



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

KZR 2/15

Verkündet am:  
24. Januar 2017  
Bürk  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Kabelkanalanlagen

GWB § 19 Abs. 2 Nr. 2

Für die Ermittlung des Entgelts, das sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergäbe, kann ein von der Bundesnetzagentur auf der Grundlage des Telekommunikationsgesetzes nach Maßgabe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung festgesetztes Entgelt für eine vergleichbare Leistung herangezogen werden.

BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 - KZR 2/15 - OLG Frankfurt am Main  
LG Frankfurt am Main

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 2017 durch die Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Raum sowie die Richter Dr. Kirchhoff, Dr. Bacher und Dr. Deichfuß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 9. Dezember 2014 aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob ein vertraglich vereinbartes Entgelt für die Nutzung von Kabelkanalanlagen der Beklagten nach Maßgabe des Kartellrechts anzupassen ist.
- 2 Die Klägerin betreibt in den meisten deutschen Bundesländern Breitbandkabelnetze, über die sie ihren Kunden Fernsehen sowie Telekommunikationsdienstleistungen anbietet. Ursprünglich wurden diese Netze von der Deutschen Telekom AG betrieben. Mit Rücksicht auf unionsrechtliche Vorgaben brachte die Deutsche Telekom AG das Breitbandkabelgeschäft 1998 in eine Tochtergesellschaft ein, die als Kabel Deutschland GmbH firmierte. Diese Tochtergesellschaft wurde 2001 in mehrere Regionalgesellschaften aufgespalten. Nachdem in den Jahren 2000 und 2001 zunächst die Regionalgesellschaften für die Bundesländer Nordrhein-Westfalen, Hessen und Baden-Württemberg verkauft wurden, erwarb die Klägerin im Jahr 2003 die verbliebenen Regionalgesellschaften. Gegenstand des Erwerbs war auch das Anlagevermögen, das im Wesentlichen aus den Breitbandkabelnetzen bestand, dagegen blieben die Kabelkanalanlagen, in denen die Breitbandkabel liegen, Eigentum der Beklagten.
- 3 Die Beklagte hatte mit der Kabel Deutschland GmbH einen Rahmenvertrag geschlossen, der u.a. eine in einem "Term Sheet Nr. 1" niedergelegte Vereinbarung (im Folgenden: Mietvertrag) umfasste, wonach die Tochtergesellschaft die Kabelkanäle weiterhin nutzen durfte und dafür ein bestimmtes Entgelt zu entrichten hatte. Nach der Schaffung der Regionalgesellschaften wurden im Januar 2003 mit diesen entsprechende Vereinbarungen getroffen.
- 4 Anlässlich des Erwerbs der Regionalgesellschaften durch die Klägerin wurden die Vergütungsregelungen der Mietverträge zwischen den Parteien neu verhandelt. Der Mietvertrag regelt die Verpflichtung der Beklagten, der Klägerin die Mitbenutzung

von Rohrzügen in den Kabelkanalanlagen zu gestatten, enthält Bestimmungen über die Auswechslung von Kabeln, den Betrieb der Anlage und der Kabel, die Vergütung sowie über Laufzeit und Kündigung. Die Vergütung wurde für die Jahre 2003 bis 2006 festgeschrieben. Für die Zeit danach sollte die Beklagte bei gestiegenen Kosten eine Erhöhung vornehmen dürfen, die in den Jahren bis 2015 allerdings den Anstieg des Verbraucherpreisindex nicht überschreiten durfte. Außerdem ist vorgesehen, dass die Vergütung bei einer Veränderung des Leistungsumfanges anzupassen ist. Die Mietverträge laufen auf unbestimmte Zeit. Die Klägerin kann sie mit einer Frist von zwölf Monaten zum Jahresende kündigen, dagegen ist eine ordentliche Kündigung durch die Beklagte ausgeschlossen.

5 Die Klägerin forderte die Deutsche Telekom AG im März 2007 zu Gesprächen über die Höhe der Miete auf und vertrat die Ansicht, das vertraglich vereinbarte Entgelt sei überhöht. Die nachfolgend geführten Gespräche führten zur Gewährung eines Umsatzbonus auf bestimmte Vereinbarungen.

6 Die Beklagte unterliegt hinsichtlich des Zugangs zu den Teilnehmeranschlussleitungen der Regulierung nach dem Telekommunikationsgesetz. Die Bundesnetzagentur hat der Beklagten aufgegeben, den Wettbewerbern auf dem Gebiet von Telekommunikationsdienstleistungen Zugang zu ihren Kabelkanalanlagen zwischen den Hauptverteilern und den Kabelverzweigern zu gewähren, soweit hierfür die erforderlichen Leerkapazitäten vorhanden sind. Zudem hat sie das Entgelt für die Überlassung eines Viertels eines Kabelkanalrohrs in einem Mehrfachrohr im März 2010 auf 1,44 Euro pro Meter und Jahr festgelegt. Die entsprechende Verfügung wurde angefochten und ist nicht bestandskräftig. In einer weiteren, ebenfalls nicht bestandskräftigen Verfügung der Bundesnetzagentur vom 2. November 2011 wurde das Entgelt auf 1,08 Euro pro Meter und Jahr festgesetzt.

