



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

KZR 2/19

Verkündet am:  
14. Dezember 2021  
Barth  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 2021 durch den Richter Prof. Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Roloff, den Richter Dr. Tolkmitt sowie die Richterinnen Dr. Rombach und Dr. Vogt-Beheim

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 20. Dezember 2018 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage wegen der Ansprüche für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2012 einschließlich der darauf gestützten Nebenansprüche abgewiesen ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens und des Verfahrens der Nichtzulassungsbeschwerde, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob ein 2003 vertraglich vereinbartes Entgelt für die Nutzung von Kabelkanalanlagen nach Maßgabe des Kartellrechts anzupassen ist. Die Klägerin betreibt Breitbandkabelnetze, über die sie Telefonie- und Internetdienste sowie digitales Fernsehen anbietet.
- 2 Das Breitbandkabelgeschäft der Deutsche Telekom AG wurde 1998 im Rahmen der Privatisierung in eine Tochtergesellschaft eingebracht, die sodann in mehrere Regionalgesellschaften aufgespalten wurde. Die Kabelkanalanlagen, in denen die Breitbandkabel liegen, blieben im Eigentum der Deutsche Telekom AG und gingen später in das Eigentum der Beklagten über (diese und die Deutsche Telekom AG nachfolgend: Beklagte). Nachdem zunächst die Regionalgesellschaften für die Bundesländer Nordrhein-Westfalen, Hessen und Baden-Württemberg verkauft worden waren, erwarb die Rechtsvorgängerin der Klägerin (diese und die Klägerin nachfolgend: Klägerin) im Jahr 2003 die verbliebenen Regionalgesellschaften. Gegenstand des Erwerbs war auch das Anlagevermögen, das im Wesentlichen aus den Breitbandkabelnetzen bestand.
- 3 Die Beklagte hatte mit ihrer Tochtergesellschaft eine in einem "Term Sheet Nr. 1" niedergelegte Vereinbarung geschlossen, wonach die Tochtergesellschaft die Kabelkanäle weiterhin nutzen durfte und dafür ein bestimmtes Entgelt zu entrichten hatte. Nach der Gründung der Regionalgesellschaften wurden mit diesen entsprechende Vereinbarungen geschlossen (nachfolgend: Mietverträge). Sie regeln unter anderem die Verpflichtung der Beklagten, den Regionalgesellschaften die Mitbenutzung von Rohrzügen in den Kabelkanalanlagen zu gestatten. Anlässlich des Erwerbs der Regionalgesellschaften durch die Klägerin wurden die Mietverträge - insbesondere deren Vergütungsregelungen - zwischen den Parteien neu verhandelt. Dabei verzichteten die Parteien auf eine Vermessung der genutzten Kabelkanalanlagen und legten auch deren geschätzte Gesamtlänge

der Berechnung der Vergütung nicht zugrunde, sondern einigten sich auf eine pauschale jährliche Vergütung, die bis 2006 festgeschrieben wurde. 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. Die Mietverträge können von der Klägerin mit einer Frist von zwölf Monaten zum Jahresende gekündigt werden. Eine ordentliche Kündigung durch die Beklagte ist ausgeschlossen.

4 Die Bundesnetzagentur hat der Beklagten im März 2010 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 auf 1,44 € sowie im November 2011 auf 1,08 € pro Meter und Jahr festgelegt.

5 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 Beklagte eine Absenkung des vereinbarten Entgelts ablehne, missbrauche sie ihre marktbeherrschende Stellung. Mit der Klage nimmt die Klägerin die Beklagte auf Feststellung und Rückzahlung überzahlter Miete seit 2009 in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Nachdem das erste die Berufung der Klägerin zurückweisende Urteil des Oberlandesgerichts vom Bundesgerichtshof aufgehoben worden war (BGH, Urteil vom 24. Januar 2017 - KZR 2/15, WRP 2017, 707 ff. - Kabelkanalanlagen, nachfolgend: erstes Revisionsurteil), blieb die Berufung der Klägerin erneut ohne Erfolg. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der vom Senat in Bezug auf die Ansprüche für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2012 einschließlich der darauf gestützten Nebenansprüche zugelassenen Revision. Sie verfolgt ihre Ansprüche auf Feststellung sowie auf

