche" (ÖTB), "Gelbe Seiten" (GS) und "Gelbe Seiten regional" (GSr) für bestimmte regionale Bereiche herausgeben. Zu diesem Zweck schloss die Beklagte zu 2 mit den Partnerverlagen für die jeweilige Produktlinie einen die Zusammenarbeit regelnden Vertrag.

- 3 In den die Kooperationen regelnden, weitgehend inhaltsgleichen Verträgen heißt es unter § 1 Abs. 1 jeweils "die Vertragspartner bilden eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts". Weiter ist in den Gesellschaftsverträgen dieser "Herausgebergesellschaften" festgelegt, dass die Beklagte zu 2 unter anderem die zur Aufnahme in die Verzeichnisse bestimmten Teilnehmerdaten (Standardeintragsdaten) bereitzustellen hat, die sie ihrerseits von einem konzernverbundenen Unternehmen - bis zum 31. März 2010 von der Beklagten zu 1 und später von deren Tochtergesellschaft Telekom Deutschland GmbH (TDG) - erwirbt. Auch die Verteilung der Teilnehmerverzeichnisse fällt in den Aufgabenbereich der Beklagten zu 2. Dem Partnerverlag obliegt die Bearbeitung der Teilnehmerdaten, die vergütungspflichtige Aufnahme von Sondereinträgen und Werbeanzeigen sowie die Redaktion und Herstellung der Telefonbücher.
- 4 Die Beklagte zu 2 und die Partnerverlage sind - in unterschiedlichen Paarungen - neben den vorgenannten Herausgebergesellschaften in weiteren Gesellschaften miteinander verbunden, so unter anderem in den für jede einzelne Produktlinie bestehenden Marketing- und Servicegesellschaften, die vor allem die bundesweite Gemeinschaftswerbung betreiben, und in so bezeichneten "Zeichen-GbR's". Deren Zweck besteht in dem Halten, Verwalten, Nutzen, Verteidigen und Weiterentwickeln der für die Teilnehmerverzeichnisse genutzten Marken, insbesondere in der Überlassung der Schutzrechte zur unentgeltlichen Nutzung durch die aus den jeweiligen Partnerverlagen und der Beklagten zu 2 bestehenden Herausgebergesellschaften.
- 5 Die Herausgebergesellschaften erzielen ihre Einnahmen aus kostenpflichtigen Sondereinträgen und Werbeanzeigen. Die Standardeintragungen sind hingegen kostenlos, und die erstellten Verzeichnisse werden unentgeltlich verteilt bzw. elektronisch zur Verfügung gestellt. Die erzielten Einnahmen, die zunächst dem jeweiligen Partnerverlag zufließen, werden innerhalb der Herausgebergesellschaften nach einem vertraglich vereinbarten Schlüssel aufge-

teilt. Der im Streitfall (allein) geschlossene "Vertrag Örtliche Telefonbücher (ÖTB)" vom Juli 1997 sah in § 9 Abs. 2 vor, dass die Beklagte zu 2 vom gesamten Netto-Auftragswert bei ÖTB zwischen 28,5% und 30,5% erhält; der Restbetrag verblieb der Klägerin.

6 In § 9 Abs. 4 der zwischen den Partnerverlagen und der Beklagten zu 2 geschlossenen Kooperationsverträge - so auch in dem hier streitgegenständlichen Gesellschaftsvertrag - verpflichteten sich die Vertragspartner, bei einer Veränderung der von der Beklagten zu 2 aufzuwendenden Datenbeschaffungskosten und einer hierdurch eingetretenen Änderung der Wettbewerbs- und Marktverhältnisse entsprechende Maßnahmen zu ergreifen und gegebenenfalls auch Vertragsänderungen vorzunehmen, um die Wettbewerbssituation der jeweiligen Herausgebergesellschaft zu stärken.

7 Im weiteren Verlauf sanken auf dem Markt die Datenbeschaffungskosten. Das für die Teilnehmerdaten an die Beklagte zu 1 zu entrichtende (regulierte) Entgelt gemäß §§ 30 ff., 47 Abs. 4 TKG (Gesamtkosten des Datenbezugs) betrug - jeweils auf der Grundlage gegenüber dem Bundeskartellamt übernommener Verpflichtungen - ab 1999 rund 89 Mio. € und ab 2003 insgesamt 49 Mio. € jährlich. Mit Beschluss vom 17. August 2005 senkte die inzwischen zuständige Bundesnetzagentur die Gesamtkosten des Datenbezugs auf höchstens 770.000 € jährlich. Nach der Aufhebung dieses Bescheids durch das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 16. Juli 2008 (NVwZ-RR 2008, 832) setzte die Bundesnetzagentur das Kostenvolumen für die Überlassung von Teilnehmerdaten mit Beschluss vom 20. September 2010 in der Produktvariante "Daten Transfer Comfort", die dem von der Beklagten zu 2 kooperationsintern zur Verfügung zu stellenden Datenumfang entsprach, auf höchstens 1.652.151,28 € fest.

