



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 31/08

Verkündet am:
29. Juni 2010
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachträglicher Leitsatz!

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

GSM-Wandler

EG Art. 82; TKG § 21

Ein Unternehmen, das für bestimmte Telekommunikationsdienstleistungen eine marktbeherrschende Stellung hat, handelt grundsätzlich nicht missbräuchlich, wenn es anderen Unternehmen, die Zugang zu dem von ihm beherrschten Markt begehren, diesen Zugang nur unter den von der Regulierungsbehörde nach § 21 TKG festgesetzten Bedingungen gewähren will.

BGH, Urteil vom 29. Juni 2010 - KZR 31/08 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Februar 2010 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Tolksdorf und die Richter Dr. Raum, Dr. Bergmann, Dr. Strohn und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. März 2008 (VI U (Kart) 29/06) unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels der Klägerin und der Revision der Beklagten aufgehoben, soweit die Klage mit dem Klageantrag zu 1 abgewiesen und die Klägerin auf die Widerklage verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Düsseldorf, 4. Kammer für Handelssachen, vom 31. Mai 2006 zurückgewiesen.

Von den Gerichtskosten tragen die Klägerin 17,5%, die Beklagte zu 1 78% und die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner weitere 4,5%.

Die Klägerin trägt die außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 1 zu 17,5% und die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 2 zu 79%. Von den außergerichtlichen Kosten der Klägerin tragen die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner 4,5%, die Beklagte zu 1 weitere 78% alleine. Im Übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, die E-Plus Service GmbH & Co. KG (fortan: E-Plus), vermittelt und verwaltet den Zugang zu dem Mobilfunknetz ihrer Muttergesellschaft, der E-Plus Mobilfunk GmbH & Co KG (E1-Netz; im Folgenden: E-Plus-Mobilfunknetz). Damit ein Mobilfunkkunde von E-Plus im E-Plus-Mobilfunknetz, das nach dem GSM-Funkstandard (Global System for Mobile Communications) betrieben wird, Anrufe tätigen und entgegennehmen kann, benötigt er eine Berechtigungskarte (sog. SIM-Karte), die in sein Endgerät (Mobiltelefon) eingesetzt wird und seine Benutzerdaten enthält. Die SIM-Karte ermöglicht mittels eines verschlüsselten Zugangscodes eine Verbindung mit dem Mobilfunknetz.

- 2 Wird ein Kunde auf seinem Mobiltelefon aus dem Netz eines anderen Netzbetreibers (Mobilfunk oder Festnetz) angerufen, so bedarf es zur Vermittlung des Telefongesprächs einer Zusammenschaltung der Netze. Kommt der Anruf aus einem Festnetz, ist zudem die Umwandlung des ankommenden Festnetzgesprächs in Mobilfunksignale (nach dem GSM-Funkstandard) erforderlich. Bei ankommenden Festnetzgesprächen finden die Zusammenschaltung und die Umwandlung bislang an einer festen Schnittstelle zwischen den Netzen (sog. Interconnection-Punkt; im Folgenden: Übergabepunkt) statt, von der aus das Telefongespräch an die nächste Verteilstelle im Mobilfunknetz weitergeleitet wird und sodann an den angerufenen Mobilfunkkunden gelangt. Der Festnetzbetreiber, von dessen Netz der Anruf in das Mobilfunknetz erfolgt, kann entweder einen eigenen Übergabepunkt mit dem jeweiligen Mobilfunknetz einrichten oder er kann zur Weiterleitung des Gesprächs das Festnetz der Deutschen Telekom AG (im Folgenden: DTAG) oder eines anderen Festnetzbetreibers und deren Übergabepunkte nutzen. Der jeweilige Festnetzbetreiber berechnet für die Benutzung seines Netzes als Transitnetz ein Entgelt. Die Anrufzustellung innerhalb des Mobilfunknetzes zu dem angerufenen Mobilfunkkun-

den kann technisch nur von dem Betreiber des Mobilfunknetzes vorgenommen werden.

3 Mit am 30. August 2006 im Amtsblatt veröffentlichter Verfügung der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen wurde die Muttergesellschaft von E-Plus dazu verpflichtet, "Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem Mobiltelefonnetz an ihrem Vermittlungsstellenstandort zu ermöglichen, über die Zusammenschaltung Verbindungen in ihr Netz zu terminieren und zum Zwecke dieser Zugangsgewährung Kollokation sowie im Rahmen dessen Nachfragern oder deren Beauftragten jederzeit Zutritt zu diesen Einrichtungen zu gewähren". Die Entgelte für die Gewährung der Zusammenschaltungsleistungen wurden der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur unterworfen. Die Genehmigung der Entgelte für die Anrufzustellung in ihr Mobilfunknetz wurde der Muttergesellschaft von E-Plus mit Beschluss vom 8. November 2006 erteilt. Mit Beschluss vom 30. November 2007 wurde ihr für den Zeitraum ab dem 1. Dezember 2007 ein Verbindungsentgelt in Höhe von 8,80 Cent/Min. genehmigt. Dieses von E-Plus dem Betreiber des jeweiligen Festnetzes, aus dem das Gespräch kommt, berechnete Terminierungsentgelt hat letztlich der Anrufer zu tragen, da es ihm von dem jeweiligen Festnetzbetreiber mit dem Gesprächsentgelt in Rechnung gestellt wird.

4 Technisch besteht ferner die Möglichkeit, Telefongespräche aus dem Festnetz mittels sogenannter GSM-Wandler (auch GSM-Gateways oder GSM-Router genannt) unter Einsatz von SIM-Karten der jeweiligen Mobilfunkbetreiber in deren Mobilfunknetze zu leiten. Das aus dem Festnetz kommende Gespräch wird dabei durch den GSM-Wandler in den GSM-Funkstandard umgewandelt und sodann mittels der SIM-Karte des jeweiligen Mobilfunkbetreibers über eine zwischen dem GSM-Wandler und der Empfangseinrichtung der zuständigen Verteilstelle des betreffenden Mobilfunkbetreibers aufgebaute Funk-

verbindung in das Mobilfunknetz eingespeist und dem Mobilfunkkunden gestellt.

5 Für Unternehmen (Firmenkunden) stellt E-Plus GSM-Wandler als sogenannte Corporate-Gateways zur Verfügung, die im Rahmen einer Telefonanlage zum Einsatz kommen sollen und es ermöglichen, Anrufe, die auf einen Festnetzanschluss erfolgen, in das E-Plus-Mobilfunknetz zu Mobiltelefonen der Mitarbeiter des jeweiligen Unternehmens zu den günstigeren Konditionen eines internen Netzanrufs weiterzuleiten. E-Plus lässt insoweit Geräte mit bis zu 18 Kanälen ohne Genehmigungsvorbehalt zu.

6 Die Beklagte zu 1, die call media services Ltd. (im Folgenden: call media), deren Geschäftsführer der Beklagte zu 2 ist, betreibt GSM-Wandler. Ihre Kunden sind in der Regel kleinere Festnetzbetreiber, die ihre Telefondienstleistungen im sogenannten "Call-by-call-Service" anbieten. Da call media bekannt war, dass E-Plus die Verwendung ihrer SIM-Karten in GSM-Wandlern mit Ausnahme des Einsatzes als Corporate-Gateways nicht gestattet, erwarb sie zwischen dem 17. Juni 2003 und dem 29. Juli 2003 insgesamt 33 SIM-Karten zu Endkundenkonditionen und setzte sie in ihren GSM-Wandlern ein. Nachdem E-Plus hiervon erfahren hatte, sperrte sie die Karten und kündigte die Vertragsverhältnisse fristlos.

7 Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von E-Plus, die diesen Verträgen zugrundelagen, enthielten folgende Bestimmungen:

"...

8.8. Ungeachtet der Regelung in Ziffer 8.7. darf der Kunde seine EPS-Mobilfunkkarte(n) nicht in Vermittlungs- oder Übertragungssystemen nutzen, die Verbindungen eines Dritten (Sprachverbindungen oder Datenübertragungen) an einen anderen Dritten ein- oder weiterleiten.

...

9.2. Das Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt für beide Parteien unberührt. Für EPS liegt ein wichtiger Grund vor, wenn

...

g) der Kunde gegen die in Ziffer 8.8. festgelegte Pflicht verstößt...

...