Rückzahlung von überzahlten Mieten im Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Mai 2018 nebst der darauf bezogenen Nebenansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

- 6 Die Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit die noch im Streit stehenden Ansprüche für den Zeitraum ab dem 1. Januar 2012 betroffen sind.
- 7 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung - soweit hier noch von Interesse - wie folgt begründet: Für die Zeit ab Januar 2012 scheidet eine Preisanpassung aus, weil das Festhalten der Beklagten an den Nutzungsentgelten sachlich gerechtfertigt sei. Dabei könne dahinstehen, ob die Beklagte auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt für die Zurverfügungstellung von Kabelkanalanlagen noch marktbeherrschend gewesen und es heute noch sei, ob das schlichte Festhalten an den vereinbarten Preisen ein "Fordern" im Sinne von § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB darstelle, ob die von der Bundesnetzagentur festgelegten Entgelte eine sachlich vergleichbare Leistung betreffen sowie ob die Klägerin nur Viertelrohre oder ganze Rohre nutze. Selbst wenn dies so wäre, könne daraus nicht abgeleitet werden, dass die Beklagte mit dem Festhalten an den vereinbarten Nutzungsentgelten einen kartellrechtswidrigen Preismissbrauch begehe.
- 8 Nach den Ausführungen des Bundesgerichtshofs im ersten Revisionsurteil sei eine Interessenabwägung unter Gesamtbetrachtung sämtlicher im Einzelfall relevanter Gesichtspunkte unter Einschluss kartellrechtlicher Wertungen durchzuführen. Der Bundesgerichtshof habe auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen im ersten Berufungsurteil angenommen, dass die Klägerin nicht auf Dauer gehindert gewesen sei, von der Beklagten eine Anpassung des vertraglich vereinbarten Entgelts zu fordern und dafür auch keine Kündigung notwendig sei.

Wenn allerdings das Berufungsgericht nach der Zurückverweisung andere Tatsachen feststelle als diejenigen, die der ersten Revisionsentscheidung zu Grunde gelegen hätten, sei es an die vorgenommene Interessenabwägung nicht gebunden.

9           So liege es hier. Ein für die Neubewertung wesentlicher Gesichtspunkt sei der Gang der Verhandlungen zwischen den Parteien und namentlich der Preisverhandlungen zu den Rahmenvereinbarungen und "Term Sheets", die das berechnete Interesse der Beklagten an einer langfristigen Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen belegten. Der Kaufpreis sei an dem sogenannten EBITDA orientiert. Da die Pauschalpreisvergütung für die Nutzung der Kabelkanalanlagen den wichtigsten Kostenblock des Breitbandkabelgeschäfts darstelle, mindere sie unmittelbar den EBITDA und damit den gezahlten Kaufpreis. Die Klägerin habe aufgrund der Festpreisregelung erreichen können, für die Regionalgesellschaften anders als die anderen Erwerber lediglich den fünffachen EBITDA zahlen zu müssen. Das Interesse der Beklagten an der Vertragserfüllung gehe über ihr Interesse an der Amortisation der Kabelkanalanlagen hinaus. Da das Nutzungsentgelt für den Unternehmensertrag mitbestimmend gewesen sei und dieser wiederum den Kaufpreis bestimmt habe, habe die Beklagte ein schützenswertes Amortisationsinteresse daran, dass die vertraglich vereinbarte Äquivalenz gewahrt bleibe und die mietvertragliche Entgeltabrede nicht aus dem Zusammenhang gerissen und isoliert verändert werde. Zudem habe hinter der Klägerin ein Konsortium international tätiger, juristisch umfänglich beratener und einschlägig erfahrener Finanzinvestoren gestanden. Sie seien ohne weiteres in der Lage gewesen, die von der Klägerin reklamierten niedrigeren Vergleichspreise auf ausländischen Märkten zu recherchieren und sie der Beklagten im Verhandlungswege vorzuhalten. Zu dem Zeitpunkt, zu dem die Parteien das Entgelt für die Nutzung der Kabelkanalanlagen vereinbart hätten, habe sich die Beklagte ge-