8

Bereits im Jahr 2006 - vor Aufhebung des damals bereits angefochtenen Bescheides der Bundesnetzagentur vom 17. August 2005 - verhandelten die Partnerverlage und die Beklagte zu 2 über eine Änderung der Erlösverteilung. Wegen der Entscheidung der Bundesnetzagentur und der danach zu erwartenden Reduzierung der Gestehungskosten außenstehender, keiner Herausgebergesellschaft mit der Beklagten zu 2 angehörender Telefonbuchverlage (alternativer Telefonbuchverlage) rechneten die Beteiligten mit einer Verschärfung des Wettbewerbs, was insbesondere die Partnerverlage belasten könne. Über mögliche Anpassungsansprüche der Partnerverlage nach § 9 Abs. 4 der Kooperationsverträge bestand Uneinigkeit.

9

Am 13. Dezember 2006 schloss die Klägerin - ebenso wie die anderen Partnerverlage - mit der Beklagten zu 2 im wesentlichen gleichlautende Vereinbarungen zur Ergänzung der Kooperationsverträge, in denen eine dauerhafte Absenkung der Erlösanteile der Beklagten zu 2 um 4,6 Prozentpunkte vereinbart wurde. In den Vereinbarungen wird unter § 1 Nr. 1 die oben dargestellte Entwicklung der Datenbeschaffungskosten referiert. Anschließend heißt es dort:

"(...) Die Vertragsparteien sind der Auffassung, dass durch die Entscheidung der BNetzA vom 17.08.2005 eine erhebliche Veränderung der Marktverhältnisse in der Zukunft eintreten wird; aus Sicht der Verlage sind nachteilige Veränderungen u.a. durch niedrigere Gestehungskosten bei Wettbewerbern bereits seit vielen Jahren eingetreten; die DeTeMedien beurteilt dies anders.

Die DTAG hat die Entscheidung der BNetzA vom 17.08.2005 in einem Klageverfahren angegriffen, über das noch nicht entschieden ist. (...)"

In § 2 der Vereinbarungen ist u.a. bestimmt:

"1. Die im Zusammenhang mit dem in § 1 Ziffer 1 genannten Sachverhalt aufgetretene offene Fragestellung zwischen DeTeMedien und dem Verlag soll mit dieser Vereinbarung im Interesse der GbR-Gesellschafter gelöst werden. Damit soll erreicht werden, dass die feste, dauerhafte und erfolgreiche Zusammenarbeit zwischen DeTeMedien und dem Verlag in der Vergangenheit auch gegenwärtig und zukünftig dauerhaft zum Wohle aller erfolgreich fortgesetzt wird.

2. Dementsprechend vereinbaren DeTeMedien und der Verlag - in Ergänzung zu sämtlichen bestehenden Gesellschaftsverträgen - eine dauerhafte Absenkung der Erlösanteile (...) um 4,6 Prozentpunkte (...).

3. (...) Der Verlag verzichtet hiermit dauerhaft auf die Geltendmachung von jedweden Ansprüchen im Zusammenhang mit § 1 Ziffer 1 dieser Vereinbarung, für die Vergangenheit, Gegenwart wie auch für die Zukunft. Insbesondere wird verzichtet auf alle vertraglichen und/oder gesetzlichen Ansprüche, die dem Verlag gegen DeTeMedien/DTAG unmittelbar und/oder mittelbar zustehen könnten, mögen sie heißen wie sie wollen, seien sie bekannt oder unbekannt im Zusammenhang mit der Absenkung der Datenkosten im Jahr 1999, zum 01.01.2003 und seit dem 17.08.2005 (vgl. § 1 Ziffer 1).

Mit diesem Verzicht sind sämtliche denkbaren Ansprüche des Verlages in diesem Zusammenhang dauerhaft für die Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft abgegolten und erledigt. (...) Diese umfassende Verzichtserklärung für Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft wird von dem Verlag auch - im Sinne eines echten Vertrages zugunsten Dritter - für alle derartigen Ansprüche im Zusammenhang mit der Absenkung der Datenkosten in 1999, zum 01.01.2003 und seit dem 17.08.2005 gegenüber der DTAG erklärt. (...)

Der in den vorangehenden Bestimmungen dieses § 2 Ziffer 3 angesprochene Verzicht gilt - soweit er auch für die Vergangenheit erklärt wurde - nicht im Falle, dass DeTeMedien bis zum 31.12.2016 an einen oder mehrere Allianzverlage oder an sonstige Dritte, die nicht mit der DTAG verbundene Unternehmen i. S. des AktG sind, verkauft wird. (...)"

10                    Etwa 75% der Fachverlage schlossen - ohne Beteiligung der Klägerin - mit den Beklagten Ende 2015 eine Rahmenvereinbarung, in der ihnen eine Option zum Kauf der Beklagten zu 2 mit Stichtag 1. Januar 2017 eingeräumt wurde, die nach Vorlage des Jahresabschlusses für 2016 ausgeübt werden konnte. Die Beklagte zu 1 hat mit Wirkung zum 14. Juni 2017 ihre Anteile an der Beklagten zu 2 auf die an der Rahmenvereinbarung beteiligten Partnerverlage übertragen.