7 Die Klägerin behauptet, es bestehe eine erhebliche Differenz zwischen der in den Mietverträgen vereinbarten Vergütung und den Beträgen, die sich auf der Grundlage des von der Bundesnetzagentur festgesetzten Entgelts ergäben. Indem die Be-

klagte eine Absenkung des vereinbarten Entgelts ablehne, missbrauche sie ihre marktbeherrschende Stellung. Die Klägerin fordert die Rückzahlung eines Teils der in der Vergangenheit gezahlten Entgelte und begehrt die Feststellung, dass sie nicht verpflichtet ist, an die Beklagte für die Mitbenutzung von Rohrzügen und Teilen hiervon mehr als einen bestimmten Betrag pro Monat zu zahlen.

8 Das Landgericht (LG Frankfurt am Main WuW/E DE-R 4062 = NZKart 2013, 510) hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben (OLG Frankfurt am Main WuW/E DE-R 4640 = NZKart 2015, 107). Hiergegen richtet sich die vom Senat zugelassene Revision, der die Beklagte entgegentritt.

#### Entscheidungsgründe:

9 Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

10 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

11 Der Auffassung des Landgerichts, der relevante Markt sei nicht der Markt für die Zurverfügungstellung von Kabelkanalanlagen für die Verlegung von Breitbandkabeln, sondern allein der Markt für Unternehmensübernahmen, auf dem die Beklagte keine beherrschende Stellung habe, könne nicht zugestimmt werden. Zwar seien die Entscheidungen über den Erwerb der Regionalgesellschaften und den Abschluss von Verträgen über die weitere Nutzung der Kabelkanalanlagen zeitgleich gefallen. Dies führe jedoch nicht dazu, dass der Markt für die Nachfrage nach der Führung von Kabeln in Rohrzügen außer Betracht zu lassen sei. Die Klägerin sei nach dem Mietvertrag berechtigt, die Verträge über die Nutzung der Kabelkanäle ganz oder teilweise zu kündigen und habe damit zumindest theoretisch die Möglichkeit zu entscheiden, ob sie ihren Bedarf insoweit weiterhin bei der Beklagten decke oder anders be-

friedige. Diese Entscheidungsmöglichkeit sei als erneute Nachfrage zu werten, die einen gesonderten Markt betreffe. Kartellrechtlich sei daher zwischen dem Unternehmenskauf und dem langfristigen Mietvertrag zu unterscheiden. Beide Vorgänge beträfen unterschiedliche Märkte. Sachlich relevant sei der Markt für die Zurverfügungstellung von Kabelkanalanlagen zur Verlegung von Breitbandkabeln.

- 12            Ob die Beklagte auf diesem Markt eine beherrschende Stellung habe, könne letztlich offen bleiben, weil ihre Weigerung, den vertraglich vereinbarten Preis zu reduzieren, keine missbräuchliche Ausnutzung ihrer Marktmacht darstelle. Ein solcher Missbrauch liege insbesondere vor, wenn das von einem Anbieter geforderte Entgelt auf der Grundlage der marktbeherrschenden Stellung zustande komme und dasjenige übersteige, welches sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergäbe.
- 13            Hier könne nicht festgestellt werden, dass das vertraglich vereinbarte Entgelt für die Nutzung der Kabelkanalanlagen auf der Grundlage einer marktbeherrschenden Stellung der Beklagten zustande gekommen sei. Die von den Parteien im Jahr 2003 getroffene Preisvereinbarung lasse sich nicht in einen kaufrechtlichen und einen mietrechtlichen Teil aufspalten. Die vereinbarte Miete sei wirtschaftlich betrachtet Teil der von der Klägerin für den Unternehmenskauf insgesamt zu erbringenden Gegenleistung. Die Beklagte habe diesen Preis nicht aufgrund ihrer Marktmacht durchgesetzt, denn auf dem Markt für die Übernahme von Unternehmen sei sie nicht marktbeherrschend gewesen. Die hinter der Klägerin stehenden Investoren hätten ihr Geld auch in ein anderes Unternehmen investieren können. Im Verhältnis zur Klägerin könne die Beklagte eine beherrschende Stellung auf dem Markt für die Vermietung von Kabelkanälen frühestens durch den Abschluss des Unternehmenskaufvertrags erlangt haben. Für die Anwendung von § 19 GWB reiche es nicht aus, wenn die Marktbeherrschung erst durch den Abschluss des Geschäfts entstehe, denn dann fehle es an der Kausalität zwischen der Marktbeherrschung und der Forderung

missbräuchlich überhöhter Preise. Ob der damals vereinbarte Preis wettbewerbskonform gewesen sei, sei damit letztlich unerheblich.