9.4. Kündigt EPS den Mobilfunkvertrag aus wichtigem Grund fristlos, steht ihr ein pauschalierter Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 75 % des monatlichen Grund- und Paketpreises zu, der bis zum nächsten ordnungsgemäßen Kündigungstermin angefallen wäre. Der Kunde kann der Pauschale den Nachweis, dass der Schaden überhaupt nicht oder wesentlich niedriger als die Pauschale entstanden ist, entgegenhalten."

8 E-Plus begehrt nach Nummer 9.4. ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen Schadensersatz in Höhe von 14.556,92 € nebst Zinsen (Klageantrag zu 1) sowie - im Wege der Stufenklage - Auskunft und Rechnungslegung über die von call media mit den eingesetzten SIM-Karten erzielten Entgelte (Klageanträge zu 2). Sie nimmt call media und ihren Geschäftsführer ferner auf Unterlassung der Nutzung ihrer Mobilfunkkarten in GSM-Wandlern zur Ein- oder Weiterleitung von Verbindungen eines Dritten an einen anderen Dritten in Anspruch (Klageantrag zu 3). Mit ihrer Widerklage hat call media beantragt, E-Plus die Beschränkung der Nutzung von SIM-Karten in GSM-Wandlern in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu untersagen (Widerklageantrag zu 1). Ferner begehrt sie, E-Plus zu verurteilen, ihr 33 SIM-Karten zu einem näher bezeichneten Endkundertarif zur Nutzung mit einem GSM-Wandler zu liefern (Widerklageantrag zu 2) sowie Schadensersatz wegen entgangenen Gewinns in Höhe von 217.782,98 € nebst Zinsen zu zahlen (Widerklageantrag zu 3).

9 Das Landgericht hat durch Teilurteil der Klage hinsichtlich des Unterlassungsanspruchs, des Anspruchs auf pauschalierten Schadensersatz sowie auf Auskunftserteilung und Rechnungslegung stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung mit der Maßgabe bestätigt, dass sich das Verwendungsverbot nach

dem von E-Plus in der Berufungsinstanz hilfsweise gestellten Unterlassungsantrag nur auf im Rahmen von Endkundenverträgen erworbene SIM-Karten bezieht; im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Auf den in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsantrag zum Widerklageantrag zu 2 hat das Berufungsgericht festgestellt, dass E-Plus verpflichtet ist, an call media SIM-Karten zu angemessenen Entgelten (und zwar im Zeitpunkt der Entscheidung zum Tarif "Professional Plus Group") und zu angemessenen Nutzungsbedingungen zur Nutzung mit einem GSM-Wandler zu liefern. Ferner hat es - unter Abweisung der Widerklage im Übrigen – hinsichtlich des Widerklageantrags zu 3 durch Grundurteil festgestellt, dass E-Plus verpflichtet ist, call media den dieser aus der Kündigung der SIM-Kartenverträge entstandenen Schaden zu ersetzen; wegen der Höhe des Schadens hat es den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

10 Mit ihren vom Berufungsgericht zugelassenen Revisionen verfolgen die Parteien ihre Begehren weiter, soweit sie in den Vorinstanzen erfolglos geblieben sind; hinsichtlich des auf Auskunft über die Verwendung weiterer SIM-Karten gerichteten Klageantrags zu 4 haben die Parteien den Rechtsstreit in der Revisionsinstanz übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Entscheidungsgründe:

11 A. Das Berufungsgericht hat angenommen, E-Plus sei aus kartellrechtlichen Gründen verpflichtet, call media einen Netzzugang zum Zweck der Einleitung von Gesprächen in das E-Plus-Mobilfunknetz mittels GSM-Wandlern zu angemessenen Tarifbedingungen zu gewähren. Deshalb seien die Klageansprüche mit Ausnahme des Hilfsbegehrens, call media die Nutzung von SIM-Karten im Rahmen von Endkundenverträgen zur Gesprächsterminierung zu untersagen, unbegründet. Die Widerklage habe hinsichtlich des Schadenser-

satzanspruchs und insoweit Erfolg, als call media hilfsweise die Verurteilung von E-Plus begehre, ihr SIM-Karten zur Nutzung in GSM-Wandlern zu angemessenen Bedingungen zu liefern, um anderen Unternehmen die Einleitung von Anrufen in das E-Plus-Mobilfunknetz zu ermöglichen; im Übrigen sei die Widerklage unbegründet. Zur näheren Begründung hat das Berufungsgericht ausgeführt:

12 E-Plus verstoße, indem sie den Einsatz von GSM-Wandlern zur Einleitung von Festnetzgesprächen in ihr Netz verhindern wolle, gegen das Missbrauchsverbot des Art. 82 Abs. 1 EG (jetzt Art. 102 AEUV). Der sachlich relevante Markt betreffe die Vermittlung (Terminierung) von Gesprächen aus einem Festnetz in das E-Plus-Mobilfunknetz. Nach dem Bedarfsmarktkonzept seien als Nachfrager die Betreiber von Festnetzen anzusehen, die ein Telefongespräch ihres Festnetzkunden an einen Mobilfunkkunden im E-Plus-Netz weiterleiten lassen wollten. Hierfür könnten sie einerseits die gebührenpflichtige Terminierungsleistung von E-Plus, andererseits die Weiterleitung mittels GSM-Wandler durch call media in Anspruch nehmen. Aus der Sicht der nachfragenden Festnetzbetreiber seien beide Leistungsvarianten funktional austauschbar und gehörten deshalb demselben Markt an, und zwar dem Angebotsmarkt für die Terminierung von Festnetzgesprächen in das E-Plus-Netz. E-Plus besitze auf diesem räumlich auf das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland beschränkten Terminierungsmarkt eine beherrschende Stellung.

13 Durch ihre generelle Weigerung, SIM-Karten für den Einsatz in GSM-Wandlern zum Zweck der Weiterleitung von Gesprächen von einem Festnetz in ihr Mobilfunknetz zuzulassen, missbrauche E-Plus ihre marktbeherrschende Stellung. Sie beschränke die Verwendung der SIM-Karten in unzulässiger Weise. Rechtfertigende Gründe für die Weigerungshaltung von E-Plus seien nicht gegeben. Einer etwa drohenden Überlastung von Funkzellen könne durch ge-

eignete Schutzvorkehrungen wirksam begegnet werden. Um ihren Verpflichtungen aus § 110 TKG nachkommen zu können, könne E-Plus die Nutzung von SIM-Karten in GSM-Wandlern von der Mitteilung der Nummer des Anrufers abhängig machen. Auch frequenzrechtliche Gesichtspunkte seien keine Rechtfertigung für das Verbot der Nutzung von SIM-Karten in GSM-Wandlern. Die der Lizenzerteilung zugrundeliegenden europarechtlichen Regelungen stünden einer Nutzung der Frequenzen zur Terminierung von Festnetzgesprächen mittels GSM-Wandlern nicht entgegen.

- 14 Eine etwaige schlechtere Qualität der Gesprächsverbindung über GSM-Wandler könne eine Verweigerung der Nutzung von SIM-Karten in derartigen Geräten nicht rechtfertigen. Das Interesse von E-Plus, nicht mit einer aus der GSM-Technik herrührenden verminderten Gesprächsqualität in Verbindung gebracht zu werden, trete hinter dem Wettbewerbsinteresse der Abnehmer von call media zurück. Die Weigerung von E-Plus diene somit allein dem Zweck, einen Wettbewerb auf dem Markt der Terminierung von Festnetzgesprächen in das E-Plus-Netz zu verhindern. Kartellrechtlich erlaubt seien aber ausschließlich diejenigen Einschränkungen des SIM-Karten-Einsatzes in GSM-Wandlern, die zum Schutz der Netzintegrität erforderlich seien. Dazu könnten insbesondere die notwendigen Vorkehrungen gehören, um eine Überlastung einzelner Funkzellen zu verhindern. Deshalb sei E-Plus zwar nicht verpflichtet, eine SIM-Karten-Nutzung zu Endkundenkonditionen zu gestatten, und berechtigt gewesen, die mit call media bestehenden Verträge zu kündigen. Sie müsse jedoch SIM-Karten zu angemessenen Nutzungsbedingungen für den Einsatz in GSM-Wandlern zur Verfügung stellen. Dabei dürfe sie insbesondere die entsprechende Nutzung von SIM-Karten von der Zahlung einer angemessenen Gebühr abhängig machen, die das Entgelt für eine Endkartennutzung übersteigen könne. Dies begründe für E-Plus zugleich die Befugnis, in ihren Endkundenverträgen einen GSM-Wandlereinsatz der Karten auszuschließen.