11                    Die Klägerin hält den in Nummer 3 der Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 geregelten Anspruchsverzicht für unwirksam und die Beklagte zu 2 für verpflichtet, ihr die Teilnehmerdaten zu den Bedingungen des Beschlusses der

Bundesnetzagentur vom 20. September 2010 zur Verfügung zu stellen. Sie beansprucht die teilweise Rückzahlung der in den Jahren 2009 bis 2013 an die Beklagte zu 2 entrichteten Erlösanteile und nimmt die Beklagte zu 1 als Gesamtschuldnerin mit in Anspruch. Im Wege der Zwischenfeststellungsklage begehrt die Klägerin die Feststellung, dass die in § 9 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags vereinbarte Erlösbeteiligung nichtig ist, soweit die darin enthaltene Vergütung für die Überlassung von Teilnehmerdaten der Beklagten zu 1 das nach § 47 Abs. 4 TKG i.V.m. § 38 TKG zulässige Maß übersteigt, und weitergehend die Feststellung, dass § 9 der Gesellschaftsverträge wegen Verstoßes gegen § 1 GWB nichtig ist.

- 12 Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

#### Entscheidungsgründe:

- 13 Die zulässige Revision der Klägerin ist nicht begründet.

- 14 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass die Klägerin in § 2 Nr. 3 der Vereinbarung vom 13. Dezember 2006, die als Vergleich im Sinne von § 779 BGB anzusehen sei, wirksam auf alle etwaigen Ansprüche aus dem die Klagegrundlage bildenden Sachverhalt verzichtet habe und ihr daher keine Rückzahlungs- und (kartellrechtlichen) Schadensersatzansprüche zustünden. Dieser Verzicht sei weder wegen Verstoßes gegen § 47 Abs. 4 TKG noch nach § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB nichtig. Die Vereinbarung verstoße auch nicht gegen §§ 19, 20 GWB in der hier anwendbaren Fassung der 7. GWB-Novelle und sei schließlich auch nicht nach § 138 Abs. 1, 2 BGB nichtig.

15           II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, welche denen im  
Rechtsstreit eines anderen Partnerverlags gegen die Beklagten (OLG Frankfurt  
am Main, Urteil vom 6. Dezember 2016 - 11 U 36/15 (Kart), juris) entsprechen  
und im Detail in dem dieses Verfahren betreffenden Senatsurteil (Urteil vom  
29. Januar 2019 - KZR 4/17, WM 2019, 1653 - Teilnehmerdaten V) wiederge-  
geben sind, halten rechtlicher Überprüfung stand.

16           1. Der am 13. Dezember 2006 vereinbarte Anspruchsverzicht ist  
wirksam und erfasst die im Streit stehenden Ansprüche.

17           a) Der Wirksamkeit des Verzichts steht nicht entgegen, dass sich  
dieser auf zukünftige Ansprüche bezieht (BGH WM 2019, 1653 Rn. 29).

18           b) Der Anspruchsverzicht ist auch nicht deshalb unwirksam, weil mit  
ihm in unzulässiger Weise auf die zukünftige Beachtung gesetzlicher Verbote  
verzichtet würde, die auf allgemeinem Kartellrecht oder § 47 TKG beruhen. Wie  
im Senatsurteil vom 29. Januar 2019 (BGH WM 2019, 1653 Rn. 30 ff.) ausge-  
führt, liegt schon im Ausgangspunkt, insbesondere bei dem Gesellschaftsver-  
trag der Herausgebergesellschaft, weder eine Kartellrechtswidrigkeit noch ein  
Verstoß gegen § 47 Abs. 4 TKG vor.

19           aa) Bei den Ausgangsvereinbarungen zwischen der Beklagten zu 2  
und den Partnerverlagen handelt es sich um Gesellschaftsverträge gemäß  
§ 705 BGB. Aus der von der Revision angeführten steuerlichen Einordnung  
folgt nichts anderes (s. dazu im Einzelnen BGH WM 2019, 1653 Rn. 31). Das  
trifft uneingeschränkt auch auf den hier in Rede stehenden - mit den Verträgen  
des Parallelverfahrens deckungsgleichen - Gesellschaftsvertrag zu.

20           bb) Weder sind die Erlösverteilungsregelungen für sich genommen  
noch die Gesellschaftsverträge insgesamt wegen eines Verstoßes gegen  
§ 1 GWB nichtig (§ 134 BGB).