14 Die Weigerung der Beklagten, die in den Mietverträgen festgelegten Preise auf das Niveau eines wettbewerbskonformen Preises zu reduzieren, stelle jedenfalls unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Falles keine missbräuchliche Ausnutzung von Marktmacht dar. Zwar komme in Betracht, dass sich ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung während der Abwicklung eines längerfristigen Vertrags zu einem späteren Zeitpunkt einstelle. Eine solche Stellung der Beklagten könne sich hier daraus ergeben, dass die Klägerin keine Ausweichmöglichkeiten habe. Auch das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens sei aber nicht missbräuchlich, wenn es sachlich gerechtfertigt sei, was durch eine umfassende Interessenabwägung zu ermitteln sei. Unter den besonderen Umständen des Falles liege hier kein Missbrauch vor, denn das Verhalten der Beklagten sei sachlich gerechtfertigt:

15 Die Beklagte könne sich privatrechtlich auf den Vertrag berufen. Die Voraussetzungen für eine Störung der Geschäftsgrundlage lägen nicht vor. Das Risiko einer Preisentwicklung zu ihrem Nachteil habe nach dem Vertrag die Klägerin zu tragen. Eine Billigkeitsprüfung anhand von § 315 Abs. 3 BGB finde nicht statt, weil der Preis individuell vereinbart worden sei. Spezifisch kartellrechtliche Gesichtspunkte, die diese zivilrechtlichen Wertungen überlagern könnten, seien nicht ersichtlich. Wie die Klägerin nicht bestreite, habe es bei dem Unternehmenskauf einen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen den verschiedenen Preiselementen - dem Kaufpreis und den Kosten für die Miete der Kabelkanäle - gegeben. Eine Reduzierung der Mietkosten komme damit wirtschaftlich einer nachträglichen Herabsetzung des Kaufpreises zumindest nahe. Da die Parteien unmittelbare Wettbewerber seien, unterfalle die Klägerin nicht ohne weiteres dem Schutzzweck des § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Bei Abwägung der beiderseitigen Interessen sei nicht ersichtlich, warum die Beklagte zugunsten eines profitablen Wettbewerbers unter Durchbrechung des Grundsatzes

"pacta sunt servanda" auf einen Teil der vertraglich ausgehandelten Gegenleistung verzichten sollte. Der Umstand, dass die Klägerin im Wettbewerb die Kanalanlagen heute möglicherweise zu günstigeren Preisen mieten könnte, sei kartellrechtlich nicht von Belang. Ein Anspruch der Klägerin auf Anpassung des Vertragspreises sei auch deshalb ausgeschlossen, weil der Beklagten umgekehrt - bei ansteigenden Marktpreisen - kein Anspruch auf Anpassung des Entgelts zustünde. Aus den gleichen Gründen könne in dem Verhalten der Beklagten auch keine unbillige Behinderung (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB n.F.) gesehen werden.

- 16           II. Dies hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Auf § 33 Abs. 1 und 3 i.V. mit § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB gestützte Ansprüche der Klägerin können mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht verneint werden.
- 17           1. Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass es für die Frage, ob die Beklagte Normadressatin des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots nach § 19 Abs. 1 GWB ist, auf die Verhältnisse auf dem Markt für die Zurverfügungstellung von Kabelanlagen ankommt, in denen die Breitbandkabel der Klägerin verlegt werden können (s. auch Möschel, WuW 2014, 383; Dreher/Glöckle, ZWeR 2014, 233, 250, 254; Eufinger, K&R 2015, 309, 311; Müller/dos Santos Goncalves, GWR 2015, 168).
- 18           a) Nach den verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin, die zu diesem Zweck von einer Gruppe von Investoren gegründet worden war, im Frühjahr 2003 von der Beklagten sechs Regionalgesellschaften einschließlich deren Anlagevermögen erworben, das im Wesentlichen aus Breitbandkabelnetzen bestand. Hinsichtlich des Erwerbs dieser Regionalgesellschaften sind sich die Parteien auf dem Markt für Unternehmensübernahmen oder - noch allgemeiner - für Kapitalanlagen begegnet. Auf diesem Markt kam der Beklagten keine beherrschende Stellung zu.

19           b) Die Entscheidung der Klägerin für den Erwerb der Regionalgesellschaften und damit der Breitbandkabelnetze hat jedoch zugleich einen langfristigen Bedarf der Klägerin für die Nutzung von Anlagen begründet, in denen die Breitbandkabel geführt werden können. Die Breitbandkabel lagen bereits zum Zeitpunkt des Erwerbs der Regionalgesellschaften durch die Klägerin zu einem erheblichen Teil in Kabelkanalanlagen, die nicht mitveräußert wurden, sondern im Eigentum der Beklagten verblieben sind. Im Zusammenhang mit dem Erwerb der Regionalgesellschaften haben die Parteien die Mietverträge geschlossen, denen zufolge die Breitbandkabel der Klägerin weiterhin in den Kabelkanalanlagen der Beklagten verbleiben dürfen. Die Klägerin sollte danach der Beklagten für jedes der von ihr erworbenen Netze ein dem Betrag nach bestimmtes jährliches Entgelt zahlen.