15 B. Die Revision von E-Plus hat Erfolg, soweit das Berufungsgericht die
Klage mit dem Klageantrag zu 1 abgewiesen und E-Plus auf die Widerklage
verurteilt hat; im Übrigen ist sie unbegründet. Die Revision von call media bleibt
insgesamt erfolglos.

16 I. Revision von E-Plus

17 Den mit der Klage verfolgten Ansprüchen kann call media entgegen der
Auffassung des Berufungsgerichts nicht mit Erfolg entgegenhalten, E-Plus sei
gemäß § 33 Abs. 1 Satz 1 GWB, Art. 82 EG (Art. 102 AEUV) verpflichtet gewe-
sen, ihr den Zugang zu dem E-Plus-Mobilfunknetz zum Zweck der Einleitung
von Festnetzgesprächen mittels GSM-Wandlern zu angemessenen Bedingun-
gen zu gewähren. Der Klageantrag zu 1 ist daher entgegen der Auffassung des
Berufungsgerichts begründet. Da E-Plus nicht wegen Verstoßes gegen Art. 82
EG (Art. 102 AEUV) gemäß § 33 Abs. 3 GWB zum Schadensersatz verpflichtet
ist, kann die Entscheidung des Berufungsgerichts auch insoweit keinen Bestand
haben, als E-Plus auf die Widerklage verurteilt worden ist (Hilfs-
Widerklageantrag zu 2 und Widerklageantrag zu 3 dem Grunde nach). Die Ab-
weisung der Klage mit den Klageanträgen zu 2 und 3 stellt sich dagegen im
Ergebnis aus anderen Gründen als richtig dar.

18 1. Der mit dem Klageantrag zu 1 verfolgte Anspruch auf Schadensersatz
wegen Verletzung vertraglicher Pflichten aus den durch den Erwerb der SIM-
Karten Mitte 2003 begründeten Vertragsverhältnissen ist entgegen der Auffas-
sung des Berufungsgerichts begründet.

19 a) Das Berufungsgericht ist rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die
pauschalierte Schadensersatzregelung in Nummer 9.4 der Allgemeinen Ge-
schäftsbedingungen von E-Plus zwischen dieser und call media wirksam ver-
einbart wurde, die von E-Plus ausgesprochene fristlose Kündigung der Mobil-

funkvertragsverhältnisse demnach wirksam ist und danach an sich die Voraussetzungen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs - auch der Höhe nach - gegeben sind.

20 b) Das Berufungsgericht hat diesen Anspruch mit der Begründung verneint, E-Plus sei deshalb kein ersatzfähiger Schaden entstanden, weil sie aus kartellrechtlichen Gründen verpflichtet gewesen sei, call media einen Netzzugang zum Zweck der Terminierung von Gesprächen in ihr Netz im Wege des Einsatzes von SIM-Karten in GSM-Wandlern zu angemessenen Nutzungsbedingungen zu gewähren. Hätte sie, wie das Berufungsgericht weiter ausgeführt hat, dieser Verpflichtung entsprechend call media SIM-Karten zur Verfügung gestellt, hätte für diese keine Veranlassung bestanden, die ihr im Rahmen von Endkundenverträgen überlassenen SIM-Karten vertragswidrig zu nutzen.

21 c) Dieser Beurteilung kann aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob E-Plus im Jahre 2003 kartellrechtlich verpflichtet war, call media SIM-Karten zum Zweck des Einsatzes von GSM-Wandlern zur Verfügung zu stellen. Selbst wenn call media grundsätzlich ein solcher kartellrechtlicher Belieferungsanspruch zugestanden hätte, könnte dieser dem mit dem Klageantrag zu 1 geltend gemachten Schadensersatzanspruch nicht entgegengehalten werden. E-Plus verlangt Schadensersatz wegen der vorzeitigen Beendigung der Mobilfunkverträge. Die Mobilfunkvertragsverhältnisse sind vorzeitig beendet worden, weil E-Plus sie wegen des vertragswidrigen Einsatzes der SIM-Karten wirksam aus wichtigem Grund gekündigt hat. Hätte call media die SIM-Karten vertragsgemäß benutzt und wären die Mobilfunkverhältnisse folglich nicht aufgrund fristloser Kündigung aus wichtigem Grund vorzeitig beendet worden, wären die Entgelte, deren Wegfall Grund für den Schadensersatzanspruch nach Nummer 9.4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von E-Plus ist und an denen sich dieser auch der Höhe nach orientiert, weiter angefallen.

22 Eine etwaige kartellrechtliche Verpflichtung von E-Plus, call media den Einsatz von SIM-Karten zum Zweck der Gesprächsterminierung über GSM-Wandler zu gestatten, ist insoweit weder unter dem Gesichtspunkt eines etwaigen rechtmäßigen Alternativverhaltens von call media noch unter anderen rechtlichen Gesichtspunkten von Bedeutung. E-Plus war, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat, jedenfalls nicht verpflichtet, call media SIM-Karten im Rahmen von Endkundenverträgen zur Gesprächsterminierung zur Verfügung zu stellen. Call media hätte nach § 33 Abs. 1 GWB i.V. mit Art. 82 EG allenfalls die Belieferung mit SIM-Karten unter besonderen, für den beabsichtigten Einsatzzweck angemessenen Nutzungsbedingungen verlangen können. E-Plus musste aber auch in diesem Fall call media eine solche Nutzung nicht von sich aus anbieten (vgl. BGH, Urt. v. 6.5.2009 - KZR 39/06, BGHZ 180, 312 Tz. 30 - Orange-Book-Standard). Call media hat seinerseits ein solches Begehren vor dem hier in Rede stehenden Einsatz der SIM-Karten im Juni/Juli 2003 nicht gestellt.

23 2. Soweit E-Plus nach dem von call media in der Berufungsinstanz gestellten Widerklagehilfsantrag zu 2 verurteilt worden ist, kann das Berufungsurteil gleichfalls aus Rechtsgründen keinen Bestand haben. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts verletzt E-Plus durch die Weigerung, call media SIM-Karten zum Zweck des Einsatzes in GSM-Wandlern zur Verfügung zu stellen, jedenfalls ab Erlass der am 30. August 2006 veröffentlichten Regulierungsverfügung der Bundesnetzagentur nicht das Verbot des Art. 82 Abs. 1 EG (Art. 102 AEUV).

24 a) Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass E-Plus auf dem bundesweiten Markt für die Weiterleitung von Anrufen aus fremden Netzen an Mobilfunkkunden im eigenen E-Plus-Netz (im Folgenden als Terminierung bezeichnet) über eine beherrschende Stellung verfügt. Der Markt für die Terminierung von Telefonanrufen ist einzelnetzbezogen abzu-

grenzen, d.h. die Anrufzustellung an einen Gesprächsteilnehmer in einem bestimmten Mobilfunknetz bildet einen jeweils eigenen sachlichen Markt.

25 Die Terminierung von Anrufen innerhalb des jeweils eigenen Mobilfunknetzes stellt eine Vorleistung für Telefondienste dar, die darin besteht, Anrufe, die ihren Ursprung im Festnetz oder in einem anderen als dem Mobilfunknetz des angerufenen Gesprächsteilnehmers haben, über eine zusammenschaltungsfähige Vermittlungsstelle zum angewählten Telefonanschluss zuzustellen. Die Zusammenschaltung verschiedener Netze ist erforderlich, damit die jeweiligen Kunden netzübergreifend miteinander telefonieren können. Nachfrager von Terminierungsleistungen ist der Netzbetreiber, aus dessen Netz der Anruf stammt. Dessen Nachfrage leitet sich unmittelbar von der Nachfrage eines Teilnehmers auf der Endkundenebene ab, der einen Teilnehmer in einem bestimmten anderen Netz erreichen will. Die Terminierungsleistung ist daher nicht durch andere Leistungen, etwa die Zustellung in ein anderes Netz, substituierbar.