- 21           (1)    Wie im Senatsurteil vom 29. Januar 2019 ausgeführt (BGH WM 2019, 1653 Rn. 33 ff.), liegen keine kartellrechtlich unzulässigen Sternverträge ("Hub and Spoke") vor, die im Horizontalverhältnis der Partnerverlage untereinander zu einer Wettbewerbsbeschränkung führten. Nach der hier maßgeblichen Rechtslage nach der 7. GWB-Novelle, die im Jahr 2005 in Kraft getreten ist, entfaltet die aus der Vielzahl identischer Gesellschaftsverträge zwischen der Beklagten zu 2 und den Partnerverlagen folgende Abstimmung zwar eine horizontale Wirkung auf die Partnerverlage als potentielle Wettbewerber. Da jedoch auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht davon ausgegangen werden kann, dass diese Abstimmung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder sie spürbar bewirkt, liegt ein Verstoß gegen § 1 GWB nicht vor.
- 22           (2)    Dies gilt insbesondere auch für die gesellschaftsvertraglichen Regelungen der Erlösverteilung, gegen die sich die Angriffe der Klägerin in erster Linie richten, da sie die rechtliche Grundlage für die im Streit stehenden Zahlungen an die Beklagte zu 2 bilden. Denn die Erlösverteilung betrifft, wie das Berufungsgericht zu Recht ausgeführt hat, allein das Verhältnis zwischen den nicht miteinander in Wettbewerb stehenden Gesellschaftern - hier Klägerin und Beklagte zu 2 - und entfaltet als solche keine Außenwirkung.
- 23           Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Einwand der Revision, Auswirkungen auf den Markt seien spätestens dann gegeben, wenn die Partnerverlage aufgrund der Entgeltausgestaltung faktisch dazu gezwungen seien, ein überhöhtes Entgelt an ihre Kunden auf dem nachgelagerten Markt für Werbeanzeigen in Teilnehmerverzeichnissen weiterzugeben. Kartellrechtlich erheblich könnten die Erlösverteilungsregelungen unter diesem Gesichtspunkt nur sein, wenn zwischen den Verlagen, deren Verhalten nach der Annahme des Berufungsgerichts von der Beklagten zu 2 koordiniert wird, ein zumindest potentieller Wettbewerb bestünde. Hiervon kann aber nicht ausgegangen werden, da ein relevanter Wettbewerb unter Nutzung der gemeinsam geschaffenen

Marken der Sache nach ausscheidet (BGH WM 2019, 1653 Rn. 40). Zudem hat das Berufungsgericht weder eine die Klägerin unangemessen benachteiligende Erlösverteilungsregelung festgestellt, noch eine daraus in einem weiteren Schritt folgende Überhöhung der Anzeigenpreise, der überdies wettbewerbsbeschränkende Wirkungen beizumessen wären.

24 Dass das Berufungsgericht hierbei erhebliches Vorbringen der Klägerin verfahrenswidrig übergangen habe, zeigt die Revision nicht auf (§ 564 Satz 1 ZPO). Entsprechend verhält es sich mit dem Vorbringen der Revision, die Erlösverteilungsklausel mache es unmöglich, Anzeigen in den Teilnehmerverzeichnissen der Herausgebergesellschaft mit Drittprodukten gemeinsam zu vertreiben. Auch insoweit kann die Revision weder an tatrichterliche Feststellungen anknüpfen, noch erhebt sie durchgreifende Verfahrensrügen.

25 (3) Auch eine Gesamtnichtigkeit der mit den Partnerverlagen geschlossenen Gesellschaftsverträge hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint.

26 (a) Weder die der Beklagten zu 2 eingeräumten Steuerbefugnisse noch ihre vertraglichen Informationsrechte führen zur Annahme eines Kartellverstoßes.

27 Entgegen der Ansicht der Revision kann den getroffenen Feststellungen nicht entnommen werden, dass nach dem Gesellschaftsvertrag sämtliche mit dem Verkauf eines Produkts verbundenen geschäftlichen Gesichtspunkte einschließlich des Preises gemeinsam festgelegt würden. Vielmehr ist in § 6 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags geregelt, dass der jeweilige Fachverlag die Preise für Anzeigen und kostenpflichtige Einträge festlegt und der Beklagten zu 2 nur das Recht eingeräumt wird, "in begründeten Ausnahmefällen" Änderungen der ihr vorzulegenden Preislisten zu verlangen.

28           Soweit das Berufungsgericht eine zentrale Preisvorgabe durch die Beklagte zu 2 als eine tatsächliche Handhabung der mit den Partnerverlagen geschlossenen Gesellschaftsverträge durch die jeweiligen Parteien in Betracht gezogen, aber unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Unwirksamkeit des gesamten Vertrags für unerheblich erachtet hat, da dieser auch ohne kartellrechtswidrige Praktiken durchführbar sei, ist auch diese Einschätzung nicht zu beanstanden. Denn nur eine von Anfang an praktizierte einvernehmliche Handhabung von Vertragsregelungen kann Rückschlüsse auf deren Auslegung zulassen, welche die Revision im Streitfall nicht aufgezeigt hat (BGH WM 2019, 1653 Rn. 45 f.).

29           Auch der von der Revision gerügte, angeblich aus den gesellschaftsvertraglichen Informationspflichten der Partnerverlage gegenüber der Beklagten zu 2 folgende wettbewerbswidrige Informationsaustausch ist, wie im Senatsurteil vom 29. Januar 2019 (BGH WM 2019, 1653 Rn. 48 ff.) dargelegt, nicht feststellbar.