20           Ausgangspunkt der Marktabgrenzung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Bedarfsmarktkonzept. Danach sind dem relevanten Markt alle Produkte und Dienstleistungen zuzurechnen, die aus der Sicht der Nachfrager nach Eigenschaft, Verwendungszweck und Preislage zur Deckung eines bestimmten Bedarfs austauschbar sind. Wird durch den Erwerb längerfristig nutzbarer Investitionsgüter ein davon abgeleiteter spezifischer Bedarf des Erwerbers begründet, kommt es für die Marktabgrenzung entscheidend darauf an, welche Alternativen dem Nachfrager, nachdem er die Investitionsentscheidung getroffen hat, insoweit zur Verfügung stehen (BGH, Beschluss vom 6. Dezember 2011 - KVR 95/10, BGHZ 192, 18 Rn. 27 - Total/OMV; Beschluss vom 10. Dezember 2008 - KVR 2/08, WuW/E DE-R 2538 Rn. 7 f. - Stadtwerke Uelzen; Beschluss vom 4. März 2008 - KVR 21/07, BGHZ 176, 1 Rn. 15 - Soda-Club II; Urteil vom 9. Juli 2002 - KZR 30/00, BGHZ 151, 274, 282 - Fernwärme für Börsen; vgl. auch EuG, Urteil vom 15. Dezember 2010 - T-427/08, Slg. 2010 II-5865 Rn. 67 ff. - CEHR). Sachlich relevant ist danach hier der Markt für die Zurverfügungstellung von Anlagen zur Unterbringung von Breitbandkabeln. Auf diesem Markt stehen sich die Klägerin als Nachfragerin und die Beklagte als Anbieterin gegenüber.

- 21            Zutreffend ist weiter die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Bedarf der Klägerin nicht durch die Mietverträge, die sie im Zusammenhang mit dem Erwerb der Regionalgesellschaften mit der Klägerin geschlossen hat, "ein für allemal" gedeckt ist. Die Mietverträge sehen ein Recht der Klägerin zur ordentlichen Kündigung mit einer Frist von zwölf Monaten zum Jahresende vor, das erstmals zum 31. Dezember 2004 ausgeübt hätte werden können. Die Klägerin hat sich mithin nicht "ein für allemal" darauf festgelegt, ihren Bedarf hinsichtlich der Unterbringung der Breitbandkabel bei der Beklagten zu decken. Infolge des ihr eingeräumten Kündigungsrechts hat sie vielmehr jährlich eine Entscheidung darüber zu treffen, ob sie ihren Bedarf weiterhin bei der Beklagten decken möchte oder ob sie sich um eine alternative Unterbringung der Kabel bemüht und einen oder mehrere der Mietverträge kündigt.
- 22            c) Räumlich ist der Markt für die Nutzung von Anlagen, die zur Unterbringung von Breitbandkabeln geeignet sind, jeweils auf das Gebiet begrenzt, in welchem die von der Klägerin erworbenen Netze liegen.
- 23            Die Klägerin ist Eigentümerin einer Reihe regionaler Netze, die den früheren Regionalgesellschaften zugeordnet waren. Für die Unterbringung der Breitbandkabel kommen mithin jeweils nur Anlagen in dem Gebiet in Betracht, in dem sich das betreffende Netz befindet. Der Markt erstreckt sich daher nicht auf das gesamte Bundesgebiet. Er ist andererseits nicht auf die einzelnen Kabelkanäle beschränkt, in denen bestimmte einzelne Kabel der Klägerin derzeit liegen, denn zumindest in Teilbereichen ist nach dem insoweit übereinstimmenden Vorbringen der Parteien eine Unterbringung der Kabel in anderen Anlagen grundsätzlich möglich.
- 24            2. Nach dem Vortrag der Klägerin, der mangels abweichender Feststellungen des Berufungsgerichts revisionsrechtlich zugrunde zu legen ist, kommt der Beklagten auf den so bestimmten Märkten jeweils eine beherrschende Stellung zu (§ 18 Abs. 1 GWB). Danach ist die Klägerin auf die weitere Nutzung der Kabelkanäle angewiesen, weil sie allenfalls in sehr begrenztem Umfang die Möglichkeit hat, die Breitbandkabel anderweitig unterzubringen, etwa in Abwasserkanälen, entlang von Schienentrassen

oder dergleichen. Die Beklagte ist mithin Normadressatin des Missbrauchsverbots nach § 19 GWB.