26 Die Anrufzustellung innerhalb des Mobilfunknetzes des angerufenen Gesprächsteilnehmers kann aus technischen Gründen nur vom Betreiber des jeweiligen Mobilfunknetzes über seine Netzinfrastruktur erbracht werden. Andere Netzbetreiber haben keinen direkten Zugriff auf dessen Netz. Sie können den für einen fremden Kunden bestimmten Anruf nicht zustellen. Festnetzbetreiber wie Mobilfunkbetreiber sind auf die Terminierungsleistung des Netzbetreibers des Angerufenen angewiesen. Jedes Mobilfunkunternehmen hat daher in seinem eigenen Netz ein natürliches Monopol für die Terminierungsleistung (zur Marktabgrenzung vgl. auch Empfehlung 2003/311/EG der Kommission der Europäischen Union vom 11. Februar 2003, ABl. EU Nr. L 114, S. 45, Anhang Nr. 16; Sondergutachten Nr. 39/2003 der Monopolkommission Tz. 210 ff.; Anlage 6 der Mitteilung 283/2006 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 30. August 2006 zur "Anrufzustellung in einzelnen Mobiltelefonnetzen", Amtsblatt der Bundesnetzagentur

17/2006, 2429; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 2.4.2008 - 6 C 14/07, juris; Mantl/Elkettani in Berliner Kommentar zum TKG, 2. Aufl., vor § 9 Rdn. 221 ff.; Heinen-Hosseini/Woesler ebenda, § 9 Rdn. 219 ff.; Kirchner/Käseberg in Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl., § 11 Rdn. 65 ff.; Pape in Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl., vor § 9 Rdn. 37; Heun in Heun, Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., Kap. G Rdn. 170 f.; Schütze in Wissmann, Praxishandbuch Telekommunikationsrecht, 2. Aufl., Kap. 3 Rdn. 115 ff.).

27 b) Dagegen kann der Auffassung des Berufungsgerichts, E-Plus missbrauche ihre beherrschende Stellung auf diesem Markt durch ihre Weigerung, SIM-Karten für den Einsatz in GSM-Wandlern zum Zweck der Terminierung von Gesprächen aus dem Festnetz in das E-Plus-Mobilfunknetz zuzulassen, für den hier maßgeblichen Zeitpunkt aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden. Für die Beurteilung des Belieferungsbegehrens von call media nach dem Widerklagehilfsantrag zu 2 ist der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht Ende 2007 maßgeblich. Unter Berücksichtigung der Verhältnisse auf dem von E-Plus beherrschten Markt in dem hier maßgeblichen Zeitraum ab Ende August 2006 ist die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch E-Plus zu verneinen.

28 aa) Im Streitfall kommt allenfalls ein missbräuchliches Verhalten unter dem Gesichtspunkt eines Behinderungsmissbrauchs durch Geschäfts- oder Lieferungsverweigerung in Betracht. E-Plus weigert sich generell, call media SIM-Karten zum Zweck der Anrufweiterleitung mittels GSM-Wandlern in das E-Plus-Netz zu liefern und über GSM-Wandler weitergeleitete Anrufe im eigenen Netz zuzustellen. Der Umstand, dass E-Plus diese Geschäfts- oder Lieferungsverweigerung durch ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Endkunden-SIM-Karten rechtlich absichern möchte, führt - anders als das Berufungsgericht meint - nicht dazu, dass dieser Sachverhalt unter dem Gesichtspunkt der Verwendungsbeschränkung zu betrachten ist. Daran ändert es auch nichts, dass

es call media gelungen ist, auf dem Endkundenmarkt für Mobiltelefondienstleistungen SIM-Karten von E-Plus zu erwerben, ohne ihre wahre Verwendungsabsicht offenzulegen.

29 bb) Eine Geschäftsverweigerung ist nach Art. 82 EG missbräuchlich, wenn sie in der Absicht erfolgt, dem marktbeherrschenden Unternehmen einen vor- oder nachgelagerten Markt vorzubehalten, nicht durch technische oder kommerzielle Notwendigkeiten gerechtfertigt und geeignet ist, jeglichen Wettbewerb durch das die Lieferung nachsuchende Unternehmen auszuschließen (EuGH, Urt. v. 6.3.1974 - C-6/73, Slg. 1974, 223 Tz. 25 - Commercial Solvents; Urt. v. 3.10.1985 - C-311/84, Slg. 1985, 3261 = GRUR Int. 1986, 191 Tz. 25 f. - CBEM (Telemarketing); Urt. v. 26.11.1998 - C-7/97, Slg. 1998 I-7791 = WuW/E EU-R 127 Tz. 38 - Bronner; BGH, Urt. v. 3.3.2009 - KZR 82/07 WuW/E DE-R 2708 Tz. 35 - Reisestellenkarte). Bei der Prüfung dieser Voraussetzungen ist allerdings zu beachten, dass nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auch ein marktbeherrschendes Unternehmen berechtigt ist, seine geschäftlichen Interessen zu wahren, wenn diese bedroht sind, und in angemessenem Umfang so vorzugehen, wie es dies zum Schutz seiner Interessen für richtig hält. Bei einer Geschäftsverweigerung, die sich (lediglich) auf einen Drittmarkt auswirkt, kann von einem missbräuchlichen Handeln des den vor- oder nachgelagerten Markt beherrschenden Unternehmens nur ausgegangen werden, wenn das verweigerte Gut oder die abgelehnte Dienstleistung auf dem abgeleiteten Markt unerlässlich, also insbesondere nicht ersetzbar ist und demnach durch die Geschäftsverweigerung auf dem Drittmarkt Marktzutrittschranken für Wettbewerber errichtet werden (vgl. EuGH WuW/E EU-R 127 Tz. 40 ff. - Bronner; Möschel in Immenga/Mestmäcker aaO Art. 82 Rdn. 220 m.w.N.; vgl. auch BGHZ 156, 379, 389 - Strom und Telefon).

30 Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn es sich bei dem E-Plus-Netz um eine notwendige Einrichtung im Sinne der sogenannten Essential-facility-

Doktrin (vgl. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB) für den Zutritt auf den Terminierungsmarkt handelt (vgl. dazu die Entscheidungen EuGH, Urt. v. 6.4.1995 - C-241/91, Slg. 1995, I-742 = GRUR Int. 1995, 490 Tz. 54 f., 70 - Magill; EuGH WuW/E EU-R 127 Tz. 34 ff. - Bronner; Urt. v. 29.4.2004 - C-418/01, Slg. 2004, I-5039 = WuW/E EU-R 804 Tz. 17, 40 ff. - IMS-Health, denen ein solches Wettbewerbsverhältnis zugrunde lag; vgl. ferner BGH, Urt. 4.11.2003 - KZR 16/02, BGHZ 156, 379, 389 - Strom und Telefon; Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl., § 19 GWB Rdn. 180, 187 m.w.N.).

31 cc) Hier kommt für die Beurteilung, ob die Weigerung von E-Plus, den von call media begehrten Einsatz von GSM-Wandlern zuzulassen, missbräuchlich i.S. von Art. 82 EG ist, dem Umstand maßgebliche Bedeutung zu, dass E-Plus aufgrund der Regulierungsverfügungen der Bundesnetzagentur von August und November 2006 verpflichtet ist, anderen Unternehmen unter bestimmten Bedingungen Zugang zu ihren Terminierungsleistungen im eigenen Netz zu gewähren. Diesen Umstand hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft nicht hinreichend beachtet.

32 (1) Die Verfügung der Bundesnetzagentur von Ende August 2006, mit der die Muttergesellschaft von E-Plus verpflichtet wurde, Betreibern von öffentlichen Telefonnetzen die Zusammenschaltung mit ihrem Mobiltelefonnetz an ihrem Vermittlungsstellenstandort zu ermöglichen, und mit der die Entgelte für die Zusammenschlussleistungen der Genehmigung nach Maßgabe des § 31 TKG unterworfen wurden, beruht auf § 21 TKG, durch den Art. 8 Abs. 2 und Art. 12 der Richtlinie 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie) umgesetzt worden sind. Die Regulierung des relevanten Marktes, die durch diese Verfügung und die nachfolgende Festsetzung der Entgelthöhe mit Verfügung von November 2006 bewirkt worden ist, steht zwar nicht bereits als solche einer Anwendung des Art. 82 EG entgegen (vgl. EuG, Urt. v. 10.4.2008 - T-271/03, Slg. 2008, II-477 Tz. 107, 120 = WuW/E EU-R 1429 - Deutsche Telekom/Kommission). Insbesondere kann

nicht allein wegen Erlasses von Verfügungen einer Regulierungsbehörde angenommen werden, dem betroffenen Unternehmen stehe ein für die Annahme eines Missbrauchs i.S. von Art. 82 EG erforderlicher Verhaltensspielraum auf dem regulierten Markt nicht (mehr) zu (vgl. BGH, Urt. v. 10.2.2004 - KZR 7/02, WuW/E DE-R 1254, 1256 - Verbindung von Telefonnetzen).