30           (b) Die Gesellschaftsverträge zwischen der Beklagten zu 2 und den Partnerverlagen verstoßen auch nicht wegen der in § 2 mit Anlage 1 vorgegebenen Gebietsaufteilung und der Wettbewerbsklausel in § 16 Abs. 4 gegen § 1 GWB.

31           Die vertragliche Gebietsaufteilung, der für die kartellrechtliche Prüfung eine erhebliche Bedeutung zukommt, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, da die gebietsmäßige Aufteilung der Teilnehmerverzeichnisse jedenfalls für den Printbereich zwingend aus der Natur der Sache folgt. Zudem würde es zu einer nicht hinnehmbaren Marktverwirrung führen, wenn zwei Verzeichnisse für denselben Bezirk unter derselben Marke miteinander konkurrierten (ausführlich BGH WM 2019, 1653 Rn. 52 ff.).

- 32            Soweit das in § 16 Abs. 4 der Gesellschaftsverträge enthaltene Wettbewerbsverbot möglicherweise im Hinblick darauf zu weit gehen mag, dass diese Bestimmung keine Beschränkung auf die Herausgabe von Teilnehmerverzeichnissen unter Verwendung der gemeinsam genutzten Marken enthält und daher ihrem Wortlaut nach die Herausgabe eines Telekommunikationsverzeichnisses ohne Mitwirkung oder Zustimmung der Beklagten zu 2 im gesamten Bundesgebiet auch dann untersagt, wenn das Verzeichnis eine andere Bezeichnung trägt, hätte dies allenfalls die Unwirksamkeit des Wettbewerbsverbots als solchem nach § 138 BGB oder § 1 GWB i.V.m. § 134 BGB, nicht aber die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags insgesamt zur Folge (BGH WM 2019, 1653 Rn. 57).
- 33            (c)    Die Gesellschaftsverträge sind auch nicht wegen einer unzulässigen Marktzugangsbeschränkung kartellrechtswidrig. Eine solche ist insbesondere nicht in der in § 8 Abs. 4 der Verträge geregelten Verpflichtung der Beklagten zu 2 zu sehen, die Auflagenhöhe der Telefonbücher nach Bedarf unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Gesichtspunkte in Abstimmung mit dem Fachverlag festzulegen. Denn da die Festlegung der Auflagenhöhe eine innerhalb der jeweiligen Herausgebergesellschaft zu treffende unternehmerische Entscheidung ist, betrifft dieser Gesichtspunkt bereits keine horizontal wirkende Abstimmung zwischen den Partnerverlagen als möglichen Wettbewerbern (BGH WM 2019, 1653 Rn. 59 f.).
- 34            (d)    Schließlich führt auch eine Gesamtwürdigung der vertraglichen wettbewerbsbeschränkenden Regelungen nicht dazu, dass die Kooperation der Beklagten zu 2 mit den Partnerverlagen als "Hardcore-Kartell" zu werten wäre und der Gesellschaftsvertrag unter diesem Aspekt insgesamt nichtig wäre (BGH WM 2019, 1653 Rn. 61).

35 cc) Die Erlösverteilungsregelung - in der durch die Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 geänderten Fassung, die eine Absenkung der Erlösanteile der Beklagten zu 2 um 4,6 Prozentpunkte beinhaltet - ist auch nicht wegen Verletzung der §§ 19, 20 GWB 2005 unwirksam. Nach den getroffenen Feststellungen fehlt es sowohl an der missbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung (§ 19 Abs. 1, 4 GWB 2005) als auch an einer Diskriminierung oder unbilligen Behinderung der Klägerin (§ 20 GWB 2005).

36 (1) Eine nach § 20 Abs. 1 Fall 2 oder § 20 Abs. 1 Fall 2, Abs. 2 Satz 1 GWB 2005 unzulässige Diskriminierung der Klägerin besteht insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt einer unzulässigen Preisdifferenzierung zwischen den Partnerverlagen einerseits und externen Erwerbern von Teilnehmerdaten andererseits. Denn die gesellschaftsvertraglich vereinbarte Erlösbeteiligung der Beklagten zu 2 kann nicht als Entgelt oder Gegenleistung der Klägerin für die Bereitstellung von Teilnehmerdaten angesehen werden.

37 In dem Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2 geht es nicht um die Überlassung von Teilnehmerdaten mit der Vereinbarung bloßer Zusatzleistungen im Rahmen eines Austauschverhältnisses. Vielmehr stellt die Einbringung der zuvor bei der Beklagten zu 1 bzw. der TDG erworbenen Daten eine Beitragsleistung der Beklagten zu 2 für die gemeinsame Gesellschaft dar. Es handelt sich deshalb weder um eine gegenüber einem anderen Unternehmen erbrachte Dienstleistung der Beklagten zu 2 auf einem - von ihr oder der Beklagten zu 1 beherrschten - Markt, noch zahlt die Klägerin ihrerseits für die Beitragsleistung ein Entgelt oder erbringt sonst eine Gegenleistung hierfür. Die Beteiligung eines Gesellschafters an dem von der Gesellschaft erzielten Erlös ist nicht das Entgelt für seinen Gesellschafterbeitrag, sondern die Partizipation an einem gemeinsamen Geschäftserfolg.