25           3. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob das in den Mietverträgen vereinbarte Entgelt, das die Beklagte von der Klägerin für die Nutzung der Kabelkanalanlagen fordert, nicht nur unerheblich über demjenigen liegt, das sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würde (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB). Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein Erheblichkeitszuschlag geboten, weil der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung ein Unwerturteil enthält und es dafür eines erheblichen Abstands zwischen dem geforderten Entgelt und dem niedrigeren wettbewerbsanalogen Entgelt bedarf (BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012 - KVR 51/11, WuW/E DE-R 3632 Rn. 26 - Wasserpreise Calw I; Beschluss vom 14. Juli 2015 - KVR 77/13, BGHZ 206, 229 Rn. 63 - Wasserpreise Calw II).

26           Mangels tatrichterlicher Feststellungen ist auch insoweit für das Revisionsverfahren das Vorbringen der Klägerin zugrunde zu legen. Danach entspricht das mit der Beklagten vereinbarte Entgelt einer Miete in Höhe von 3,41 Euro pro Meter und Jahr und übersteigt damit deutlich das von der Bundesnetzagentur für die Überlassung eines Viertels eines Kabelkanalrohrs an Wettbewerber der Beklagten auf dem Gebiet der Telekommunikationsdienstleistungen für die Nutzung von Kabelkanalanlagen zwischen Hauptverteilern und Kabelverzweigern festgesetzte Entgelt von zunächst 1,44 Euro, später 1,08 Euro pro Meter und Jahr.

27           Dem steht nicht entgegen, dass es sich bei den von der Klägerin als Vergleich herangezogenen Entgelten um solche handelt, die die Bundesnetzagentur auf der Grundlage von §§ 25, 30, 31, 35 TKG (in der Fassung vom 18. Februar 2007) nach Maßgabe der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung festgesetzt hat. Nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB liegt ein missbräuchliches Verhalten insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Entgelte fordert, die von denjenigen abweichen, die sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben

würden. Eine solche Abweichung kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht nur aufgrund einer Vergleichsmarktbetrachtung festgestellt werden, sondern auch dadurch, dass die Preisbildungsfaktoren daraufhin überprüft werden, ob und inwieweit sie darauf schließen lassen, dass ein wirksamem Wettbewerb ausgesetztes Unternehmen zur bestmöglichen Ausnutzung seines Preissetzungsspielraums abweichend kalkulieren würde (BGH WuW/E DE-R 3632 Rn. 15 - Wasserpreise Calw I). Die Abweichung des von einem marktbeherrschenden Unternehmen geforderten Entgelts von demjenigen, das sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergäbe, kann danach grundsätzlich auch durch den Verweis darauf dargetan werden, dass das geforderte Entgelt die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung für eine vergleichbare Leistung deutlich übersteigt.

28 Die Revisionserwiderung zeigt nicht auf, dass den sachlichen Unterschieden zwischen den Leistungen, für deren Inanspruchnahme die Bundesnetzagentur das Entgelt festgesetzt hat, und den in den Mietverträgen der Parteien festgelegten Leistungen ein solches Gewicht zukommt, dass eine Vergleichbarkeit von vornherein ausscheidet. Nach der Rechtsprechung des Senats zu § 19 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GWB stehen Unterschiede in der Marktstruktur einer Wertung als Vergleichsmarkt grundsätzlich nicht entgegen, ihnen ist allerdings durch entsprechende Zu- und Abschläge Rechnung zu tragen (BGH, Beschluss vom 16. Dezember 1976 - KVR 2/76, BGHZ 68, 23, 33 - Valium; Beschluss vom 6. November 1984 - KVR 13/83, WuW/E BGH 2103, 2104 - Favorit; ferner BGH, Urteil vom 7. Dezember 2010 - KZR 5/10, WuW/E DE-R 3145 Rn. 18 - Entega II zu § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB a.F.). Entsprechendes gilt hier.

29 4. Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Weigerung der Beklagten, dem Verlangen der Klägerin nach einer Herabsetzung des Entgelts für die Benutzung der Kabelkanalanlagen nachzukommen, sei sachlich gerechtfertigt und damit nicht als missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung anzusehen.