33 (2) Das schließt es jedoch nicht aus, bei der Beurteilung, ob ein Verhalten als Missbrauch i.S. von Art. 82 EG anzusehen ist, zu berücksichtigen, ob und in welchem Umfang der betreffende Markt durch gesetzliche Regelungen oder auf solchen beruhende Verfügungen einer staatlichen Stelle reguliert ist. Dabei ist vor allem von Bedeutung, wie sich die Regulierung als staatlicher Eingriff in den Markt auf die Wettbewerbsmöglichkeiten der Beteiligten auswirkt. Ist wie im vorliegenden Fall eine Lieferverweigerung des marktbeherrschenden Unternehmens zu beurteilen, ist zu prüfen, ob diese Weigerung im Hinblick auf die bereits durch die Regulierung begründeten Zugangsverpflichtungen eine angemessene und verhältnismäßige Maßnahme des marktbeherrschenden Unternehmens darstellt, um dessen berechnete geschäftliche Interessen zu wahren. Für die insoweit gebotene Interessenabwägung ist der Grad der jeweiligen Reglementierung ein maßgeblicher Abwägungsfaktor (vgl. EuGH, Urt. v. 16.9.2008 - C-468/06 bis C-478/06, Slg. 2008, I-7139 = WuW/E EU-R 1463 Tz. 67 ff. - Sot. Lelos u.a./GlaxoSmithKline, zu missbräuchlichem Verhalten bei Preisreglementierung durch gesetzliche Preisfestsetzungssysteme).

34 dd) Nach diesen Beurteilungsgrundsätzen kann die Weigerung von E-Plus, call media SIM-Karten zum Zwecke des Einsatzes in GSM-Wandlern zur Verfügung zu stellen, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts im Hinblick auf den hier gegebenen regulierten Zugang nicht als missbräuchlich i.S. von Art. 82 EG (Art. 102 AEUV) angesehen werden.

35 (1) Wird ein marktbeherrschendes Unternehmen durch Verfügung der Bundesnetzagentur nach § 21 TKG verpflichtet, anderen Unternehmen unter bestimmten Bedingungen Zugang zu dem von ihm beherrschten Markt für bestimmte Telekommunikationsdienstleistungen zu gewähren, so ist regelmäßig anzunehmen, dass damit der Gefahr einer missbräuchlichen Zugangsverweigerung in einem ausreichenden Maß begegnet wird. Die Verpflichtung zur Gewährung des Infrastrukturzugangs dient dem Ziel, ein wirksames Funktionieren des Marktes zu gewährleisten (vgl. Erwägungsgrund 6 der Zugangsrichtlinie 2002/19/EG; ferner Klotz in MünchKomm.EUWettbR, SB Telekommunikation Rdn. 37, 68 f.). Das marktbeherrschende Unternehmen handelt daher grundsätzlich nicht missbräuchlich, wenn es anderen Unternehmen, die Zugang zu dem von ihm beherrschten Markt begehren, diesen nur unter den von der Regulierungsbehörde nach § 21 TKG festgesetzten Bedingungen gewährt. Wegen der bereits durch die Anordnung nach § 21 TKG bewirkten Beschränkung seines Verhaltensspielraums ist es dem marktbeherrschenden Unternehmen im Regelfall nicht zumutbar, Dritten einen alternativen, mit einer weiteren Beschränkung seiner Interessen verbundenen Zugang zu gewähren.

36 (2) Es ist nicht ersichtlich, dass im Streitfall besondere Umstände vorliegen, die eine davon abweichende Beurteilung rechtfertigen. Anhaltspunkte dafür, dass die Regulierungsverfügungen der Bundesnetzagentur von August und November 2006 im Hinblick auf die damit bezweckte Beschränkung der Marktmacht von E-Plus hinter den einschlägigen gesetzlichen Vorgaben zurückbleiben (zur Anwendung von Art. 82 EG bei mangelhafter Regulierung vgl. auch Klotz aaO Rdn. 88; Schröter/Klotz in Berliner Kommentar zum TKG, Anh. I Rdn. 32), sind weder festgestellt noch vorgetragen. Es ist somit davon auszugehen, dass E-Plus aufgrund der Regulierungsverfügungen zur Gewährung des Zugangs zu Bedingungen verpflichtet ist, die auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sind, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit genügen.

37 (3) Festnetzbetreibern, die unmittelbar von E-Plus die Zustellung von Gesprächen aus ihrem Festnetz in das E-Plus-Mobilfunknetz über GSM-Wandler begehrten, dürfte E-Plus diese Leistung verweigern, weil die Möglichkeit der Zustellung solcher Gespräche über feste Übergabepunkte nach Maßgabe der Regulierungsverfügungen besteht. Dass dadurch höhere Kosten als bei der Verwendung von GSM-Wandlern anfallen können, weil die Einrichtung eigener Übergabepunkte zu vertretbaren wirtschaftlichen Bedingungen in der Regel ausscheiden wird und bei der Inanspruchnahme von Transferleistungen über Drittnetze zusätzliche Entgelte zu zahlen sind, führt nicht dazu, dass die Nutzung von GSM-Wandlern als unverzichtbar anzusehen wäre. Im Übrigen wird diese Folge bei der Festsetzung der Bedingungen, unter denen E-Plus nach den Regulierungsverfügungen der Bundesnetzagentur anderen Unternehmen den Zugang gewähren muss, bereits berücksichtigt worden sein.

38 (4) Ist E-Plus aber trotz ihrer beherrschenden Stellung nicht verpflichtet, anderen Netzbetreibern den Zutritt auf den Markt für die Zuleitung von Festnetzgesprächen zu ihrem Mobilfunknetz durch den Einsatz von GSM-Wandlern zu ermöglichen, dann gilt dies grundsätzlich auch für Unternehmen wie call media, die anderen Netzbetreibern lediglich die Terminierung mit Hilfe von GSM-Wandlern vermitteln.

39 (5) Ein berechtigtes Interesse von call media an der beabsichtigten Nutzung von SIM-Karten in GSM-Wandlern, das die Weigerung von E-Plus als missbräuchlich i.S. von Art. 82 EG erscheinen ließe, ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt und auch nicht erkennbar. Im Mobilfunknetz von E-Plus ist eine solche Nutzung von SIM-Karten nicht üblich, weil E-Plus sie nicht zulässt. Dass die Betreiber anderer Mobilfunknetze anders verfahren, ist weder festgestellt noch vorgetragen. Soweit call media Mitte 2003 SIM-Karten zu diesem Zweck genutzt hat, hatte sie diese zu Endkundenkonditionen erworben, ohne den beabsichtigten Verwendungszweck in GSM-Wandlern zu offenbaren. Ein Ge-

schäftsmodell, das auf der Verwendung zu Endkundenkonditionen erworbener SIM-Karten des Netzbetreibers des angerufenen Teilnehmers in GSM-Wandlern beruht, kann ein berechtigtes Interesse von call media an der Lieferung von SIM-Karten für diesen Zweck nicht begründen. Durch einen solchen Einsatz der SIM-Karten wird der Anschein eines (vermeintlich) netzinternen Anrufs erweckt, für den der Mobilfunknetzbetreiber, weil er die tatsächliche Herkunft des Anrufs nicht zu erkennen vermag, ein Terminierungsentgelt nicht in Rechnung stellen kann.

40 Auch die Anrufweiterleitung durch einen GSM-Wandler erfordert aber die Zustellung des Gesprächs bis zu dem angerufenen Teilnehmer und damit eine Terminierungsleistung, die innerhalb des Mobilfunknetzes aus technischen Gründen ausschließlich von dem jeweiligen Mobilfunknetzbetreiber erbracht werden kann. Der Unterschied zu einer Terminierung über den dafür vorgesehenen festen Übergabepunkt besteht lediglich darin, dass die Zusammenschaltung über die Luftschnittstelle in der Funkzelle erfolgt, in der sich der Wandler befindet. An dieser Stelle wird die für eine Zusammenschaltung charakteristische physische und logische Verbindung der Telekommunikationsnetze hergestellt, um den an verschiedene Netze angeschlossenen Nutzern die Kommunikation zu ermöglichen (§ 3 Nr. 34 TKG). Da es auf die technische Ausgestaltung der Schnittstelle nicht ankommt (BGH, Urt. v. 10.2.2004 - KZR 7/02, WuW/E DE-R 1254, 1259 - Verbindung von Telefonnetzen; Piepenbrock/Attendorff, BeckTKG, 3. Aufl., § 16 Rdn. 36; Säcker in Berliner Kommentar zum TKG, 2. Aufl., § 3 Rdn. 107; vgl. auch Elkettani, ebenda, Einl. IV Rdn. 126), genügt hierfür auch eine Verbindung über Funkfrequenzen.