38

Auch bei einer rein wirtschaftlichen Betrachtung der zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 2 bestehenden Beziehungen steht die Bereitstellung der Daten nicht in einem auf Leistungsäquivalenz überprüfbares Gegenseitigkeits- oder Austauschverhältnis zu der Erlösbeteiligung. Dies folgt schon daraus, dass sich die Beiträge der Beklagten zu 2 zur Förderung des Gesellschaftszwecks nach dem revisionsrechtlich maßgebenden Sachverhalt nicht auf die Bereitstellung der Teilnehmerdaten beschränken. Zur Förderung des gemeinsamen Zwecks sind vielmehr neben der gleichfalls in den Aufgabenbereich der Beklagten zu 2 fallenden Distribution der Teilnehmerverzeichnisse und der Erfüllung von Koordinationsaufgaben sowie den von der Klägerin zu erbringenden Gesellschaftsbeiträgen auch die Inanspruchnahme der Leistungen der Marketing- und Servicegesellschaften und vor allem die für den wirtschaftlichen Erfolg wesentlichen Marken, deren Benutzung den Herausgebergesellschaften ihre herausgehobene Marktposition sichert, von zentraler Bedeutung. Die - kostenlose - Nutzung der Marken wird durch die die betreffenden Zeichen haltenden Gesellschaften ermöglicht. An der hier maßgeblichen ÖTB-Zeichen-GbR sind die Beklagte zu 2 mit 25,1% sowie die Partnerverlage mit insgesamt 74,9% beteiligt, wobei freilich auf die Klägerin ein Anteil von lediglich 0,44% entfällt. Angesichts dieser Beteiligungsverhältnisse ist die in der Markenbenutzung liegende (anteilige) Beitragsleistung der Beklagten zu 2 offensichtlich sehr viel höher zu bewerten als der Beitragsanteil der Klägerin.

39 (2) Aus den vorgenannten Gründen fehlt es gleichermaßen an einem Ausbeutungsmissbrauch in der Form des Preissmissbrauchs (§ 19 Abs. 4 Nr. 2 GWB 2005), welchen die Revision ebenfalls damit begründen möchte, dass zwischen den tatsächlichen Kosten für die Bereitstellung der Teilnehmerdaten und dem tatsächlich verlangten "Preis" ein Missverhältnis bestehe.

40 Auch ein Preissmissbrauch scheidet schon mangels eines für eine Ware oder Dienstleistung an ein marktbeherrschendes Unternehmen gezahlten Prei-

ses aus. Abgesehen davon ergibt sich ein Missverhältnis insbesondere nicht aus einer unzulänglichen Berücksichtigung des Umstands, dass der Marktwert der von der Beklagten zu 2 einzubringenden Teilnehmerdaten bei Anpassung der Erlösverteilungsregelung im Dezember 2006 erheblich gesunken war. Da der Bereitstellung der Teilnehmerdaten kein genauer erfassbarer Anteil an den Beitragsleistungen der Beklagten zu 2 insgesamt zugeordnet werden kann und der im Jahr 2006 eingetretene und für die Zukunft zu erwartende Wertverlust durch die Reduktion des Erlösanteils der Beklagten zu 2 um 4,6 Prozentpunkte hinreichend berücksichtigt worden ist, fehlt es auch insoweit an der erforderlichen tatsächlichen Grundlage für einen zur Ermittlung eines Preismissbrauchs vorzunehmenden Leistungsvergleich (BGH WM 2019, 1653 Rn. 70 ff.).

41           (3) Auch eine unbillige Behinderung der Klägerin (§ 20 GWB 2005) oder eine missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Beklagte zu 2 (§ 19 Abs. 1 GWB 2005) sind danach zu verneinen (vgl. BGH WM 2019, 1653 Rn. 73 f.).

42           dd) Ein Verstoß gegen die aus § 47 TKG folgende Preisbegrenzung, der im Umfang der Preisüberhöhung zur (teilweisen) Nichtigkeit der Erlösverteilungsregelung führen würde (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2010 - KZR 9/08, WRP 2010, 1262 Rn. 23 - Teilnehmerdaten IV) liegt jedenfalls deshalb nicht vor, weil es an einer Überlassung von Teilnehmerdaten gegen Entgelt im Sinne von § 47 Abs. 4 TKG fehlt. Wie ausgeführt, stellt sich die Erlösbeteiligung der Beklagten zu 2 nicht als Entgeltleistung der Klägerin für die Datenbeschaffung dar, sondern als Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg der Herausgebergesellschaften.