- 30 a) Ob das Festhalten des Normadressaten an einem vertraglich vereinbarten, nicht wettbewerbskonformen Entgelt sachlich gerechtfertigt ist, bestimmt sich aufgrund einer umfassenden Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (BGH, Beschluss vom 9. November 1982 - KVR 9/81, WuW/E BGH 1965, 1966 - Gemeinsamer Anzeigenteil). Diese Interessenabwägung kann immer nur einzelfallbezogen vorgenommen werden. Nicht berücksichtigt werden dürfen dabei Interessen, deren Durchsetzung rechtlich missbilligt wird, wobei insbesondere die kartellrechtlichen Wertungen einzubeziehen sind.
- 31 Haben die Parteien das überhöhte Entgelt vertraglich vereinbart, ist eine Gesamtbetrachtung der Regelungen geboten, die die Parteien getroffen haben. Bedeutung erlangen kann in diesem Zusammenhang etwa der Gang der Verhandlungen der Parteien, insbesondere die Frage, welche Informationen dem Vertragspartner des Normadressaten zur Verfügung standen und inwiefern es ihm möglich war, die Angemessenheit der von diesem vorgeschlagenen Konditionen zu prüfen und zu beurteilen. Ferner wird zu berücksichtigen sein, ob bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung eine Abhängigkeit einer Seite aufgrund einer marktbeherrschenden Stellung der anderen Seite bestand oder nicht. Soweit die Parteien mehrere Verträge geschlossen haben, ist zu prüfen, inwiefern diese rechtlich oder wirtschaftlich miteinander verknüpft sind, etwa dergestalt, dass nach den vertraglichen Vereinbarungen die Festsetzung der Konditionen eines Vertrags auch mit Rücksicht auf diejenigen eines anderen Vertrags erfolgte. Begründen die Parteien ein Dauerschuldverhältnis, kann ein berechtigtes Amortisationsinteresse des Normadressaten relevant sein (BGH WuW/E BGH 2103 - Favorit). Insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen wird regelmäßig auch eine Rolle spielen, ob und unter welchen Voraussetzungen einer Partei die Möglichkeit eingeräumt ist, sich vom Vertrag zu lösen oder eine Änderung der vereinbarten Konditionen zu verlangen.

- 32            b) Danach ist im Streitfall zu berücksichtigen, dass die Parteien die Mietverträge zusammen mit dem Unternehmenskaufvertrag geschlossen haben, durch den die Klägerin von der Beklagten die Regionalgesellschaften erwarb, und auch die Höhe der Miete unter Wettbewerbsbedingungen vereinbart wurde.
- 33            aa) Der Erwerb längerfristig nutzbarer Investitionsgüter kann einen spezifischen Bedarf des Erwerbers, etwa nach Verschleiß- oder Ersatzteilen, nach Wartungs- oder Serviceleistungen oder nach Räumlichkeiten für die Unterbringung von Mitarbeitern oder von betriebsnotwendigen Gegenständen begründen. Ein wirtschaftlich denkender Erwerber, dem mehrere Optionen zur Verfügung stehen, wird die Entscheidung, welche er auswählt und welchen Kaufpreis er zu zahlen bereit ist, auch davon abhängig machen, mit welchen Folgekosten er aufgrund des sich daraus ergebenden, langfristigen Bedarfs zu rechnen hat. Dieser Zusammenhang zwischen den Kosten der einmaligen Anschaffung eines Gegenstands und den daraus in der Folge erwachsenden Kosten besteht regelmäßig auch bei der Entscheidung über den Erwerb eines Unternehmens. Es entspricht daher rationalem wirtschaftlichem Vorgehen, bei der Bemessung des Kaufpreises für ein Unternehmen dessen Ertragslage zu berücksichtigen. Diese wird u.a. durch die Höhe der Aufwendungen bestimmt, die mit dem Betrieb des Unternehmens verbunden sind. Dazu zählen auch die Aufwendungen zur Deckung des oben angesprochenen spezifischen Bedarfs. Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin oder die hinter ihr stehenden Investoren insoweit nicht über ausreichende Informationen verfügt hätten, sind nicht ersichtlich.
- 34            Zugunsten der Beklagten kann unterstellt werden, dass die Parteien den Kaufpreis für die Regionalgesellschaften in der Weise bestimmt haben, dass er das Fünffache des EBITDA (= earnings before interest, taxes, depreciation and amortization) betrage, ebenso, dass ein niedrigeres Entgelt für die Miete der Kabelkanalanlagen einen höheren Ertrag der veräußerten Gesellschaften bedeutet und damit möglicherweise zu einem höheren Kaufpreis geführt hätte.

- 35           bb) Zu dem Zeitpunkt, in welchem die Parteien das Entgelt für das Recht zur Mitbenutzung der Kabelkanalanlagen vereinbart haben, befand sich die Beklagte gegenüber der Klägerin noch nicht in einer marktbeherrschenden Stellung. Diese wurde vielmehr erst dadurch begründet, dass die Klägerin mit den Regionalgesellschaften die in deren Eigentum stehenden Breitbandkabelnetze erwarb. Erst in der Folge war sie darauf angewiesen, die Kabel in den im Eigentum der Beklagten verbliebenen Kabelkanalanlagen unterzubringen.
- 36           cc) Das Berufungsgericht ist danach im Ansatz zutreffend davon ausgegangen, dass nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien ein Zusammenhang zwischen der Höhe des Kaufpreises und der Höhe des Entgelts für die Nutzung der Kabelkanalanlagen bestand. Dies rechtfertigt die Annahme, dass die Klägerin sich zunächst an den unter Wettbewerbsbedingungen ausgehandelten Konditionen der Verträge festhalten lassen musste.
- 37           c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war die Klägerin aber nicht auf Dauer gehindert, von der Beklagten eine Anpassung des vertraglich vereinbarten Entgelts mit der Begründung zu verlangen, es weiche von demjenigen ab, das sich bei wirksamem Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würde.
- 38           aa) Die Parteien haben in den Mietverträgen zwar zulasten der Beklagten festgelegt, dass diese zunächst keine Erhöhung der Miete verlangen und später ein solches Verlangen nur unter bestimmten Voraussetzungen geltend machen dürfe. Dagegen wurde der Klägerin in den Mietverträgen das nicht an weitere Voraussetzungen geknüpfte Recht eingeräumt, den Vertrag mit einer Frist von 12 Monaten zum Jahresende zu kündigen. Das Interesse der Beklagten daran, die Klägerin, der gegenüber sie durch den Erwerb der Regionalgesellschaften auf dem Markt für die Nutzung von Anlagen, die zur Unterbringung von Breitbandkabeln geeignet sind, eine beherrschende Stellung erlangt hat, an den bei Abschluss der Mietverträge vereinbarten Bedingungen festhalten zu können, ist damit rechtlich nicht auf Dauer,