41 E-Plus kann über den regulierten Zugang hinaus nicht zugemutet werden, einen weiteren Zugang zu ihrem Netz zu gewähren, für den sie das ansonsten für ihre Terminierungsleistungen anfallende Entgelt nicht erhält. Davon ist auch das Berufungsgericht im Ergebnis mit Recht ausgegangen. Wäre die Rufzustel-

lung über GSM-Wandler danach aber - unabhängig davon, ob die Wandlernutzung den Regulierungsverfügungen unterfällt - im Ergebnis ohnehin so abzurechnen, als wäre die Zusammenschaltung über Vermittlungsstellenstandorte erfolgt, dann ist nicht ersichtlich, welches berechnigte Interesse daran bestehen könnte, einen solchen weiteren Zugang zu den Terminierungsleistungen von E-Plus zu erlangen.

42 (6) Eine Diskriminierung gegenüber Unternehmen, denen E-Plus den SIM-Karten-Einsatz in GSM-Wandlern zur Weiterleitung von Anrufen aus einem Drittnetz an die Mobiltelefone ihrer Mitarbeiter gestattet (sog. Corporate-Gateways), kann nicht festgestellt werden. Diese Unternehmen stehen nicht, wie es für die Annahme einer nach Art. 82 EG verbotenen Diskriminierung erforderlich ist (vgl. Eilmansberger in MünchKomm.EuWettbR, Art. 82 Rdn. 272), in einem aktuellen oder potentiellen Wettbewerbsverhältnis zu Unternehmen wie call media, die GSM-Wandler Festnetzbetreibern zum Zwecke der Terminierung anbieten. Sie leiten nicht beliebige Anrufe, die aus dem Festnetz stammen und für ein Mobilfunknetz bestimmt sind, weiter und befriedigen daher gerade nicht die Nachfrage der Festnetzbetreiber nach derartigen Terminierungs- oder Transitleistungen. Die Weiterleitung an den Mobilfunkanschluss des jeweiligen Mitarbeiters erfolgt ausschließlich im Interesse seines Unternehmens. Daher handelt es sich bei den Unternehmen, die sog. Corporate-Gateways nutzen, und GSM-Wandler-Betreibern, die Leistungen wie call media anbieten, auch nicht um gleichartige Unternehmen i.S. des § 20 GWB (vgl. KG WuW/E DE-R 1274, 1278; OLG München WuW/E DE-R 1270, 1272; K. Westermann in MünchKomm.GWB, § 20 Rdn. 63 a.E.).

43 c) Aus den dargelegten Gründen sind die Voraussetzungen des § 19 GWB gleichfalls nicht erfüllt.

44 3. Aus den vorstehenden Ausführungen unter B I 1 und 2 folgt weiter, dass E-Plus entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht wegen der Weigerung, call media den Einsatz von SIM-Karten in GSM-Wandlern zu gestatten, zu Schadensersatz verpflichtet ist (Widerklageantrag zu 3). Das Berufungsgericht hat insoweit eine Haftung von E-Plus dem Grunde nach mit der Begründung angenommen, E-Plus sei auf die Forderung von call media mit Anwaltsschreiben vom 21. August 2003, die gesperrten SIM-Karten wieder freizuschalten und ihr den Einsatz in GSM-Wandlern zu gestatten, gehalten gewesen, call media diese Kartennutzung zu angemessenen Preisen und Konditionen anzubieten. Zur Abgabe eines entsprechenden Angebots war E-Plus jedoch nicht verpflichtet. Selbst wenn call media vor August 2006 von E-Plus als marktbeherrschendem Unternehmen nach Art. 82 EG i.V. mit § 33 GWB die Belieferung mit SIM-Karten zum Zwecke des Einsatzes in GSM-Wandlern grundsätzlich hätte verlangen können, oblag es call media, E-Plus ein annahmefähiges Angebot zu Vertragsbedingungen zu machen, die E-Plus nicht ohne Verstoß gegen Art. 82 EG hätte ablehnen können (vgl. BGHZ 180, 312 Tz. 29/30 - Orange-Book-Standard). Call media hat jedoch ein solches annahmefähiges Vertragsangebot jedenfalls vor Erlass der Verfügung der Bundesnetzagentur von Ende August 2006 nicht abgegeben. Nach diesem Zeitpunkt kann die Weigerung von E-Plus nicht als missbräuchlich i.S. von Art. 82 EG angesehen werden.

45 4. Den im Wege der Stufenklage mit dem Klageantrag zu 2 verfolgten Schadensersatzanspruch, der auf die Abschöpfung der Entgelte gerichtet ist, die call media für die Ein- und Weiterleitung von Gesprächsverbindungen unter Einsatz der von ihr zu Endkundenbedingungen erworbenen SIM-Karten zugeflossen sind, hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht verneint. Allerdings erweist sich die Begründung, E-Plus wären Entgelte für eigene Terminierungsleistungen auch dann entgangen, wenn sie ihrer kartellrechtlichen Pflicht nachgekommen wäre, call media einen Netzzugang zu angemessenen Bedin-

gungen zu gewähren, gleichfalls als rechtsfehlerhaft. Jedoch stellt sich die Abweisung des Klageantrags zu 2 aus anderen Gründen als richtig dar.

46 a) E-Plus hat ihr Auskunfts- und Schadensersatzbegehren nach dem Klageantrag zu 2 auf § 826 BGB sowie auf einen lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzanspruch wegen wettbewerbswidriger Mitbewerberbehinderung (§ 1 UWG in der im Zeitpunkt der Verletzungshandlungen im Jahr 2003 geltenden Fassung, im Folgenden: UWG 1909; vgl. auch §§ 3, 4 Nr. 10, § 9 Satz 1 UWG in der Fassung der Bekanntmachung vom 3.3.2010, BGBl. I, S. 254; im Folgenden: UWG) gestützt. Ihr Begehren auf Herausgabe der call media von deren Vertragspartnern gezahlten Entgelte hat sie damit begründet, sie könne im Wege des Schadensersatzes Herausgabe des Verletzergewinns verlangen.

47 b) Nach den genannten Anspruchsgrundlagen kann Schadensersatz im Wege der Herausgabe des vom Verletzten erzielten Gewinns jedoch nicht gefordert werden. Für den bürgerlich-rechtlichen Schadensersatzanspruch ist die sog. dreifache Schadensberechnung, die auch die Herausgabe des Verletzergewinns umfasst, nur bei der Verletzung vermögenswerter Bestandteile von Persönlichkeitsrechten (vgl. BGH, Urt. v. 8.5.1956 - I ZR 62/54, BGHZ 20, 345, 353 f. - Paul Dahlke; Urt. v. 1.12.1999 - I ZR 49/97, BGHZ 143, 214, 232 - Marlene Dietrich) sowie bei der Verletzung von Namensrechten (vgl. BGH, Urt. v. 16.2.1973 - I ZR 74/71, BGHZ 60, 206, 208 - Miss Petite) anerkannt. Beim lauterkeitsrechtlichen Schadensersatzanspruch (§ 1 UWG 1909; § 9 Satz 1 UWG) kommt die Herausgabe des Verletzergewinns nur bei Verletzung der wie Immaterialgüterrechte geschützten Leistungen (§ 1 UWG 1909; §§ 3, 4 Nr. 9 UWG; vgl. dazu BGH, Urt. v. 21.9.2006 - I ZR 6/04, GRUR 2007, 431 Tz. 21 = WRP 2007, 533 - Steckverbindergehäuse, m.w.N.) sowie bei der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen und Vorlagen (§§ 17 ff. UWG) in Betracht (vgl. BGH, Urt. v. 18.2.1977 - I ZR 112/75, GRUR 1977, 539, 541 f. = WRP 1977, 897 - Prozessrechner; Beschl. v. 19.3.2008 - I ZR 225/06, WRP 2008,

938 Tz. 6). Beim Tatbestand der gezielten Mitbewerberhinderung (§ 1 UWG 1909; §§ 3, 4 Nr. 10 UWG) scheidet eine Anwendung der Grundsätze der dreifachen Schadensberechnung dagegen aus (vgl. Goldmann in Harte/Henning, UWG, 2. Aufl., § 9 Rdn. 117; Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 9 Rdn. 1.36b; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9. Aufl., Kap. 34 Rdn. 19 f.). Da das Klagebegehren nach dem Klageantrag zu 2 bereits aus diesem Grund unschlüssig ist, bleibt die Revision von E-Plus insoweit ohne Erfolg.