43           (1) Eine abweichende Beurteilung dahingehend, dass § 47 TKG zur Vermeidung einer Umgehung der Preisregulierung auch ein Überlassen von Teilnehmerdaten als Gesellschafterbeitrag im Rahmen eines Kooperationsver-

hältnisses erfasst, ist, wie im Senatsurteil vom 29. Januar 2019 ausführlich dargelegt, nicht nach dem Sinn und Zweck des § 47 Abs. 4 TKG geboten (BGH WM 2019, 1653 Rn. 76 ff.). Die Vorschrift dient der Herstellung eines chancengleichen Wettbewerbs auf den Telekommunikationsmärkten und speziell auf dem Markt für Auskunftsdienste und Teilnehmerverzeichnisse und hierzu der Beseitigung nach der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte noch bestehender Marktzutrittsschranken (BGH WRP 2010, 1262 Rn. 24 - Teilnehmerdaten IV). Da die Klägerin und die Beklagte zu 2 in Gestalt der Herausgebergesellschaft gemeinsam auf dem Markt für Teilnehmerverzeichnisse tätig sind, könnte sich die Erlösbeteiligung der Beklagten zu 2 allenfalls dann als Marktzutrittsschranke auswirken, wenn die Klägerin hierdurch gehindert würde, nicht oder nicht nur gemeinsam mit der Beklagten zu 2, sondern unabhängig von dieser auf dem Markt aufzutreten. Eine solche Wirkung kann die Erlösbeteiligung aber schon deshalb nicht entfalten, weil die Klägerin sich durch diese gerade schlechter gestellt sieht als ein Unternehmen, das die Teilnehmerdaten zum regulierten Entgelt bezieht.

- 44           (2) Auch das Unionsrecht verlangt bei dieser Sachlage keine Anwendung des § 47 Abs. 4 TKG auf den Streitfall. Wie der Senat ebenfalls bereits entschieden hat, folgt weder aus Art. 25 Abs. 2 der Richtlinie 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (Universaldienstrichtlinie - URL) noch aus Art. 5 der Richtlinie 2002/77/EG der Kommission vom 16. September 2002 über den Wettbewerb auf den Märkten für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Wettbewerbsrichtlinie) das Gebot, § 47 Abs. 4 TKG auf Sachverhalte außerhalb eines vertraglichen Leistungsaustausches, insbesondere die Zurverfügungstellung von Teilnehmerdaten als Gesellschafterbeitrag, auszudehnen oder den Herausgeber-Gesellschaftsvertrag oder dessen Bestätigung durch die Ergän-

zungsvereinbarung vom 13. Dezember 2006 für nichtig zu erachten (vgl. BGH WM 2019, 1653 Rn. 81 ff.). Hieran hält der Senat auch angesichts der weiteren Einwände der Revision fest.

45 (a) Nach Art. 25 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass alle Unternehmen, die Teilnehmern Telefonnummern zuweisen, allen zumutbaren Anträgen entsprechen, die relevanten Informationen zum Zweck der Bereitstellung von öffentlich zugänglichen Auskunftsdiensten und Teilnehmerverzeichnissen in einem vereinbarten Format und zu gerechten, objektiven, kostenorientierten und nichtdiskriminierenden Bedingungen zur Verfügung zu stellen. Im Verhältnis zwischen den Beklagten einerseits und der Klägerin sowie den übrigen Partnergesellschaften andererseits fehlt es bereits am Tatbestandsmerkmal des "Zurverfügungstellens", dementsprechend ebenso an einer wie auch immer gearteten Gegenleistung hierfür und folglich an jedem Anhaltspunkt für eine Marktzutrittsschranke im Sinne des Art. 25 Abs. 2 der Universaldienstrichtlinie. Die Beklagten liefern, wie ausgeführt, die Teilnehmerdaten gerade nicht der Klägerin, sondern die Beklagte zu 2 stellt sie der gemeinsamen Gesellschaft zur Verfügung, und diese Beitragsleistung wird auch nicht von der Klägerin bezahlt oder sonst entgolten. Da der Klägerin nicht als Marktteilnehmerin relevante Informationen zur Verfügung gestellt werden, kann auch die Frage nach hierfür angemessenen richtlinienkonformen Bedingungen nicht sinnvoll gestellt werden.

46 (b) Soweit die Revision meint, die in Streit stehenden (Gesellschafts-) Verträge seien wegen Verstoßes gegen die Wettbewerbsrichtlinie nichtig, kann dem nicht beigetreten werden. Art. 5 der Wettbewerbsrichtlinie gibt den Mitgliedstaaten auf, dafür zu sorgen, dass alle ausschließlichen oder besonderen Rechte bei der Einrichtung und Bereitstellung von Auskunftsdiensten, sei es in Form der Veröffentlichung von Verzeichnissen oder in Form von mündlichen Auskunftsdiensten, in ihrem Hoheitsgebiet aufgehoben werden. Abgesehen