sondern nur solange geschützt, als die Klägerin das vereinbarte Entgelt beanstandungslos hinnimmt.

- 39            Sollte die Beklagte darauf vertraut haben, dass die Klägerin faktisch an einer Kündigung gehindert wäre, weil sie hinsichtlich der Unterbringung der Kabel keine brauchbare Alternative hat, sondern auf die Möglichkeit zur Mitbenutzung der Kabelkanalanlagen der Beklagten angewiesen ist, begründete dies keine rechtlich geschützte Erwartung der Beklagten. Denn dabei handelt es sich um eine faktische Beschränkung der Möglichkeit, den Vertrag zu kündigen und eine Herabsetzung eines nicht wettbewerbskonformen Entgelts zu verlangen, die allein Folge der marktbeherrschenden Stellung der Beklagten ist und sich daher nicht zulasten der Klägerin auswirken darf.
- 40            bb) Ab dem Zeitpunkt, zu dem die Klägerin befugt war, eine Änderung des Vertrags zu verlangen und dies auch tatsächlich getan hat, genügte mithin der Hinweis der Beklagten darauf, die Höhe der Miete sei vertraglich vereinbart worden, als solcher nicht mehr aus, um Ansprüche der Klägerin nach § 33 Abs. 1, 3 i.V. mit § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB auszuschließen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt es in diesem Zusammenhang weder darauf an, ob die Klägerin auf anderen Märkten Wettbewerberin der Beklagten ist, noch darauf, ob sie profitabel ist. § 19 GWB schützt auch Unternehmen, die Gewinn erwirtschaften.
- 41            Eine Überprüfung der Höhe der Miete nach Maßgabe von § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB setzt nicht voraus, dass die Klägerin eine Kündigung erklärte. Vielmehr genügt es, wenn sie eine Herabsetzung der Entgelte verlangt hat und zu diesem Zeitpunkt befugt gewesen wäre, den Vertrag zu kündigen. War die Beklagte Normadressatin, wäre sie im Falle einer Kündigung der Klägerin wegen ihrer marktbeherrschenden Stellung nach §§ 33, 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 4 GWB ohnehin verpflichtet gewesen, ihr die weitere Mitbenutzung der Kabelkanalanlagen gegen ein angemessenes Entgelt zu gestatten. Unter diesen Umständen kann eine Befugnis der Klägerin, einen Anspruch auf Herabsetzung des nicht wettbewerbskonformen

Entgelts zu verlangen, nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Klägerin die Mietverträge kündigt.

42 Für die Zeit vor einem solchen Änderungsverlangen sind Ansprüche der Klägerin dagegen ausgeschlossen. Für diesen Zeitraum muss sie sich daran festhalten lassen, dass sie die unter Wettbewerbsbedingungen vereinbarten Entgelte ohne Beanstandungen hingenommen hat.

43 d) Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen, auf die das Berufungsgericht Bezug genommen hat, hat die Klägerin von der Beklagten erstmals im März 2007 eine Herabsetzung der Miete verlangt (Anlage B16). Unter Berücksichtigung der vertraglich vereinbarten Kündigungsfrist bedeutet dies, dass die Klägerin eine Herabsetzung der Miete für die Zeit ab 1. Januar 2009 verlangen kann.

44 Feststellungen dazu, ob die Klägerin schon zu einem früheren Zeitpunkt eine Herabsetzung der Miete verlangt hat, hat das Berufungsgericht, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, nicht getroffen.