48 5. Hinsichtlich des Unterlassungsbegehrens von E-Plus nach dem Hauptantrag zu 3 hat es gleichfalls im Ergebnis bei der Klageabweisung zu bleiben. Dieses Unterlassungsbegehren geht über das mit dem Hilfsantrag verfolgte Begehren insoweit hinaus, als call media danach nicht nur die Verwendung von SIM-Karten, die sie im Rahmen von Endkundenverträgen (ohne Offenlegung ihrer Verwendungsabsicht) erworben hat, zum Zweck der Gesprächseinleitung in das E-Plus-Netz untersagt, sondern ihr jedwede Nutzung von SIM-Karten zu diesem Zweck verboten werden soll. Soweit dieses Unterlassungsbegehren damit über die konkret von call media begangenen Verletzungshandlungen hinausgeht, fehlt es an der Begehungsgefahr als Voraussetzung des geltend gemachten Unterlassungsanspruchs (§ 8 Abs. 1 UWG, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB).

49 a) Auf eine Wiederholungsgefahr kann dieses Unterlassungsbegehren nicht gestützt werden, weil als Verletzungshandlungen von call media nur die nicht offengelegte Benutzung im Rahmen von Endkundenverträgen in Betracht kommt. Dass call media andere Verletzungshandlungen begangen hat, ist nicht vorgetragen.

50 b) Soweit call media im vorliegenden Verfahren zur Verteidigung gegen das Klagevorbringen sowie zur Begründung ihrer Widerklage den Standpunkt

vertreten hat, E-Plus sei grundsätzlich verpflichtet, ihr SIM-Karten zu angemessenen Bedingungen zum Zweck der Verwendung in GSM-Wandlern zur Verfügung zu stellen, ist dadurch eine Erstbegehungsgefahr für über die konkreten Verletzungshandlungen hinausgehende Nutzungshandlungen im Sinne des Unterlassungsbegehrens von E-Plus nach dem Hauptantrag zu 3 nicht begründet worden. Ein auf Erstbegehungsgefahr gestützter vorbeugender Unterlassungsanspruch besteht nur, soweit ernsthafte und greifbare tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, der Anspruchsgegner werde sich in naher Zukunft in näher bezeichneter Weise rechtswidrig verhalten (vgl. BGH, Urt. v. 31.5.2001 - I ZR 106/99, GRUR 2001, 1174, 1175 = WRP 2001, 1076 - Berühmungsaufgabe, m.w.N.). Eine Erstbegehungsgefahr kann zwar auch begründen, wer sich des Rechts berührt, bestimmte Handlungen vornehmen zu dürfen. Erklärungen, die im Rahmen der Rechtsverfolgung in einem gerichtlichen Verfahren abgegeben werden, reichen dafür jedoch als solche noch nicht aus (vgl. BGH Urt. v. 24.4.1986 - I ZR 56/84, GRUR 1987, 45, 46 f. - Sommerpreiswerbung; Urt. v. 26.1.2006 - I ZR 121/03, GRUR 2006, 429, 431 = WRP 2006, 584 - Schlank-Kapseln; BGH GRUR 2001, 1174, 1175 - Berühmungsaufgabe). Einer Partei, die ihren Rechtsstandpunkt in einem gerichtlichen Verfahren verfolgt, kann nicht ohne weiteres unterstellt werden, sie werde eine gerichtliche Entscheidung, mit der die Rechtslage geklärt wird, nicht beachten (BGH GRUR 2001, 1174, 1175 - Berühmungsaufgabe). Im vorliegenden Fall rechtfertigt das Prozessverhalten von call media schon deshalb keine andere Beurteilung, weil die Nutzungshandlungen, zu denen sie sich - über die vom Hilfsantrag zum Klageantrag zu 3 erfassten konkreten Verletzungshandlungen hinaus - nach ihrem Rechtsstandpunkt als berechtigt ansieht, die bewusste Überlassung von SIM-Karten durch E-Plus zum Zweck des Einsatzes in GSM-Wandlern zur Übermittlung von Festnetzgesprächen erfordern und daher ohne Mitwirkungshandlungen von E-Plus nicht vorgenommen werden können.

51 c) Der Unterlassungsantrag von E-Plus nach dem Hauptantrag zu 3 ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt begründet, dass sich der auf Wiederholungsgefahr gründende Verletzungsunterlassungsanspruch nicht nur auf identische Verletzungshandlungen erstreckt, sondern auch solche Handlungen erfasst, die im Kern gleichartig sind wie die bereits begangene und die Wiederholungsgefahr auslösende Handlung (vgl. Bergmann in Harte/Henning aaO § 8 Rdn. 42 m.w.N.). Die danach grundsätzlich zulässige Verallgemeinerung des Verletzungsunterlassungsanspruchs erfasst alle Handlungen, in denen das Charakteristische der konkreten Verletzungsform der begangenen Handlung zum Ausdruck kommt (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 8.11.2007 - I ZR 60/05, GRUR 2008, 530 Tz. 23 = WRP 2008, 777 - Nachlass bei der Selbstbeteiligung, m.w.N.). Das Charakteristische der im Streitfall zu beurteilenden konkreten Verletzungshandlungen besteht darin, dass call media SIM-Karten zu Endkundenbedingungen erworben hat, ohne die Absicht der Verwendung in GSM-Wandlern offenzulegen. Das Unterlassungsbegehren von E-Plus nach dem Hauptantrag zu 3 ist dagegen auf die Untersagung jedweder Nutzung von SIM-Karten von E-Plus in GSM-Wandlern oder ähnlichen Vermittlungs- oder Übertragungssystemen gerichtet und geht damit über das Charakteristische der konkreten Verletzungsform hinaus.

52 6. Die Begründung des Berufungsgerichts für die Abweisung der Klage und die Verurteilung von E-Plus nach der Widerklage hält demnach der revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Dies führt allerdings hinsichtlich der Revision von E-Plus nur hinsichtlich der Abweisung des Klageantrags zu 1 und hinsichtlich der Verurteilung nach der Widerklage zur Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) und insoweit zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils (§ 563 Abs. 3 ZPO). Hinsichtlich der Abweisung des Klageantrags zu 2 und des Unterlassungsbegehrens nach dem Hauptantrag zu 3 stellt sich das Berufungsurteil aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO), so dass die Revision von E-Plus insoweit zurückzuweisen ist.

53 II. Revision der Beklagten

54 Die Revision der Beklagten ist unbegründet. Das Berufungsurteil begegnet auch im Ergebnis aus Rechtsgründen keinen Bedenken, soweit das Berufungsgericht die Widerklage abgewiesen und die Beklagten auf den Hilfsklageantrag zu 3 verurteilt hat, es zu unterlassen, im Rahmen von Endkundenverträgen erhaltene SIM-Karten von E-Plus in GSM-Wandlern zu verwenden.

55 1. Einen Anspruch von call media, E-Plus die Beschränkung der Verwendung ihrer SIM-Karten in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verbieten (Widerklage zu 1 mit den Haupt- und Hilfsanträgen), hat das Berufungsgericht mit Recht verneint. Aus dem oben unter B I 2 Ausgeführten folgt, dass call media einen entsprechenden Anspruch insbesondere nicht auf kartellrechtliche Anspruchsgrundlagen stützen kann.