genüber der Klägerin nicht in marktbeherrschender Stellung befunden. Die Investoren hätten bei der Entscheidung für den Erwerb des Breitbandkabelgeschäfts gewusst, dass sie auf unbestimmte Zeit auf die Nutzung angewiesen sein würden. Aufgrund einer umfassenden Bewertung des maßgeblichen Sachverhalts sei der Berufungssenat zu der Überzeugung gelangt, dass das Interesse der Beklagten an dem Fortbestand der Entgeltvereinbarung uneingeschränkt schützenswert sei, solange die Klägerin von dem ihr eingeräumten Kündigungsrecht keinen Gebrauch mache. Dafür sprächen auch verfassungsrechtliche Vorgaben.

10           II.       Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision nicht stand. Auf § 33 Abs. 1 und 3 bzw. § 33a Abs. 1 in Verbindung mit § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB in der jeweils anwendbaren Fassung gestützte Ansprüche der Klägerin können mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht verneint werden. Mit Erfolg wendet sich die Revision gegen die Annahme 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.

11           1.       Das Berufungsgericht hat unter Verstoß gegen § 563 Abs. 2 ZPO rechtsfehlerhaft angenommen, dass es an die rechtlichen Ausführungen des ersten Revisionsurteils nicht gebunden sei.

12           a)       Innerhalb der Zivilgerichtsbarkeit ist dem Revisionsgericht nach Maßgabe des § 563 Abs. 2 ZPO ein Beurteilungsmonopol zugewiesen. Danach hat das Berufungsgericht die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung zugrunde gelegen hat, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen. Dadurch soll vermieden werden, dass die endgültige Entscheidung einer Sache dadurch verzögert

oder gar verhindert wird, dass sie ständig zwischen Berufungsgericht und Revisionsgericht hin- und hergeschoben wird, weil keines der beiden Gerichte seine Rechtsauffassung ändert (vgl. GemSOGB, Beschluss vom 6. Februar 1973 - GmS-OGB 1/72, BGHZ 60, 392, 396). Damit bei einer der Aufhebung zugrunde liegenden höchstrichterlichen Rechtsfortbildung für das Berufungsgericht jeder Anreiz entfällt, seine gegenteiligen Erwägungen in demselben Verfahren unter Verstoß gegen § 563 Abs. 2 ZPO gleichwohl zur höchstrichterlichen Nachprüfung zu stellen, korrespondiert mit der Bindungswirkung für die Berufungsgerichte eine Selbstbindung des Revisionsgerichts, die lediglich für den Ausnahmefall einer inzwischen geänderten höchstrichterlichen Rechtsprechung entfällt (GemSOGB aaO S. 397 f.). Diese verfahrensrechtlichen Bindungen dienen dem höherrangigen Zweck, einen alsbaldigen Rechtsfrieden zwischen den Prozessparteien herbeizuführen (BGH, Urteile vom 21. November 2006 - XI ZR 347/05, NJW 2007, 1127 Rn. 20 f. mwN; vom 1. Juni 2017 - IX ZR 204/15, NJW-RR 2017, 1020 Rn. 6 mwN). Gebunden ist das Berufungsgericht an diejenige rechtliche Beurteilung, auf welcher die Aufhebung unmittelbar beruht und die sich aus der revisionsgerichtlichen Entscheidung ergibt (BGH, NJW-RR 2017, 1020 Rn. 7 mwN). Die Bindungswirkung entfällt indes, wenn das Berufungsgericht nach der Zurückverweisung andere Tatsachen feststellt als diejenigen, welche der ersten Revisionsentscheidung zugrunde lagen (BGH, NJW-RR 2017, 1020 Rn. 11 mwN).

13            b)     Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass die Bindungswirkung nach diesen Grundsätzen entfallen sei. Es hat keine anderen Tatsachen festgestellt als diejenigen, die bereits dem ersten Revisionsurteil zugrunde lagen.