davon, dass schon nicht erkennbar ist, welche besonderen Rechte im Sinne der Richtlinie den Herausgebergesellschaften zustehen könnten, hat der deutsche Gesetzgeber jedoch keine Maßnahmen ergriffen, um die bereits im Jahr 2002 bestehenden Herausgebergesellschaften zu beenden. Selbst wenn man unterstellte, ihr Fortbestand wäre mit Art. 5 der Wettbewerbsrichtlinie nicht zu vereinbaren, hätte dieses "gesetzgeberische Unterlassen" mangels unmittelbarer Wirkung der Richtlinie nicht die Nichtigkeit der Herausgebergesellschaftsverträge zur Folge. Denn eine Richtlinie kann selbst weder Pflichten privater Dritter begründen noch vom nationalen Recht eingeräumte subjektive Rechte zum Erlöschen bringen (vgl. nur BGH, Beschluss vom 8. Oktober 2019 - EnVR 58/18, juris Rn. 66 - Normativer Regulierungsrahmen; Urteil vom 29. Oktober 2019 - KZR 39/19, juris Rn. 38 - Trassenentgelte; jeweils mit Nachweisen zur Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union). In diesem Sinne "stellt sich" die Frage nach dem Fortbestand der Herausgebergesellschaften im vorliegenden Rechtsstreit nicht (BGH WM 2019, 1653 Rn. 83 a.E.).

47           (c) Ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV an den Gerichtshof der Europäischen Union ist entgegen der Ansicht der Revision nicht angezeigt (vgl. BGH WM 2019, 1653 Rn. 84). Dass weder die von der Revision angeführte Regelung der Universaldienstrichtlinie noch die in Bezug genommene Vorschrift der Wettbewerbsrichtlinie im Streitfall zu einer abweichenden rechtlichen Beurteilung führen können, ist nach den vorstehenden Ausführungen unzweifelhaft. Die von der Klägerin zur Universaldienstrichtlinie formulierten Vorlagefragen zielen auf einen anderen als den im Streitfall festgestellten Sachverhalt.

48           (3) Eine Unwirksamkeit der Verichtsvereinbarung vom Dezember 2006 wegen Verstoßes gegen § 47 TKG folgt schließlich auch nicht daraus, dass mit ihr sämtliche gesetzlichen Ansprüche auch gegenüber der Beklagten zu 1 und auch für den Fall, dass die Klägerin die Teilnehmerdaten unmittelbar

bei der Beklagten zu 1 oder der TDG beziehen sollte, ausgeschlossen würden. Denn solche potentiellen Ansprüche werden von der Vereinbarung nicht erfasst (BGH WM 2019, 1653 Rn. 88).

49           c) Die Verzichtvereinbarung ist auch nicht aus anderen, nicht aus einer kartellrechtlich oder durch § 47 TKG begründeten Unwirksamkeit der gesellschaftsvertraglichen Erlösverteilungsregelungen abgeleiteten Gründen unwirksam.

50           aa) Der von der Revision gerügte Verstoß gegen das Verbot des § 276 Abs. 3 BGB liegt nicht vor. Einen Ausschluss der Haftung der Beklagten wegen Vorsatzes sieht die Vereinbarung gerade nicht vor (BGH WM 2019, 1653 Rn. 90).

51           bb) Die Verzichtvereinbarung ist auch nicht wegen Sittenwidrigkeit nichtig (§ 138 BGB). Die getroffenen Feststellungen tragen schon nicht die Annahme eines objektiven Missverhältnisses der wechselseitigen Leistungen. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 um einen Vergleich handelt, so dass dessen Unwirksamkeit ein Missverhältnis des jeweiligen Nachgebens erforderte, das hier ebenfalls nicht festzustellen ist (BGH WM 2019, 1653 Rn. 94).

52           cc) Auch eine Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 BGB scheidet aus. Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nicht anwendbar, weil die Vereinbarung vom 13. Dezember 2006, welche in Ergänzung der bestehenden Gesellschaftsverträge vereinbart wurde und diese inhaltlich abändert, der Bereichsausnahme für Gesellschaftsrecht (§ 310 Abs. 4 Satz 1 BGB) unterfällt

(BGH WM 2019, 1653 Rn. 98 ff.). Davon abgesehen, wäre die Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 und die darin enthaltene Verzichtserklärung auch mit dem AGB-Recht vereinbar, da sie insbesondere dem Transparenzgebot gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB genügt als auch einer - hier allerdings gem. § 307 Abs. 3 BGB ausgeschlossenen - Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB standhielte (BGH WM 2019, 1653 Rn. 103 ff.).

53            dd)    Mit § 242 BGB steht die Verzichtserklärung ebenfalls in Einklang (BGH WM 2019, 1653 Rn. 115).

54            d)     Schließlich scheidet auch ein Wegfall der Verzichtsvereinbarung wegen des Eintritts einer auflösenden Bedingung nach § 2 Nr. 3 Abs. 3 der Vereinbarung vom 13. Dezember 2006 aus. Auch insofern wird Bezug genommen auf die Ausführungen im Senatsurteil vom 29. Januar 2019 (BGH WM 2019, 1653 Rn. 117 ff.).

55            2.     Die Abweisung der Zwischenfeststellungsklagen durch das Berufungsgericht lässt nach allem gleichfalls keinen Rechtsfehler erkennen.

Meier-Beck

Kirchhoff

Tolkmitt

Picker

Linder

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 26.02.2015 - 2-3 O 238/14 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 14.02.2017 - 11 U 53/15 (Kart) -