56 2. Die Verurteilung von call media und ihrem Geschäftsführer nach dem Hilfsantrag von E-Plus zum Klageantrag zu 3 hat das Berufungsgericht damit begründet, E-Plus habe einen entsprechenden Unterlassungsanspruch, weil ihr schon im Hinblick auf den Schutz ihrer Netzintegrität das Recht zustehe, angemessene Nutzungsbedingungen für diese Nutzung ihrer SIM-Karten zu bestimmen. Diesen Ausführungen kann zwar nicht entnommen werden, auf welche Anspruchsgrundlage das Berufungsgericht den von ihm angenommenen Unterlassungsanspruch hat stützen wollen. Da das Berufungsgericht insoweit die Entscheidung des Landgerichts nicht bestätigt hat, das jedwede Nutzung von SIM-Karten zum Zweck der Verwendung in GSM-Wandlern verboten hatte, kann auch nicht ohne weiteres angenommen werden, das Berufungsgericht sei wie das Landgericht von einem Unterlassungsanspruch aus § 1004 BGB analog wegen Bestehens einer Gefahr der Wiederholung der als sittenwidrige Schädigung i.S. von § 826 BGB zu bewertenden Verletzungshandlungen ausgegangen. Das Berufungsurteil stellt sich insoweit aber deshalb im Ergebnis

als richtig dar, weil sich ein entsprechender Unterlassungsanspruch von E-Plus jedenfalls aus § 8 Abs. 1 Satz 1, §§ 3, 4 Nr. 10 UWG, § 1 UWG 1909 sowie aus §§ 903, 1004 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB ergibt.

57 a) Der Unterlassungsanspruch ist auf eine Wiederholungsgefahr gestützt, zu deren Begründung Verletzungshandlungen im Juni/Juli 2003 in Betracht kommen. Auf das in die Zukunft gerichtete Unterlassungsbegehren sind die Bestimmungen des geltenden Rechts anzuwenden. Der Unterlassungsanspruch besteht aber nur, wenn das beanstandete Verhalten auch zur Zeit der Begehung im Juni/Juli 2003, also nach der Beurteilung auf der Grundlage des damals geltenden UWG 1909 wettbewerbswidrig war. Die Anforderungen an die Annahme einer hier in Rede stehenden unzulässigen gezielten Behinderung von Mitbewerbern haben sich allerdings nicht geändert (vgl. BGH, Urt. v. 11.1.2007 - I ZR 96/04, BGHZ 171, 73 Tz. 12 - Außendienstmitarbeiter; BGH, Urt. v. 29.3.2007 - I ZR 164/04, GRUR 2007, 987 Tz. 32 = WRP 2007, 1341 - Änderung der Voreinstellung I; Urt. v. 5.2.2009 - I ZR 119/06, GRUR 2009, 876 Tz. 12 = WRP 2009, 1086 - Änderung der Voreinstellung II).

58 b) Eine gezielte Behinderung von Mitbewerbern i.S. von §§ 3, 4 Nr. 10 UWG, § 1 UWG 1909 setzt eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten eines Mitbewerbers voraus (vgl. BGH, Urt. v. 17.5.2001 - I ZR 216/99, BGHZ 148, 1, 5 - Mitwohnzentrale.de). Eine wettbewerbswidrige Behinderung liegt insbesondere dann vor, wenn Mittel eingesetzt werden, die dazu führen, dass der Mitbewerber seine Leistung am Markt durch eigene Anstrengung nicht mehr in angemessener Weise zur Geltung bringen kann (vgl. BGHZ 171, 73 Tz. 22 - Außendienstmitarbeiter, m.w.N.). Das kann bei einer (auch nur mittelbaren) Einwirkung auf Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers der Fall sein, wenn das behindernde Unternehmen darauf abzielt, sich oder Dritten einen unberechtigten kostenlosen oder kostengünstigeren Zugang zu einer entgeltlich angebotenen Leistung zu verschaffen (vgl. BGH, Urt.

v. 24.6.2004 - I ZR 26/02, GRUR 2004, 877, 879 = WRP 2004, 1272 - Werbeblocker; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rdn. 10.48; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 4.10 Rdn. 10/61). Eine gezielte Mitbewerberbehinderung ist beispielsweise in dem Fall angenommen worden, dass ein Festnetzbetreiber seinen Kunden eine Rufumleitung angeboten hat, durch die Anrufe aus dem Festnetz nicht zu der gewählten Mobilfunknummer des Kunden, sondern unmittelbar zu seinem Festnetzanschluss geschaltet wurden, weil sich der Festnetzbetreiber bei der Schaltung der Rufumleitung Leistungen seines Mitbewerbers zunutze macht, die in der Bereitstellung eines Mobilfunkanschlusses und der Unterhaltung des Mobilfunknetzes bestehen, zugleich aber den Anfall des Zusammenschlussentgelts zu dessen Gunsten verhindert (BGH, Ur. v. 7.10.2009 - I ZR 150/07, GRUR 2010, 346 Tz. 15, 18 = WRP 2010, 633 - Rufumleitung).

59 Danach sind die vom Berufungsgericht festgestellten Verletzungshandlungen von call media als unlautere Behinderung von E-Plus i.S. von §§ 3, 4 Nr. 10 UWG, § 1 UWG 1909 zu beurteilen. Durch den Einsatz von SIM-Karten, die zu Endkundenkonditionen erworben worden sind, ohne die beabsichtigte Verwendung in GSM-Wandlern offen zu legen, wird der Anschein eines netzinternen Anrufs erweckt, dessen Herkunft aus einem Festnetz der Mobilfunkanbieter nicht ohne weiteres zu erkennen vermag. Hierdurch wird der Mobilfunkbetreiber daran gehindert, das marktübliche Entgelt für seine Terminierungsleistung zu erzielen. Der Wandler-Betreiber verschafft sich die Terminierungsleistung des Mobilfunkbetreibers damit durch den Einsatz der SIM-Karte zu Konditionen, zu denen der Mobilfunkbetreiber diese Leistung zu erbringen weder bereit noch verpflichtet ist, und veräußert diese auf eigene Rechnung gewinnbringend weiter. Die darin liegende Beeinträchtigung seiner wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten muss der Mobilfunkbetreiber trotz seiner marktbeherrschenden Stellung nicht hinnehmen.

60 c) Das für die Annahme eines wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs erforderliche konkrete Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien (§ 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG, § 1 UWG 1909) wird dadurch begründet, dass sich die Beklagte mit der konkret beanstandeten Wettbewerbshandlung an dieselben Festnetzbetreiber wendet, denen E-Plus ihre Leistungen anbietet (vgl. BGH GRUR 2004, 877, 878 f. - Werbeblocker, m.w.N.). Die Wiederholungsgefahr (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG) ist durch die begangenen Verletzungshandlungen begründet worden. Die Haftung des Beklagten zu 2 folgt daraus, dass er als Geschäftsführer die Verletzungshandlungen entweder veranlasst hat oder zumindest hätte unterbinden können (vgl. BGH, Urt. v. 9.6.2005 - I ZR 279/02, GRUR 2005, 1061, 1064 = WRP 2005, 1511 - Telefonische Gewinnauskunft, m.w.N.).

61 d) Die Nutzung des E-Plus-Mobilfunknetzes durch call media ohne Einverständnis von E-Plus oder deren Muttergesellschaft zu dem gewerblichen Zweck, für ihre Kunden Festnetzgespräche an E-Plus-Mobilfunkkunden zuzustellen, stellt ferner eine Beeinträchtigung des Eigentums der Muttergesellschaft von E-Plus an ihrem Mobilfunknetz dar (vgl. BGH, Urt. v. 19.9.2003 - V ZR 319/01, BGHZ 156, 172, 175 ff.). Die Muttergesellschaft von E-Plus hat dieser alle Ansprüche gegen die Beklagten im Zusammenhang mit der unberechtigten Einspeisung abgetreten. Darin liegt zugleich die Ermächtigung, den aus der Eigentumsbeeinträchtigung folgenden Abwehranspruch nach §§ 903, 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB im eigenen Namen geltend zu machen (vgl. Palandt/Bassenge, BGB, 69. Aufl., § 1004 Rdn. 2 m.w.N.).

62 C. Im Ergebnis ist danach das Berufungsurteil auf die Revision von E-Plus unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels und der Revision der Beklagten aufzuheben, soweit die Klage mit dem Klageantrag zu 1 abgewiesen worden und E-Plus auf die Widerklage verurteilt worden ist; insoweit ist die landgerichtliche Entscheidung wiederherzustellen.

63 Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, §§ 91a, 92, 97 Abs. 1, § 100 Abs. 1 ZPO. Die übereinstimmende Erledigung hinsichtlich des mit dem Klageantrag zu 4 verfolgten Auskunftsbeglehrens in der Revisionsinstanz wirkt sich kostenmäßig nicht aus.

Tolksdorf

Raum

Bergmann

Strohn

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 31.05.2006 - 34 O (Kart) 159/05 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 13.03.2008 - VI U (Kart) 29/06 -