45 5. Danach ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Eine Entscheidung in der Sache ist dem Senat mangels hinreichender tatsächlicher Feststellungen nicht möglich. Daher ist die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

46 Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

47 a) Das Berufungsgericht wird der Frage nachzugehen haben, ob der Beklagten eine beherrschende Stellung auf den jeweiligen regionalen Märkten für die Zurverfügungstellung von Kabelkanälen für Breitbandkabel zukommt. Insoweit wird zu berücksichtigen sein, dass das Bundesverwaltungsgericht die Auffassung der Bundesnetzagentur teilt, die im Rahmen der Regulierung des Zugangs zur Teilnehmeranschlussleitung die Auffassung vertreten hat, es gebe für die Wettbewerber der Beklagten auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen keine ausreichenden

Alternativen zum Zugang zu den Kabelkanalanlagen der Beklagten (BVerwG NVwZ 2010, 1359 Rn. 35).

48           b) Zur Beantwortung der Frage, ob das von der Beklagten aufgrund der Mietverträge geforderte Entgelt für die Nutzung der Kabelkanalanlagen im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB überhöht ist, wird zu klären sein, ob es, worüber die Parteien unterschiedlicher Auffassung sind, sachlich oder räumlich vergleichbare Märkte gibt. Das Vergleichsmarktkonzept beruht auf der Überlegung, dass der Preis, der sich auf dem relevanten Markt bei wirksamem Wettbewerb ergäbe, dadurch ermittelt werden kann, dass die auf einem vergleichbaren Markt im Wettbewerb gebildeten Preise als Beurteilungsgrundlage herangezogen werden. Unterschiede in der Marktstruktur stehen, wie bereits ausgeführt, einer Wertung als Vergleichsmarkt regelmäßig nicht entgegen, ihnen ist allerdings durch entsprechende Zu- oder Abschläge Rechnung zu tragen (BGHZ 68, 23, 33 - Valium; WuW/E BGH 2103, 2104 - Favorit; BGH, WuW/E DE-R 3145 Rn.18 - Entega II zu § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB a.F.). Gegebenenfalls kommt, wie oben ausgeführt, auch eine Überprüfung der geforderten Entgelte nach der Methode der Kostenkontrolle in Betracht (BGH WuW/E DE-R 3632 - Wasserpreise Calw I).

49           c) Ergibt sich danach, dass das mietvertragliche Entgelt den hypothetischen Wettbewerbspreis nicht nur unerheblich überschreitet, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, zu welchem Zeitpunkt die Klägerin erstmals eine Herabsetzung dieses Entgelts verlangt hat. Geschah dies erstmals mit dem als Anlage B16 vorgelegten Schreiben der Klägerin vom 9. März 2007, wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, dass die nachfolgend geführten Gespräche nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts zur Gewährung eines Umsatzbonus auf bestimmte Vereinbarungen geführt haben. Soweit die Parteien damit die vertraglichen Regelungen geändert haben, steht dies einer Überprüfung des von der Klägerin zu entrichtenden Entgelts nach Maßgabe von § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB grundsätzlich nicht entgegen. Denn anders als bei Abschluss der

Mietverträge im Zusammenhang mit dem Erwerb der Regionalgesellschaften war die Klägerin im Jahr 2007 von der Beklagten als marktbeherrschendem Unternehmen abhängig. Der von der Beklagten gewährte Umsatzbonus kann jedoch eventuelle Erstattungsansprüche der Klägerin mindern.

- 50 d) Soweit sich der Vorwurf missbräuchlichen Verhaltens als zutreffend erweist, führt dies im Grundsatz dazu, dass die Beklagte das überhöhte Entgelt nicht mehr fordern darf und der Klägerin für die Vergangenheit das zu viel Geleistete zu erstatten hat. Auf ein Verschulden der Beklagten kommt es insoweit nicht an. Der Senat hat bereits entschieden, dass der Anspruch auf Nachzahlung kartellrechtswidrig vor-enthaltener Vergütung als Ausformung des Beseitigungsanspruchs verschuldensunabhängig ist und auch für die Vergangenheit besteht (BGH, Urteil vom 2. Juli 1996 - KZR 31/95, BGHZ 133, 177, 180 ff. - Kraft-Wärme-Kopplung). Für den Fall der Forderung eines kartellrechtswidrig überhöhten Entgelts gilt Entsprechendes (Bornkamm in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12. Auflage, § 33 GWB Rn. 109). Ob die Beklagte ein Verschulden trifft, kann jedoch für die Frage Bedeutung erlangen, ob die Klägerin einen Anspruch auf Verzinsung der geltend gemachten Forderung ab Eintritt des Schadens verlangen kann (§ 33 Abs. 3 Satz 4 GWB).

- 51 e) Sollte es auf die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung ankommen, dürfte sich aus dem Inhalt der Anlage B16 ergeben, dass die Klägerin jedenfalls zur Zeit der Abfassung dieses Schreibens über sämtliche Informationen verfügte, die erforderlich waren, um mit Aussicht auf Erfolg einen Anspruch nach § 33 Abs. 1, 3 GWB i.V. mit § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB geltend zu machen.

Meier-Beck

Raum

Kirchhoff

Bacher

Deichfuß

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 28.08.2013 - 2-6 O 182/12 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 09.12.2014 - 11 U 95/13 (Kart) -