14            aa)    Der Senat hat im ersten Revisionsurteil (WRP 2017, 707 Rn. 34 - Kabelkanalanlagen) zugunsten der Beklagten unterstellt, 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, sowie, dass ein niedrigeres Entgelt für die Miete der Kabelkanalanlagen einen höheren Ertrag der veräußerten Gesellschaften bedeute und damit möglicherweise zu einem höheren Kaufpreis geführt hätte. Der Senat hat in seine Betrachtung einbezogen, dass der Unternehmenskaufvertrag und die Mietverträge zusammen abgeschlossen und die Konditionen der Mietverträge unter Wettbewerbsbedingungen vereinbart worden waren (BGH, WRP 2017, 707 Rn. 4, 36 - Kabelkanalanlagen). Davon, dass hinter der Klägerin Investoren standen (WRP 2017, 707 Rn. 13, 18 - Kabelkanalanlagen), die - was sich angesichts der Dimension der betroffenen Transaktion von selbst versteht - über eine erhebliche Erfahrung und qualifizierte Beratung verfügten, ist der Senat ebenfalls ausgegangen, ebenso wie von dem Umstand, dass der Beklagten keine Kündigungsmöglichkeit und - abgesehen von einer den Anstieg des Verbraucherpreisindex nicht überschreitenden Erhöhung - kein Anspruch auf Anpassung des Entgelts zustehen sollte (ebenda Rn. 4, 15, 38).

15           bb) Die von dem Berufungsgericht bei seiner Interessenabwägung maßgeblich herangezogenen Umstände sind daher nicht neu, sondern bereits im ersten Revisionsurteil berücksichtigt worden. Die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Verlauf der Verhandlungen zwischen den Parteien und deren Ergebnis, nämlich die Vereinbarung einer pauschalen Vergütung unter Verzicht auf die Feststellung der Länge der zur Mitbenutzung überlassenen Kabelkanalanlagen, verändern die dem ersten Revisionsurteil zugrundeliegende Sachlage nicht in entscheidendem Maß. Denn auf diese Feststellungen gründet das Berufungsgericht lediglich den für seine Beurteilung maßgeblichen Zusammenhang zwischen der Höhe der pauschalen Miete für die Kabelkanalanlagen und der Höhe des Kaufpreises für die Regionalgesellschaften, der indes - wie ausgeführt - im ersten Revisionsurteil bereits berücksichtigt worden ist.

16           cc) Die Erwägungen des Berufungsgerichts stehen daher im Widerspruch zu der tragenden Begründung des ersten Revisionsurteils, wonach eine

Überprüfung der Höhe der Miete nach Maßgabe von § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 GWB gerade nicht voraussetzt, dass die Klägerin eine Kündigung erklärte (WRP 2017, 707 Rn. 37 ff., 41 - Kabelkanalanlagen). Nach Ansicht des Berufungsgerechts ist eine Berufung der Klägerin auf einen wettbewerbswidrig überhöhten Preis entgegen den Vorgaben des ersten Revisionsurteils dauerhaft ausgeschlossen, solange die Klägerin nicht kündigt. Da auch der Senat - wie dargelegt - an die im ersten Revisionsurteil niedergelegte Rechtsauffassung gebunden ist, ist das Berufungsurteil schon wegen des Verstoßes gegen § 563 Abs. 2 ZPO aufzuheben.

- 17            2.        Unabhängig von der Bindungswirkung hält der Senat an der im ersten Revisionsurteil ausgeführten Rechtsauffassung aber auch in der Sache fest. Insoweit wird auf die Ausführungen in der Entscheidung vom 14. Dezember 2021 (KZR 23/18, z. Veröff. best., Rn. 14 ff.) verwiesen.

18 III. Da sich das Urteil des Berufungsgerichts nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt, ist es aufzuheben (§ 562 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil weitere Feststellungen zu treffen sind. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Für die neue Verhandlung nimmt der Senat auf seine weiter erheblichen Hinweise im Urteil vom 24. Januar 2017 Bezug (NZKart 2017, 198 Rn. 47, 48, 50 - Kabelkanalanlagen).

Kirchhoff

Roloff

Tolkmitt

Rombach

Vogt-Beheim

Vorinstanzen:

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

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 20.12.2018 - 11 U 95/13 (Kart) -